



THÈSE DE DOCTORAT

L'analyse économique du droit de la médiation administrative dans le contentieux fonction publique

Florent COURREGES

Centre d'études et de recherche en droit administratif, constitutionnel, financier et fiscal

**Présentée en vue de l'obtention
du grade de docteur en droit d'Université Côte
d'Azur**

Dirigée par : Florence Crouzatier-Durand
Soutenue le : 9 décembre 2025

Devant le jury, composé de :

Stéphane Rousseau, professeur à l'université de
Montréal

Elsa Costa, médiatrice

Florence Crouzatier-Durand, professeur à l'université de
Côte d'Azur

Marie-Odile Diemer, Maître de conférences habilitée à
diriger des recherches de l'université de Côte d'Azur

Anthony Taillefait, professeur à l'université d'Angers

L'analyse économique du droit de la médiation administrative dans le contentieux fonction publique

Jury :

Président

Stéphane Rousseau, professeur de droit,
Université de Montréal

Rapporteurs

Stéphane Rousseau, professeur de droit,
Université de Montréal

Antony Taillefait, professeur de droit public,
Université d'Angers

Examinatrice

Marie-Odile Diemer, Maître de conférences en
droit public, habilitée à diriger des recherches,
Université de Côte d'Azur

Directeur de thèse

Florence Crouzatier-Durand, professeur de droit
public, Université de Côte d'Azur

Invitée

Elsa Costa, médiatrice internationale à l'OCDE,
médiatrice libérale spécialisée dans les litiges
publics

Résumés et mots-clés

L'analyse économique du droit de la médiation administrative dans le contentieux fonction publique

La médiation administrative est un mode alternatif de règlement des différends (MARD). Si elle répond à une évolution de la société, elle est avant tout un moyen efficace pour résoudre les différends qui peuvent naître entre les agents publics et leur administration. Elle n'est paradoxalement que peu mobilisée en matière de droit de la fonction publique.

L'objectif de cette thèse est ainsi double : utiliser pour la première fois l'analyse économique du droit dans un raisonnement juridique, mené par un juriste, afin d'identifier, au travers d'une analyse économique du droit de la médiation administrative, les pistes qui permettraient d'améliorer le recours à ce mode alternatif de règlement des différends (MARD) dans les conflits en matière de gestion des ressources humaines (RH).

Cette recherche étudie pour cela un échantillon de population représentatif de la fonction publique : les sapeurs-pompiers, dont le statut et le contentieux fonction publique sont étudiés pour mettre en relief tout l'intérêt de la médiation administrative dans la résolution des différends. En effet, cette alternative au procès permettrait non seulement de désengorger les juridictions administratives, mais aussi de restaurer un dialogue entre les parties concernées. Elle peut intervenir aussi bien en amont qu'en aval d'un contentieux fonction publique, sous des formes variées.

La médiation repose sur l'intervention d'un tiers médiateur, facilitant le dialogue entre les médiés, jusqu'à l'obtention éventuelle d'un accord de médiation. Cet accord peut prendre la forme d'une transaction administrative et comporter ainsi des concessions réciproques, pouvant notamment mettre fin à tout recours contentieux ultérieur. Il peut également faire l'objet d'une homologation par la juridiction administrative, renforçant sa portée juridique.

Malgré ses avantages, la médiation fait face à plusieurs obstacles, que la recherche s'est appliquée à identifier pour proposer une typologie souple de sept types différends RH particulièrement propices à la médiation administrative. L'analyse de la trajectoire du conflit – du différend initial jusqu'au contentieux – confirme par ailleurs l'intérêt d'intervenir le plus en amont possible, avant l'enkystement des tensions. La notion de droit subjectif, bien

qu'imparfaitement adaptée au droit administratif, permet alors une classification souple et utile des différends, en tenant compte de la perception qu'un agent peut avoir d'une lésion, supposée ou réelle, de son socle de droits et de libertés individuelles.

Afin d'améliorer le recours à la médiation administrative, la recherche mobilise l'analyse économique du droit en tant que science juridique. Cette approche mêlant droit et économie est issue des Etats-Unis. Elle postule que les individus rationnels cherchent à maximiser leur utilité dans leurs échanges. Plusieurs concepts et outils théoriques de cette matière sont mobilisés à cette fin : la théorie des jeux pour comprendre les stratégies des parties, le critère de Kaldor-Hicks pour évaluer les gains d'efficacité, le principe assurantiel, les problèmes de délégation et la théorie de l'agence, les coûts de transaction.

La thèse formule ainsi onze propositions théoriques, qui sont critiquées ex-post au prisme de la réalité juridique, mais aussi de considérants échappant à la modélisation économique des échanges qui se nouent dans le cadre d'une médiation administrative. Cette démarche permet alors de formuler trois recommandations pour développer la médiation administrative dans le cadre d'un différend subjectif entre l'agent et son administration.

Mots-clés : Law and economics, analyse économique du droit, médiation administrative, incitation, consentement, coûts de transaction, transfert du risque, théorie des jeux, théorie de l'agence

Economic analysis of administrative mediation law in civil service litigation

Administrative mediation is an alternative dispute resolution (ADR) method. While it responds to societal changes, it is above all an effective means of resolving disputes that may arise between civil servants and their administration. However, it is rarely used in civil service disputes, which, while not particularly difficult from a legal standpoint, can cause thorny problems from a managerial perspective. Disputes, which sometimes escalate into litigation, leave deep scars in the workplace. Mediation therefore appears to be a management tool for the administration, but also a means of empowerment for civil servants.

The objective of this thesis is therefore twofold: to use economic analysis of law for the first time in legal reasoning, conducted by a lawyer, in order to identify, through an economic analysis of administrative mediation law, ways of improving the use of this alternative dispute resolution (ADR) method in human resources (HR) management disputes.

To this end, this research studies a representative sample of the civil service: professional and volunteer firefighters, whose status and civil service disputes are examined to highlight the value of administrative mediation in resolving civil service law disputes. This alternative to litigation would not only relieve the burden on administrative courts, but also restore dialogue between the parties concerned. It can be used both before and after civil service litigation, in various forms: voluntary mediation, mandatory preliminary mediation, or mediation recommended by the judge.

Mediation relies on the intervention of a third-party mediator, who facilitates dialogue between the parties until a mediation agreement is reached. This agreement may take the form of an administrative settlement and thus involve reciprocal concessions, which may, in particular, put an end to any further legal proceedings. It may also be subject to approval by the administrative court, thereby strengthening its legal scope.

Despite its advantages, mediation faces several obstacles, which the research has sought to identify in order to propose a flexible typology of seven types of HR disputes that are particularly amenable to administrative mediation. Analysis of the trajectory of the conflict—from the initial dispute to litigation—also confirms the value of intervening as early as possible, before tensions become entrenched. The concept of subjective rights, although not perfectly suited to administrative law in France, allows for a flexible and useful

classification of disputes, taking into account an employee's perception of an alleged or actual violation of their fundamental rights and freedoms.

In order to improve the use of administrative mediation, research draws on the economic analysis of law as a legal science. This approach, which combines law and economics, originated in the United States. It posits that rational individuals seek to maximize their utility in their exchanges. Several theoretical concepts and tools from this field are used for this purpose: game theory to understand the strategies of the parties, the Kaldor-Hicks criterion to assess efficiency gains, the insurance principle, delegation issues and agency theory, and transaction costs.

This thesis thus formulates eleven theoretical propositions, which are critiqued ex-post through the lens of legal reality, but also through considerations that fall outside the economic modeling of exchanges that take place within the framework of administrative mediation. This approach then makes it possible to formulate three recommendations for developing administrative mediation in the context of a subjective dispute between the agent and his or her administration.

Keywords: Law and economics, economic analysis of law, administrative mediation, incentive, consent, transaction costs, risk transfer, game theory, agency theory

*« L'université n'entend ni approuver ni désapprouver les
opinions particulières de l'auteur. »*

Dédicace

« Le souvenir, c'est la présence dans l'absence, c'est la parole dans le silence, c'est le retour sans fin d'un bonheur passé, auquel le cœur donne l'immortalité ».

Père Henri Dominique Lacordaire, avocat, prédicateur dominicain, directeur de l'abbaye-école de Sorèze (Tarn), membre de l'Académie française reçu au fauteuil d'Alexis de Tocqueville.

Cette thèse est la marque de ce que d'aucuns appelleraient l'obstination, que d'autres, peut-être plus mesurés, dénommeraient plus justement la persévérance : celle de douter en tout temps, de réfléchir avec mesure, d'écrire ce qu'il est possible de comprendre. Débutée en 2014 dans une maison tarnaise résonnant du doux tumulte de mes trois minots, elle a été interrompue en 2017 par les vicissitudes de l'existence, puis reprise en 2020 au sein de l'Institut Maurice Hauriou de l'Université Toulouse 1 Capitole. Elle a ensuite migré vers le Centre d'études et de recherche en droit administratif, constitutionnel, financier et fiscal, car la vie est avant tout un voyage. Mon viatique fût et demeure mes trois enfants, Titouan, Matteo et Fiora : je leur dédicace ce travail, en espérant qu'il soit un jour, à leurs yeux avides de vérité, plus important pour ce qu'il est que pour ce qu'il dit.

Je dédicace également cette recherche à la mémoire d'Albert Camus, dont la pensée m'accompagne et me guide chaque jour, avec justesse, notamment depuis dix ans. Elle m'a permis de dépasser ce travail de Sisyphe qu'est l'élaboration d'une thèse, où les certitudes d'un jour sont les remises en cause de son lendemain. Parce qu'il écrit dans son analyse de l'absurde qu'illustre le mythe sisypheén, « quels que soient les jeux de mots et les acrobaties de la logique, comprendre c'est unifier »¹, parce que je l'ai aperçu dans l'ombre fraîche de son bureau de Lourmarin, où j'ai pu m'asseoir dans un jour bleu baigné d'un soleil algérien et corse, je n'ai eu et n'aurai de cesse de jeter des ponts pour relier les hommes.

¹ CAMUS Albert (1942), Le mythe de Sisyphe, Collection Essais, Éditions FOLIO, p.34.

Remerciements

« Quant au motif qui m’a poussé, il était fort simple. Aux yeux de certains, je pense qu’il pourrait par lui-même suffire. C’est la curiosité, – la seule espèce de curiosité en tout cas, qui vaille la peine d’être pratiquée avec un peu d’obstination : non pas celle qui cherche à s’assimiler ce qu’il convient de connaître, mais celle qui permet de se déprendre de soi-même. Que vaudrait l’acharnement du savoir s’il ne devait assurer que l’acquisition des connaissances, et non pas, d’une certaine façon et autant que faire se peut, l’égarement de celui qui connaît ? Il y a des moments dans la vie où la question de savoir si on peut penser autrement qu’on ne pense et percevoir autrement qu’on ne voit est indispensable pour continuer à regarder ou à réfléchir ». Michel Foucault²

Je tiens tout d’abord à vivement remercier Madame la professeure Florence Crouzatier-Durand, d’avoir accepté de diriger cette thèse particulière, entre économie et droit. Je remercie également tous les membres du jury : Monsieur le professeur Stéphane Rousseau, Monsieur le professeur Anthony Taillefait, Madame la maîtresse de conférence Marie-Odile Diemer et Madame Elsa Costa, médiatrice et ancienne magistrate administrative.

Je remercie aussi mes parents Francine et Francis Courrèges, ma compagne Laure Narbaïs-Jauréguy, mon frère Franck Courrèges, pour leur indéfectible soutien pendant toutes ces années de recherche. Ma gratitude va également à mes amis proches, ceux qui constituent ma famille de cœur : Marie et Karim Blagui, Valérie et Xavier Garriga, Sylvie et Pierre Etienne, Céline et Sylvain Eslan, Jean-Christophe et Valérie Andron, Julie et Guillaume Brard, David Cuvillier, Cédric Duvert, Stéphane Sinnaeve et Yannick Lecoq.

Enfin, au-delà de Richard Millet, de Carl Gustav Jung, de Romain Gary et de Curzio Malaparte je n’oublie pas mes hommes de l’ombre : Dominique Débitus, Bernard Alberti, Alain Delannoy.

² FOUCAULT Michel (1984), Histoire de la sexualité (2), L’usage des plaisirs, Gallimard, p.14-15.

Sommaire

Introduction	P : 16
Première partie : Les sapeurs-pompiers et l'intérêt de la médiation	P : 45
Titre 1 : Le droit de la fonction publique applicable aux sapeurs-pompiers	P : 45
Titre 2 : L'intérêt d'un développement de la médiation administrative	P : 151
Deuxième partie : L'amélioration du recours à la médiation administrative grâce à l'analyse économique du droit	P : 240
Titre 1 : A la recherche d'une typologie des contentieux fonction publique propices à la médiation	P : 242
Titre 2 : L'analyse économique du droit pour améliorer le recours à la médiation administrative	P : 337
Conclusion	P : 537
Bibliographie	P : 543

TABLE DES ABREVIATIONS

Acronyme	Signification
AED	Analyse économique du droit
AIT	Allocation d'invalidité temporaire
AJDA	Actualité juridique du droit administratif
AJFP	Actualité juridique de la fonction publique
ARE	Allocation de retour à l'emploi
Art.	Article
ATI	Allocation temporaire d'invalidité
CAA	Cour administrative d'appel
CAP	Commission administrative paritaire
CASDIS	Conseil d'administration du service départemental d'incendie et de secours
CATSIS	Commission administrative et technique des services d'incendie et de secours
CC/Cons.Const.	Conseil constitutionnel
CCDSPV	Comité consultatif départemental des sapeurs-pompiers volontaires
CCFP	Conseil commun de la fonction publique
CDG	Centre de gestion
CE	Conseil d'État
CE	Commission européenne
CECA	Communauté européenne du charbon et de l'acier
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CEDHLE	Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales
CGCT	Code général des collectivités territoriales
CGFP	Code général de la fonction publique
CHSCT	Commission d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail
CIS	Centre d'incendie et de secours
CITIS	Congé pour invalidité temporaire imputable au service
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
CJA	Code de justice administrative
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CLD	Congé longue durée
CLM	Congé longue maladie
CMO	Congé maladie ordinaire
CNSIS	Conférence nationale des services d'incendie et de secours
CNSPV	Conseil national des sapeurs-pompiers volontaires
CPI	Centre de première intervention
CRO	Congé pour raison opérationnelle
CRPA	Code des relations du public avec l'administration

CS	Centre de secours
CSFPT	Conseil supérieur de la fonction publique territoriale
CSI	Code de la sécurité intérieure
CSP	Centre de secours principal
CSS	Code de la sécurité sociale
CT	Comité technique
CTA-CODIS	Centre de traitement de l'alerte et centre opérationnel départemental d'incendie et de secours
CPC	Code de procédure civile
DDHC	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen
DETT	Directive européenne 2003/88/CE sur le temps de travail
EPA	Établissement public administratif
EPOA	Établissements publics et organismes associés aux conseils départementaux
FPT	Fourgon pompe-tonne (camion des pompiers)
FPT	Fonction publique territoriale
F3SCT	Formation spécialisée en matière de santé, sécurité et conditions de travail
GAJA	Grands arrêts de la jurisprudence administrative
HATVP	Haute autorité pour la transparence de la vie publique
IAT	Indemnité d'administration et de technicité
IHTS	Indemnité horaire pour travaux supplémentaires
IFTS	Indemnité forfaitaire pour travaux supplémentaires
JCP	La semaine juridique LEXIS NEXIS
LDG	Ligne directrice de gestion
L&E	Law and economics
MARC	Mode alternatif de règlement des conflits
MARD	Mode alternatif de règlement des différends
MARL	Mode alternatif de règlement des litiges
MIJ	Médiation à l'initiative du juge
MIP	Médiation à l'initiative des parties
MPO	Médiation préalable obligatoire
NBI	Nouvelle bonification indiciaire
ONIAM	Office national d'indemnisation des accidents et maladies professionnels
p.	Page :
pp.	Paragraphe
PATS	Personnels administratifs et techniques des services départementaux d'incendie et de secours
PCASDIS	Président du Conseil d'administration du service départemental d'incendie et de secours
PGD	Principe général du droit
p.	Page
pp.	Paragraphe
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
RAPO	Recours administratif préalable obligatoire
Rec.	Mentionné ou publié au recueil Lebon

REP	Recours pour excès de pouvoir
RFDA	Revue française de droit administratif
RH	Ressources humaines
RPC	Recours de plein contentieux
RPS	Risques psycho-sociaux
SDACR	Schéma départemental d'analyse et de couverture des risques
SDIS	Service départemental d'incendie et de secours
SP	Sapeur-pompier
SPP	Sapeur-pompier professionnel
SPV	Sapeur-pompier volontaire
TA	Tribunal administratif
TASS	Tribunal des affaires de sécurité sociale
TC	Tribunal des conflits
TCE	Traité instituant la communauté européenne ou traité de Rome
TFUE	Traité de fonctionnement de l'Union européenne
TGI	Tribunal de grande instance
TI	Tribunal d'instance
TJ	Tribunal judiciaire
UE	Union européenne
VSAV	Véhicule de secours et d'assistance aux victimes (ambulance des pompiers)

Introduction

« For a rational study of the law, the black letterman may be the man of the present, but the man of the future is the man of statistics and the master of economics (...) As a step toward that ideal it seems to me that every lawyer ought to seek an understanding of economics. The present divorce between the schools of political economy and law seems to me an evidence of how much progresses in philosophical study still remains to be made » Judge Oliver Holmes, The path of Law, Harvard Law Review, volume 10, p : 457/478, 1897³

Le Conseil d'État analyse traditionnellement dans son rapport public annuel l'économie globale de son activité juridictionnelle, le terme économie étant entendu dans son sens étymologique : *oikou nomos*⁴. Le rapport annuel 2021, portant sur l'année 2020, confirme une fois de plus l'importance du contentieux fonction publique au sein de l'activité juridictionnelle des juridictions administratives⁵.

Le développement des modes alternatifs de règlement des différends (MARD) est ainsi aujourd'hui largement plébiscité et promu par la juridiction administrative. Parmi eux, la médiation pourrait permettre de résoudre plus efficacement un certain nombre de contentieux soulevés par les agents publics qui ont, au-delà de leur dimension purement juridique, une dimension économique, sociale et managériale importante (A). Encore peu utilisée, elle repose sur un cadre méthodologique en gestation, reposant plus sur les facultés personnelles du médiateur que sur des outils permettant de rétablir le dialogue entre le demandeur et le défendeur (B). Après avoir défini les termes de son sujet (C), cette thèse met en exergue l'enjeu que revêt la médiation administrative dans la résolution des différends du travail au sein de la fonction publique (D). Elle postule alors que l'analyse économique du droit

³ Traduction : « Pour une étude rationnelle du droit, l'homme des lettres gothiques est peut-être l'homme du présent, mais l'homme du futur est l'homme de la statistique et le maître de l'économie (...) Pour mieux préciser cette idée, il me semble que tout juriste devrait chercher à comprendre l'économie. Le divorce actuel entre les écoles d'économie politique et de droit me semble être une preuve de l'ampleur des progrès qu'il reste à faire en matière d'études philosophiques ».

⁴ « Oikou nomos » signifie en grec ancien « La loi de la maison », Oikia signifiant la maison, Nomos la loi.

⁵ Les chiffres clés de la juridiction administrative en 2022 démontrent que le contentieux fonction publique est le deuxième contentieux en volume (11% des affaires traitées), à égalité avec le contentieux fiscal, derrière le contentieux des étrangers (19%).

peut être un outil efficace pour améliorer le droit et le recours à la médiation du contentieux fonction publique (E), cette introduction s'achevant par une présentation de l'objectif et du plan de ce travail de recherche (F).

A. Le contentieux fonction publique : un contentieux du travail particulier

Si le contentieux des étrangers est en volume le contentieux le plus important des tribunaux administratifs, des cours administratives d'appel et du Conseil d'État⁶, le contentieux fonction publique, soulevé par les fonctionnaires et les agents publics, occupe en terme de volume la deuxième place sur le premier degré de juridiction : « Le contentieux de la fonction publique ne constitue (...) que l'une des branches principales du contentieux administratif général, tout comme le contentieux des étrangers ou de celui de l'urbanisme (ces trois contentieux constituant, avec le contentieux fiscal, l'essentiel de l'ordinaire des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel) »⁷. Alors que le volume spécifique du contentieux fonction publique recule légèrement (-4% en 2019 par rapport à 2018, -12% de 2020 par rapport à 2019⁸), il représente toujours environ 10% de l'activité respective des tribunaux administratifs, des cours d'appel et du Conseil d'État.

La querulence des fonctionnaires et des agents publics ne fait néanmoins pas l'objet d'études ou de focus particuliers. Ainsi, le rapport annuel sur l'état de la fonction publique édité par la Direction générale de l'administration et de la fonction publique (DGAFP) n'effectue qu'un court focus sur l'activité des juridictions administratives concernant les fonctionnaires et les agents publics, basé lui-même sur les données contenues dans le rapport public annuel du Conseil d'État⁹. En prenant comme échantillon de population les sapeurs-

⁶ CE, rapport public annuel 2020, p.36. Le contentieux des étrangers représente 37.6% des jugements rendus par les tribunaux administratifs et 49.3% des arrêts rendus par les cours administratives d'appel, le contentieux fonction publique représente 9.5% des jugements rendus par les tribunaux administratifs et 9.2% des arrêts rendus par les cours administratives d'appel.

⁷ BERTHOUD Joël (2015), *Pratique du contentieux de la Fonction publique*, Les éditions du Panthéon, p.5.

⁸ Ce recul est à relativiser au regard du caractère exceptionnel de l'année 2020 avec la COVID-19.

⁹ Direction générale d'administration et de la fonction publique (DGAFP), Rapport annuel sur l'état de la fonction publique 2020, ministère de la fonction publique, p.630. Il est ainsi logique de ne pas trouver d'éléments complémentaires et plus précis en ce qui concerne les sapeurs-pompiers, dont l'activité est scrutée annuellement par la Direction générale de la sécurité civile et de la gestion des crises (DGSCGC) du ministère de l'intérieur, dans le cadre de la production des Statistiques des services d'incendie et de secours. Ces indicateurs ne comptabilisent et ne suivent pas en effet les contentieux soulevés par les sapeurs-pompiers, dont la masse salariale représente

pompiers, cette thèse a vocation à explorer plus profondément la structure du contentieux fonction publique soulevé aujourd'hui par les agents publics.

Le contentieux du droit de la fonction publique illustre aujourd'hui le vaste mouvement de rapprochement entre le droit du travail et le droit de la fonction publique. Mais comme le note le professeur Fabrice Melleray¹⁰, il ne s'agit pas d'un « alignement » d'un droit sur l'autre et réciproquement, mais plutôt une influence réciproque du droit du travail sur le droit de la fonction publique. Cette « convergence » particulière se matérialise ainsi par la reconnaissance dès le préambule de la Constitution de 1946 du droit de grève et de la liberté syndicale pour les fonctionnaires, mais aussi par l'amélioration significative des conditions de travail et de gestion des salariés du secteur privé grâce par exemple à l'extension des pouvoirs des Conseils de prud'hommes¹¹.

Les conséquences des décisions rendues en matière de ressources humaines sont ainsi concrètes dans toutes les collectivités impactées, à la fois au point de vue financier, mais aussi au point de vue managérial si l'on considère par exemple les incidences qu'ont les décisions du Conseil d'État sur l'organisation et la gestion des services (dès lors qu'il s'agit par exemple de réintégrer un agent irrégulièrement révoqué). L'adaptation progressive du droit interne au droit de l'Union européenne depuis 2003 a de plus contribué à cette augmentation du contentieux relatif aux ressources humaines, le cadre européen posé par la directive européenne sur le temps de travail de 2003/88/CE venant par exemple questionner l'organisation du temps de travail des sapeurs-pompiers professionnels et l'emploi des sapeurs-pompiers volontaires.

B. Les nouvelles modalités de règlement des différends au sein de la fonction publique

Chercher à résoudre un différend par d'autres voies que la décision de justice n'est pas une pratique nouvelle. L'ancien droit disait déjà « accord vaut mieux que plaid », cette maxime

cependant 83% du budget alloué aux Services départementaux d'incendie et de secours (SDIS). Voir également Les statistiques des services d'incendie et de secours 2020, Direction générale de la sécurité civile et de la gestion des crises, p.57.

¹⁰ MELLERAY Fabrice (2017), *Droit de la fonction publique*, Éditions ECONOMICA, p.43.

¹¹ Les Conseils de prud'hommes ont la possibilité de vérifier la proportionnalité d'une sanction disciplinaire.

s'étant transformée à l'époque contemporaine par le célèbre adage selon lequel « un mauvais accord vaut mieux qu'un bon procès ». Éviter le procès a toujours été et est encore une constante au sein des sociétés humaines, des considérations antiques sur l'éthique de la justice formalisées par Aristote dans son « Éthique à Nicomaque » aux palabres qui ont toujours cours en Afrique Noire : « Tant les écrits philosophiques (...) que religieux les plus anciens et les plus suivis (Bible et Coran) privilégient la balance de la négociation au glaive tranchant de la justice »¹². C'est ainsi que se sont développés les modes alternatifs de règlement des différends (MARD) : arbitrage, médiation, conciliation et transaction. Ce mouvement s'est par ailleurs accéléré sous l'effet conjugué de trois facteurs.

Le premier facteur « relève de ce que l'on nomme la crise de la justice », caractérisée par l'explosion du contentieux judiciaire et l'encombrement des rôles des juridictions qui en est la conséquence »¹³. Ce phénomène, qui n'est pas propre à la France, mérite cependant d'être relativisé, en premier lieu aux Etats-Unis où les Américains ne font pas plus appel à la justice que dans d'autres pays¹⁴. Il est cependant suffisamment prégnant pour que le Conseil de l'Europe ait émis plusieurs recommandations relatives à la médiation et à la conciliation en matière administrative¹⁵, le Conseil européen de Tampere en 1999 invitant quant à lui les États-membres à créer des « procédures de substitution extrajudiciaires ». Après que la Commission européenne a publié en 2002 un livre vert sur les « modes alternatifs de règlement des conflits relevant du droit civil et commercial », le législateur européen adopte une directive fondamentale le 21 mai 2008, dénommée « Directive médiation »¹⁶. La France a ainsi investi ce mouvement très tôt, en créant dès 1978 le statut de conciliateur de justice¹⁷.

¹² TRICOIT Jean-Philippe (2020), *Droit de la médiation et des modes amiables de règlement des différends*, éditions GUALINO, p.23.

¹³ CADIET Loïc et CLAY Thomas (2019), *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Éditions DALLOZ, 3^{ème} édition, p.3.

¹⁴ GARAPON Antoine, PAPADOPOULOS Ioannis (2010), *Juger en Amérique et en France*, Éditions Odile Jacob, p.48.

¹⁵ Conseil de l'Europe, Recommandation n°Rec(2001)9, 5 septembre 2001 sur les modes alternatifs de règlement des litiges entre les autorités administratives et les personnes privées ; Recommandation n°R(86)12, 16 septembre 1986 relative à certaines mesures visant à prévenir et à réduire la surcharge de travail des tribunaux.

¹⁶ Directive N°2008/52/CE du Parlement et du Conseil, 21 mai 2008, sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale : JOCE n°L136, 24 mai 2008, p.3.

¹⁷ Décret n°78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice.

et en examinant via le Conseil d'État et ses études¹⁸ les modalités d'extension du phénomène aux juridictions administratives.

Le second facteur est plus structurel, touchant « à l'évolution des modes de régulation sociale, c'est-à-dire à la structure même de la société française. Qu'on le regrette ou non, l'État n'est plus ce qu'il était et, par conséquent, la loi non plus, qui a cessé d'être le centre de l'univers juridique qu'elle était depuis la codification napoléonienne. Ce déclin du légicentrisme est de nature à favoriser la contractualisation des rapports sociaux, en général, et la contractualisation du procès, en particulier »¹⁹.

Le troisième et dernier facteur est enfin lié aux coûts du service public de la justice : « lorsque l'appétence pour les modes alternatifs ne vient ni des parties, ni des juridictions, ni de la Chancellerie, c'est le ministère des finances qui les promeut au nom de la modernisation des politiques publiques. La logique juridique ou sociale se trouve alors relayée par celle du porte-monnaie, souvent plus efficace politiquement »²⁰. Plusieurs lois sont ainsi venues préciser les modes alternatifs de règlement : la loi n°95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, qui dans ses articles 21 et suivants décrit les règles générales que tout procédé répondant aux éléments constitutifs de la médiation doit respecter ; la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle, qui consacre notamment un des huit titres à l'objectif de favoriser les modes alternatifs de règlement des différends ; enfin la loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, qui entend développer la culture du règlement amiable des différends.

La notion de règlement amiable fait cependant « encore l'objet de débats et il est difficile de proposer une définition sur laquelle il y ait consensus. Là comme ailleurs, il y a différentes écoles »²¹. La définition la plus consensuelle de règlement amiable est « les modalités de traitement d'un différend qui reposent sur la volonté commune des parties et

¹⁸ CE, Rapport public annuel 1993, « *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, l'arbitrage en matière administrative* » ; CE, Rapport public annuel 2008, « *Les recours administratifs préalables obligatoires* » ; CE, 2010, « *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne* ».

¹⁹ CADIET Loïc et CLAY Thomas (2019), *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Éditions DALLOZ, 3^{ème} édition, p.5.

²⁰ Ibid., p.6.

²¹ CE, Rapport public annuel 1993, « *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, l'arbitrage en matière administrative* » ; CE, Rapport public annuel 2008, « *Les recours administratifs préalables obligatoires* » ; CE, 2010, « *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne* », p.1451.

s'accomplissent, en partie ou en totalité, sans l'intervention d'un juge (...) A la définition proposée en première analyse, ne peut utilement suivre qu'une classification, ou une typologie, des actes et processus permettant le règlement amiable »²². Cette typologie, qui doit être recherchée, fera ainsi l'objet d'un long développement dans cette thèse.

A cette accélération dans le recours aux modes alternatifs de règlement des différends (MARD) se superpose naturellement un certain nombre d'amalgames entre différents procédés. En effet, « d'abord conçus comme une alternative à la solution judiciaire du litige, les modes amiables de règlement des conflits se sont développés y compris devant le juge lui-même comme une alternative à la solution juridictionnelle, de sorte que ce ne sont plus les modes judiciaires et les modes amiables qu'il faut opposer, mais les modes juridictionnels et les modes alternatifs qui peuvent les uns et les autres être judiciaires aussi bien qu'extrajudiciaires »²³.

Plusieurs concepts, comme les modes alternatifs ou amiables de résolution ou de règlement des litiges (MARL), les modes alternatifs ou amiables de résolution ou de règlement des différends (MARD), les modes alternatifs ou amiables de résolution ou de règlement des conflits (MARC) viennent ainsi se confronter ou se compléter, au risque de perdre parfois le juriste averti. Néanmoins désormais « il existe aujourd'hui une typologie des processus amiables. Depuis le décret n°2012-66 du 20 janvier 2012, le Code de procédure civile compte en effet un livre V dédié à la résolution amiable des différends. L'article 1528 qui ouvre ce nouveau livre distingue entre les tentatives de règlement amiable avec l'assistance d'un tiers et celles qui interviennent dans le cadre d'une procédure participative »²⁴. Ainsi les règlements amiables avec assistance d'un tiers « comportent deux modalités : la médiation et la conciliation »²⁵, qui ont suscité d'intenses débats conceptuels. En synthèse il sera rappelé que « la conciliation et la médiation sont l'une et l'autre des processus structurés aux fins de parvenir avec l'aide d'un tiers à un accord permettant le règlement du différend »²⁶. Les deux procédés se distinguent ainsi par la qualité du tiers : la conciliation est assurée par un

²² Ibid., p.1451.

²³ CADIET Loïc et CLAY Thomas (2019), *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Éditions DALLOZ, 3^{ème} édition, p.15.

²⁴ *Droit processuel, droit commun et droit comparé du procès équitable* (2021), Ouvrage collectif sous la direction de Serge GUINCHARD, Éditions DALLOZ, 11^{ème} édition, p.1452.

²⁵ Ibid., p.1452.

²⁶ Ibid., p.1453.

conciliateur, auxiliaire de justice bénévole qui peut être désigné par un juge²⁷ ; la médiation est assurée par un médiateur qui est rémunéré et désigné par un juge. Nous retiendrons que la médiation, qu'elle soit civile ou administrative, est un mode alternatif de règlement ou de résolution d'un différend (MARD), en partant du principe qu'un différend peut aller de l'incompréhension dans sa première phase de développement au contentieux dans sa dernière.

La médiation administrative apparaît pour la première fois dans le code justice administrative (CJA) à la suite de l'ordonnance n°2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de 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. Cantonnée aux différends transfrontaliers « auxquels le juge administratif n'est, par construction, que très rarement confronté »²⁸, elle est largement complétée et précisée dans le chapitre III du Titre 1^{er} du livre II du CJA, grâce aux lois n°2016-1547 du 18 novembre 2016 et n°2019-222 du 23 mars 2019, mais aussi aux décrets n°2017-566 du 18 avril 2017 et n°2019-82 du 7 février 2019.

Comme en matière civile et à titre expérimental, le pouvoir réglementaire a également introduit un préliminaire obligatoire de médiation, sous peine d'irrecevabilité du recours contentieux. Le décret n°2018-101 du 16 février 2018 portant expérimentation d'une procédure de médiation préalable obligatoire en matière de litiges de la fonction publique et de litiges sociaux dispose ainsi que sont « précédés d'une médiation les recours contentieux formés par les agents publics civils » de « la fonction publique territoriale employés dans les collectivités territoriales et les établissements publics locaux situés dans un nombre limité de circonscriptions départementales, choisies en raison de la diversité des situations qu'elles présentent ». Il existe ainsi un dispositif de conventionnement entre les Centres de gestion (CDG) de la fonction publique territoriale, chargé d'assurer cette médiation préalable obligatoire (MPO), et les collectivités qui en dépendent : « Rappelant que si les choses ont été un peu plus longues à mettre en place au niveau des collectivités locales, parce qu'il a fallu que chaque collectivité locale signe une convention d'adhésion à la MPO en application de leur liberté d'administration, ce sont au final près de 7 700 conventions qui ont été

²⁷ Code de procédure civile, Art. 21.

²⁸ MASSE-DESSEN Hélène, COSTA Elsa (2019), « La médiation devant les juridictions administratives aujourd'hui », AJDA 2019, p.2158.

volontairement conclues entre ces collectivités, à 80% des communes, et les 42 CDG concernés »²⁹. Cette MPO, qui s'applique ainsi à la contestation de décisions administratives individuelles variées³⁰, n'est donc pas envisagée librement par les parties, mais imposée par une norme.

C. L'analyse économique du droit à la médiation administrative du contentieux fonction publique soulevé par le sapeur-pompier : définition des termes du sujet

Les différents termes du sujet de la thèse sont définis ici : la médiation administrative (a), l'analyse économique du droit de la médiation administrative (b), le contentieux fonction publique soulevé par le sapeur-pompier (c).

a. La médiation administrative

La médiation administrative est le fruit d'une harmonisation opérée par la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle entre les processus de médiation et de conciliation, le code des relations entre le public et l'administration (CRPA) ayant même été modifié en ce sens³¹. Elle est ainsi alignée avec la médiation judiciaire et ne se confond pas avec la médiation publique, qui est insérée dans la procédure administrative non contentieuse (Défenseur des droits, Médiateurs des ministères, médiation de certaines autorités administratives indépendantes). La médiation administrative a deux caractéristiques principales. Elle est tout d'abord un « processus structuré, qu'elle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par la juridiction »³². Elle est aussi réalisée sous l'égide d'un médiateur, qui « accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence »³³, généralement sous le sceau de la

²⁹ CE, 18 décembre 2019, *Assises nationales de la médiation administrative*, p.28.

³⁰ Décret n°2018-101 du 16 février 2018 portant expérimentation d'une procédure de médiation préalable obligatoire en matière de litiges de la fonction publique et de litiges sociaux, Art 1.

³¹ CADIET Loïc et CLAY Thomas (2019), *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Éditions DALLOZ, 3^{ème} édition, p.84.

³² CJA, Art. L.213-1.

³³ CJA, Art. L.213-2.

confidentialité afin notamment, si la médiation échoue, de garantir que les informations recueillies ne puissent pas être invoquées par les parties dans un contentieux ou un arbitrage ultérieur³⁴.

Comme le rappelle le Vice-président du Conseil d'État Bruno Lasserre, la médiation offre une véritable alternative au procès « en permettant aux parties de construire elles-mêmes la solution à leur litige, en leur donnant la possibilité d'échanger librement mais de manière structurée, en toute confidentialité et avec l'aide d'un tiers, neutre, impartial et indépendant »³⁵. La médiation est néanmoins beaucoup plus qu'un mode alternatif de règlement des différends, car « son ressort est très particulier : il repose avant tout sur une analyse d'une citoyenneté active, dynamique, une perception forte de la place de chacun dans la cité, de la place qu'il y occupe dans une société de confiance »³⁶.

Il existe cependant deux types de médiation. Il y a tout d'abord la médiation dite « institutionnelle » ou « publique », entre une administration et un administré ou un usager du service public. Gratuite et opérée par un médiateur nommé par l'administration, elle trouve son origine dans l'ombudsman suédois et vise à réformer une décision de l'administration avant une action contentieuse³⁷. Elle ne sera donc pas évoquée dans cette thèse.

Il y a ensuite la médiation dite « conventionnelle », expressément visée par l'article L.213-1 du Code de justice administrative (CJA) et reposant sur une convention établie par le médiateur et approuvée par les médiés. Le médiateur, choisi de manière indépendante par les parties en phase pré-contentieuse ou désigné par le juge en phase contentieuse est rémunéré par les parties en présence. Les médiés désignent à la fois l'administration et des personnes physiques ou morales.

La médiation étudiée dans cette thèse est la médiation « conventionnelle » en phase contentieuse ou précontentieuse. Plus qu'une procédure alternative de règlement des différends, elle est un processus permanent de co-construction d'une solution alternative à la

³⁴ Loi n°95-125 du 8 février 1995, art. 21-3, alinéa 2 relatif à la médiation judiciaire.

³⁵ CE, 18 décembre 2019, *Assises nationales de la médiation administrative*, p.4.

³⁶ CE, 2019, *Le Conseil d'État et la justice administrative en 2018*, Interview de Philippe Gazagnes, président du tribunal administratif de Clermont-Ferrand et référent national pour la médiation en 2019, p.15.

³⁷ CADIET Loïc et CLAY Thomas (2019), *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Éditions DALLOZ, 3^{ème} édition, p.85.

décision que pourrait prendre un juge. Elle repose donc sur un acte volontaire, dont l'occurrence n'est pas systématique. Le conflit peut en effet être à ce point exacerbé, notamment par la logique de l'honneur³⁸, que seul un juge peut parvenir à le dénouer en tranchant le litige.

b. L'analyse économique du droit de la médiation administrative

L'analyse économique du droit est la traduction française d'un mouvement de pensée dénommé soit *Economic analysis of law*, soit *Law and economics*. Cette doctrine est tout d'abord lancée par des économistes, avec la thèse de Gary Becker en 1957 sur l'économie de la discrimination aux USA, qui amènera plus tard ce grand professeur de l'école d'économie de Chicago à obtenir le prix Nobel d'économie en 1992 pour ses travaux sur la notion de capital humain³⁹. Puis est lancé en 1958 au sein de la même université de Chicago le « Journal of law and economics », qui va prendre son envol dès 1960 avec la parution d'un article célèbre de Ronald Coase sur le coût social⁴⁰.

Le mouvement Law and economics poursuit son développement au sein des juristes au début des années soixante-dix grâce à Guido Calabresi⁴¹, professeur de droit à l'Université

³⁸ D'IRIBARNE Philippe (1993), *La logique de l'honneur – gestion des entreprises et traditions nationales*, collection Essais, éditions du Point. Dans cet ouvrage, le sociologue met en relief les modèles nationaux de fonctionnement des entreprises. Plusieurs manières de vivre en société sont ainsi mises en exergue : la France est ainsi la patrie de l'honneur, des rangs, de l'opposition du noble et du vil, des ordres, des corps, des états, qui se distinguent autant par l'étendue de leurs devoirs que par celle de leurs privilèges. Chacun a à cœur d'être à la hauteur des responsabilités que lui fixent les traditions de son état. Distinguant éminemment l'officiel de l'officieux, la gestion française tient souvent compte de tout cela, sans le dire, ni même le formuler. La logique de l'honneur amène ainsi régulièrement le conflit social français à épouser des formes violentes et exacerbées.

³⁹ FEREY Samuel, Les fiches de lecture de l'Encyclopaedia Universalis, « Une analyse théorique et empirique de Gary Stanley Becker » : « Becker définit le capital humain comme un stock de ressources productives incorporées aux individus eux-mêmes, constitué d'éléments aussi divers que le niveau d'éducation, de formation et d'expérience professionnelle, l'état de santé ou la connaissance du système économique. Toute forme d'activité susceptible d'affecter ce stock (poursuivre ses études, se soigner, etc.) est définie comme un investissement (...). L'hypothèse fondamentale de Becker est que les inégalités de salaires reflètent les productivités différentes des salariés. Ces dernières sont elles-mêmes dues à une détention inégale de capital humain (...). Un investissement en capital humain trouve donc une compensation dans le flux de revenus futurs qu'il engendre. L'analyse de la formation du capital humain passe par l'étude d'un choix intertemporel : l'individu détermine le montant et la nature des investissements qu'il doit effectuer pour maximiser son revenu ou son utilité intertemporelle. La durée de vie de l'investissement, sa spécificité, sa liquidité, le risque associé sont alors autant de déterminants du taux de rendement de l'investissement en capital humain ».

⁴⁰ Ce concept donnera lieu au théorème de Coase et sera aussi à l'origine du prix Nobel de cet économiste en 1991.

⁴¹ CALABRESI Guido (1970), *The Cost of Accidents : A Legal and Economic Analysis*, Yale University Press

de Yale et juge fédéral, Henri Manne et Richard A. Posner. Ce dernier, également professeur de droit à l'université de Chicago et juge fédéral, publie en 1972 un livre qui fait date *Economic analysis of law* où les cours classiques sur les biens (*property*), les obligations (*contracts*) et la responsabilité (*torts*) trouvent un éclairage économique à la lumière de la pensée de Coase. Ce dernier fonde sa théorie sur le concept de l'efficacité sociale du droit, puisque selon lui les individus respectent les règles uniquement parce qu'elles servent leur intérêt : les règles ne sont ainsi que des « prix » qu'il convient de considérer avant tout comme des mécanismes incitatifs au point de vue économique. Posner est ainsi un pragmatique qui réfute l'idée de vérité, postulant que tout individu cherche à maximiser sa richesse. Le droit est ainsi pour lui un système devant concourir à la maximisation de la richesse individuelle mais aussi un système de justice sociale. Il est cependant important de souligner que ce développement de l'analyse économique du droit chez les juristes s'effectue tout d'abord dans un pays de *Common Law*, où des juges fédéraux (Calabresi, Posner...) vont s'appliquer à éclairer, grâce à l'hypothèse de rationalité des acteurs posée par la microéconomie, les différentes étapes de résolution des litiges dans un pays où la procédure de jugement est accusatoire⁴². Cependant rien ne semble faire obstacle à ce que l'analyse économique du droit n'étudie le fonctionnement de procédures inquisitoires comme celles prévalant en France en matière de contentieux administratif⁴³.

L'analyse économique du droit selon Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau cherche en effet « à remonter à la raison d'être des institutions juridiques. Elle postule qu'elles exhibent

⁴² La procédure accusatoire et contradictoire est un système de justice dont les règles de procédures reposent sur les parties au litige, qui sont responsables de présenter leur version des faits et de convaincre le juge ou le jury de la justesse de leur cause. Dans cette procédure les parties ont l'initiative du procès et en déterminent le contenu, conformément au principe du dispositif. Cette procédure est la procédure de droit commun aux USA et dans les pays de *Common Law*, mais aussi en France. En effet, L'article 1^{er} du code de procédure civile (CPC) dispose que : « Seules les parties introduisent l'instance, hors les cas où la loi en dispose autrement ». On notera que les premiers juristes français à s'intéresser à l'analyse économique du droit étaient souvent des civilistes, comme par exemple Marie-Anne Frison-Roche.

⁴³ DALLOZ, Fiche d'orientation sur l'instruction en contentieux administratif (2019) : « La procédure administrative contentieuse est écrite, inquisitoire et contradictoire. Le juge dirige l'instruction. Il lui appartient de prendre toute mesure nécessaire à l'acheminement de l'affaire jusqu'à son jugement. Il fixe le délai imparti aux parties pour produire leurs écritures ainsi que toute pièce et document qu'il estime nécessaire à la résolution du litige (CJA, art. R. 611-10 et R. 611-17). Il dispose, par ailleurs, d'un large panel de mesures d'instructions (demande de documents, vérification de documents administratifs, enquête, expertise, *amicus curiae*). L'instruction des affaires est contradictoire, c'est-à-dire que le juge ne statue qu'au vu des seules pièces du dossier communiquées aux parties et qu'après leur avoir permis d'y répondre. Le jugement rendu en méconnaissance du contradictoire encoure une annulation pour irrégularité (CE, sect., 19 avr. 2013, *Chambre de commerce et d'industrie d'Angoulême*, n°340093). En pratique, le caractère contradictoire se matérialise par la communication des mémoires et des pièces ».

une rationalité sous-jacente uniforme et propose les outils conceptuels pour la mettre au jour. L'analyse économique du droit ne se limite pas aux aspects *économiques* au sens restreint de ce qui touche le commerce, la monnaie, les banques et la concurrence. Elle ne recherche pas davantage les traces d'un calcul coûts-avantages qui se trouveraient dans la décision judiciaire ou administrative. Au contraire, elle croit pouvoir expliciter une logique dont les décideurs n'auraient pas forcément conscience et n'exprimeraient pas dans les motifs de leurs décisions »⁴⁴.

L'analyse économique du droit cherche ainsi à mettre à jour l'économie du droit. Elle excède par conséquent champ du droit économique en général et du droit public économique en particulier. Il convient cependant de noter que l'analyse économique du droit n'a que partiellement intéressé à ce jour les juristes français, le corpus théorique étant majoritairement écrit en anglais, mais aussi pour plusieurs raisons relevées dans la thèse de Régis Lanneau⁴⁵: la séparation académique entre le droit et l'économie, mais aussi un biais de perception, l'analyse économique du droit pouvant être à tort assimilée à une doctrine utilitariste et néolibérale de par ses fondements microéconomiques néoclassiques. L'analyse économique du droit trouve néanmoins en France un écho particulier grâce à l'ouvrage spécifique⁴⁶ corédigés par les professeurs canadiens Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau de l'Université de Montréal, pour des raisons qui nous semblent tenir à la fois du bilinguisme des Québécois, de la proximité avec les Etats-Unis et de la culture juridique du Canada.

Néanmoins, le développement de l'enseignement du *Law and economics* dans les grandes universités américaines⁴⁷ a amené les économistes français à s'intéresser à cette matière⁴⁸. Suivis par certains juristes français de renom⁴⁹, l'analyse économique du droit démontre en effet sa pertinence dans le droit jurisprudentiel, dans le cadre duquel le juge

⁴⁴ MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane (2008), *Analyse économique du droit*, Éditions DALLOZ THEMIS, Collection Méthodes du droit, 2^{ème} édition, p.3s.

⁴⁵ LANNEAU Régis (2009), *Les fondements épistémologiques du mouvement Law and economics*, Thèse de droit public, p.23.

⁴⁶ MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane (2008), *Analyse économique du droit*, Éditions DALLOZ THEMIS, Collection Méthodes du droit, 2^{ème} édition.

⁴⁷ Les deux chefs de file en la matière étant l'Université de Chicago éditant le *Journal of Law and economics* et l'Université de Yale, éditant le *Journal of behavioral law and economics*.

⁴⁸ Voir KIRAT Thierry (1999), *Economie du droit*, collection Repères, éditions La Découverte ; DEFFAINS Bruno (2002), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Éditions Cujas.

⁴⁹ FRISON-ROCHE Marie-Anne, CANIVET Guy, DEFFAINS Bruno (2005), « L'analyse économique du droit, quelques points d'accroche », numéro spécial des Petites Affiches, 19 mai 2005.

administratif français peut être amené à faire œuvre prétorienne à l'instar du juge américain de la *Common Law*. Ainsi, « l'analyse économique du droit peut se développer en Europe si et parce qu'elle peut dépasser le cadre du droit privé pour s'intéresser au droit public, au droit constitutionnel et au droit administratif dans leur spécificité locale »⁵⁰, les spécificités de chacun de ces droits n'étant pas aussi marquées aux Etats-Unis par exemple.

c. Le contentieux fonction publique soulevé par les sapeurs-pompiers

Le contentieux fonction publique comme nous l'avons vu précédemment représente environ 10% des requêtes examinées par les tribunaux administratifs. En effet « à compter de la fin du XIXème siècle, le juge administratif a contribué à la naissance et à l'affirmation d'un droit de la fonction publique. Le Préambule de la Constitution de 1946, la Constitution de 1958 ainsi que les lois intervenues depuis le milieu du XXème siècle ont ensuite complété les principes jurisprudentiels de droits et obligations consacrés par les textes »⁵¹. Parmi eux, le statut général des fonctionnaires⁵² occupe une place prééminente.

Si le contentieux des litiges concernant la fonction publique demeure de manière globale assez classique, il se caractérise aussi par quelques spécificités relatives aux règles de compétence et d'accès au juge administratif, aux différentes voies de recours, mais aussi aux principes posés progressivement en matière de sécurité juridique.

- Les règles de compétence et d'accès au juge administratif

Les juridictions administratives sont tout d'abord compétentes pour connaître de la situation des fonctionnaires, car ces derniers se trouvent « vis-à-vis de l'administration dans une situation statutaire et réglementaire »⁵³, mais aussi des agents « participant directement au fonctionnement du service public ou à son exécution même »⁵⁴. Cette précision est ainsi

⁵⁰ HARNAY Sophie, MARCIANO Alain (2003), *L'analyse économique du droit*, Collection Bien Commun, Edition Michalon, p.116.

⁵¹ CE, 2017, *Le juge administratif – juge de la fonction publique*, Dossier thématique.

⁵² Le statut général des fonctionnaires est composé de quatre lois formant chacune l'un des titres de ce statut : le titre 1 est la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, le titre 2 est la loi n°84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat, le titre 3 est la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, le titre 4 est la loi n°86-33 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière.

⁵³ CE, Sect., 22 octobre 1937, *Minaire et autres*, Rec.

⁵⁴ CE, Sect., 4 juin 1954, *Vingtain et Affortit*, Rec. ; TC, 25 novembre 1963, *Mazerand*, Rec.

importante, car nous verrons ultérieurement que le sapeur-pompier volontaire, qui n'est pas un fonctionnaire, appartient à cette catégorie d'agents. Le tribunal administratif est ainsi le juge de droit commun en matière de contentieux fonction publique.

Ensuite, la « jurisprudence actuelle retient une interprétation extensive des actes susceptibles d'être déférés au juge administratif »⁵⁵. Le champ des mesures d'ordre intérieur, insusceptibles de recours par leur faible importance pratique, tend en effet à se réduire. Elles regroupent l'ensemble des mesures prise à l'égard d'agents publics qui, compte tenu de leurs effets, ne peuvent être regardées comme leur faisant grief : celles qui, par exemple, tout en modifiant leur affectation ou les tâches qu'ils ont à accomplir, ne portent pas atteinte aux droits et prérogatives qu'ils tiennent de leur statut ou à l'exercice de leurs droits et libertés fondamentaux, ni n'emportent une perte de responsabilités ou rémunération.

L'intérêt pour agir, qui conditionne la recevabilité du recours, est apprécié d'une manière différente selon que le requérant est soit un agent public, soit un syndicat ou une association professionnelle⁵⁶. Le contentieux fonction publique se caractérise également par l'importance relative des différentes voies de recours.

- Les différentes voies de recours sont au nombre de trois

Le recours pour excès de pouvoir, le plus répandu, est « un procès fait à un acte, une décision (...) et donc ne peut être dirigé contre une « situation », quelque illégale qu'elle puisse paraître »⁵⁷. Le juge va dès lors chercher à identifier sur la base de la requête introductive du requérant des illégalités « positives », mais aussi « négatives », « l'acte contesté étant illégal non point en ce qu'il prescrit, ou permet, mais en ce qu'il ne contient pas de disproportions propres à garantir le principe d'égalité ou de non-discrimination »⁵⁸. Le recours pour excès de pouvoir « s'affirme ainsi comme un recours objectif, tendant à faire constater que, à la date à laquelle l'administration a pris un acte, elle a méconnu une ou plusieurs obligations, de forme et de fond, qui s'imposaient alors à elle. Mais, dans la mesure où l'administration est tenue,

⁵⁵ CE, 2017, *Le juge administratif – juge de la fonction publique*, Dossier thématique.

⁵⁶ CE, Sect., 29 juillet 1932, *Ruffier-Lanche et autres*, Rec. ; CE, 16 juin 1954, *Leroux*, Rec. ; CE, Sect., 18 octobre 1968, *Vacher-Desvernais*, Rec. ; CE, 22 mars 1918, *Rascol*, Rec. ; CE, 11 décembre 1903, *Lot*, Rec. ; CE, Ass., 25 juin 1969, *Syndicat autonome du personnel enseignant des facultés de droit et de sciences économiques de l'État*, Rec. ; CE, Sect., 10 février 1933, *Association amicale du personnel de l'administration centrale du ministère de l'agriculture*, Rec.

⁵⁷ CHABANOL Daniel (2011), *La pratique du contentieux administratif*, 9^{ème} édition, LEXIS-NEXIS, p.205.

⁵⁸ Ibid., p.205.

entre autres, de respecter les droits que les administrés tirent des textes, le recours pour excès de pouvoir ne peut être totalement déconnecté de la revendication des droits, subjectifs, de l'administré »⁵⁹.

Le recours de plein contentieux ou de pleine juridiction vise quant à lui à faire reconnaître par le juge des droits aux personnes qui le saisissent : « Il se caractérise par l'étendue accrue des pouvoirs dont dispose le juge administratif qui peut notamment, dans le cadre d'un tel recours, substituer sa décision à celle de l'administration »⁶⁰. Les recours indemnitaires sont des recours de plein contentieux, intervenant après qu'un administré ait demandé à l'administration une indemnité réparatrice au regard du fait que la responsabilité de l'administration puisse être engagée. Le recours en indemnité est donc « un procès fait à une personne publique, et non plus à un acte »⁶¹. Néanmoins "on ne peut exercer un recours en indemnité que si on est en possession d'une décision administrative refusant le versement de cette indemnité »⁶², le défaut de production d'une telle décision étant source de nombreux rejets.

Les procédures d'urgence permettent enfin de figer une situation, car le recours pour excès de pouvoir ne suspend pas l'exécution d'une décision administrative⁶³. On note ainsi plus particulièrement parmi ces référés le référé suspension, permettant de suspendre une décision, et le référé liberté, permettant au juge administratif de prendre toute mesure à même de sauvegarder l'exercice d'une liberté fondamentale. Notons ici que ces référés, pour être introduits, nécessitent l'existence d'une requête au fond.

Comme nous le verrons ultérieurement la frontière entre contentieux « objectif » et contentieux « subjectif » est ainsi éminemment poreuse en matière de contentieux fonction publique, un contentieux objectif relevant du recours pour excès de pouvoir pouvant venir régler la situation particulière d'un fonctionnaire ou d'un agent public. Le contentieux fonction

⁵⁹ Ibid., p.205.

⁶⁰ Fiches d'orientation (2021), Le recours de pleine juridiction, DALLOZ.

⁶¹ CHABANOL Daniel (2011), *La pratique du contentieux administratif*, 9^{ème} édition, LEXIS-NEXIS, p.257.

⁶² Ibid., p.257.

⁶³ Cf. le privilège du préalable, qui engendre le fait que la juridiction administrative ne peut être saisie que d'un recours formé contre une décision administrative préalable, explicite ou implicite, prise sans le consentement de la personne à laquelle elle s'applique.

publique a de plus été fortement marqué par l'émergence progressive du principe de sécurité juridique⁶⁴.

- Le principe de sécurité juridique

La consécration de ce dernier comme principe général du droit (PGD) communautaire⁶⁵ a en effet amené le juge français à l'appliquer tout d'abord dans l'ordre communautaire pour connaître d'une situation juridique directement régie par ce droit⁶⁶, dans le contentieux des situations réglementaires individuelles, afin notamment de garantir les droits définitivement acquis par les particuliers sous l'empire d'une réglementation donnée, en interdisant les normes communautaires rétroactives⁶⁷. Si la matière en cause était indirectement régie par le droit communautaire, la Haute Assemblée a néanmoins longtemps estimé que les principes de sécurité juridique ou de confiance légitime ne pouvaient être utilement invoqués en droit interne. Le juge administratif s'est ainsi retrouvé dans des situations inextricables, notamment lorsqu'il dérogeait au principe de non-rétroactivité en remédiant à l'illégalité constatée par le passé d'un acte ou d'un contrat administratif⁶⁸.

L'articulation des principes de légalité et sécurité juridique s'est par conséquent faite sur une longue période, des décisions CE 26 octobre 2001 M.Ternon et CE 11 mai 2004 Association AC !, à la décision CE 18 mai 2018 Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT. Comme le rappelle le Vice-président du Conseil d'État⁶⁹ :

« Le principe de sécurité juridique n'a été véritablement consacré en tant que tel qu'assez récemment. Avec l'arrêt Association AC ! de 2004, le Conseil d'État a d'abord admis la possibilité de moduler dans le temps l'application des décisions de justice. Il a ensuite révélé

⁶⁴ BOISSARD Sophie (2001), « Comment garantir la stabilité des situations juridiques individuelles dans priver l'autorité administrative de tous moyens d'action et sans transiger sur le respect du principe de légalité ? Le difficile dilemme du juge administratif », Cahiers du Conseil constitutionnel n°11.

⁶⁵ Les principes généraux du droit, Fiche d'orientation DALLOZ, 2019 « Les PGD sont des principes non écrits, autrement dit non expressément formulés dans des textes, mais qui, dégagés par le juge et consacrés par lui, s'imposent à l'administration dans ses diverses activités », ; CJCE, 13 juillet 1961, *Meroni c/ Haute autorité de la CECA* ; CJCE, 9 juillet 1969, *Portelange c/ Smith Corona Marchant international*.

⁶⁶ CE, 30 novembre 1994, *SCI Résidence Dauphine*, Req. N°128516, Rec.

⁶⁷ CJCE, 22 février 1984, *Kloppenburger*, Affaire 70/83.

⁶⁸ On renverra pour plus de précisions à la théorie de l'acte détachable du contrat, dont la substance s'est profondément allégée par des évolutions jurisprudentielles permettant de garantir la stabilité des contrats : cf. CHAPUS René (2008), *Droit du contentieux administratif*, Edition Montchrestien, 13^{ème} édition, p.812 et suivants

⁶⁹ CE, 16 novembre 2018, *Les entretiens du contentieux au Conseil d'État, Principe de légalité, principe de sécurité juridique*

l'existence d'un principe général du droit de sécurité juridique avec l'arrêt société KPMG de 2006. Ce faisant, le Conseil d'État a reconnu que la stabilité et la prévisibilité du droit – qui sont les composantes mêmes du principe de sécurité juridique – puissent nécessiter l'adoption de mesures transitoires spécifiques pour éviter les ruptures juridiques brutales ».

Ainsi, « le caractère rétroactif des annulations prononcées par le juge de l'excès de pouvoir emporte de nombreuses conséquences en matière de fonction publique »⁷⁰. Ces conséquences, si elles sont en général problématiques pour les administrations, peuvent acquérir chez les sapeurs-pompiers un caractère particulier comme cette thèse le démontrera ultérieurement : comment réintégrer dans un service un agent irrégulièrement évincé ? Comment accueillir à nouveau un sapeur-pompier après une longue absence ayant donné lieu à de multiples recours ?

La catégorie des agents publics étant trop vaste pour cette thèse il a été décidé de considérer les sapeurs-pompiers comme un échantillon de population particulièrement emblématique de la diversité des statuts et des situations au sein de la fonction publique.

- Les sapeurs-pompiers : un échantillon pour l'étude des litiges subjectifs en matière de fonction publique

Les sapeurs-pompiers sont recrutés au sein des Services départementaux d'incendie et de secours (SDIS), qui trouvent leur origine dans le décret-loi sur les mesures de protection contre l'incendie et l'organisation et l'inspection des corps des sapeurs-pompiers du 12 novembre 1938, ainsi que dans le décret n°55-612 relatif aux services départementaux de protection contre l'incendie. Ils sont créés dans chaque département sous la forme d'un établissement public par la loi n°96-369 relative aux services d'incendie et de secours⁷¹.

Chaque SDIS est un établissement public administratif (EPA), administré par un Conseil d'administration⁷². La présidence est assurée par le président du Conseil départemental⁷³ ou par un membre du Conseil départemental désigné par ses soins, elle seule a par ailleurs la capacité d'ester en justice. Il est d'usage de distinguer au sein des SDIS l'activité opérationnelle de l'activité fonctionnelle. L'activité opérationnelle correspond aux compétences régaliennes

⁷⁰ CE, 2017, *Le juge administratif – juge de la fonction publique*, Dossier thématique.

⁷¹ Voir l'article 1, codifié dans le code général des collectivités territoriales à l'art. L.1424-1

⁷² Code général des collectivités territoriales (CGCT), Art. L.1424-24.

⁷³ CGCT, Art. L.1424-27.

des SDIS, bras armés de la police administrative des préfets et des maires⁷⁴: « Les services d'incendie et de secours sont chargés de la prévention, de la protection et de la lutte contre les incendies. Ils concourent, avec les autres services et professionnels concernés, à la protection et à la lutte contre les autres accidents, sinistres et catastrophes, à l'évaluation et à la prévention des risques technologiques ou naturels ainsi qu'aux secours d'urgence ». L'activité fonctionnelle regroupe quant à elle l'ensemble des activités administratives réalisées au sein des SDIS pour gérer l'établissement public. Elle recouvre un champ excessivement large de tâches : gestion financière, gestion des achats, recrutement et formation des personnels, gestion des ressources humaines...

Si les SDIS sont à ce titre placés sous le sceau de la libre administration des collectivités locales, ils sont donc placés sous une double tutelle organique pour le moins atypique : d'une part la tutelle de l'État, garant de la réponse opérationnelle, d'autre part le poids politique et symbolique du Conseil départemental, dont le président est de droit le président du conseil d'administration du SDIS, autorité d'emploi de l'établissement public.

La fonction publique en général et les SDIS en particulier regroupent ainsi des agents aux profils divers, soumis à des régimes particuliers de droit public. Ces régimes sont autonomes par rapport au droit du travail dont relèvent les salariés de droit privé, même s'ils évoluent de manière *homothétique* mais selon des degrés divers sous l'influence du droit de l'Union européenne. Le contentieux fonction publique soulevé par les agents en général et ceux des SDIS en particulier est ainsi multiforme. Il peut être à la fois à portée générale et individuelle.

A portée générale tout d'abord, car il a particulièrement trait aux *relations collectives* en matière d'emploi, même si elles n'existent pas dans le champ de l'administration. Il est notamment relatif aux règles à portée générale et impersonnelle fixant les conditions d'emploi et/ou les modalités de carrière des agents. Il se concrétise ainsi par des recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État, ayant pour objectif d'annuler tout ou partie des textes réglementant l'activité des sapeurs-pompiers⁷⁵. Les décisions rendues par la Haute Assemblée peuvent ainsi avoir des conséquences majeures dans tous les SDIS, comme celle

⁷⁴ Code général des collectivités territoriales (CGCT), Art. L1424-2.

⁷⁵ Ce contentieux particulier ne sera pas étudié dans cette thèse, qui s'intéresse uniquement à la relation entre l'administration et son agent en phase contentieuse ou précontentieuse.

rendue en matière d'équivalence de temps de travail pour les sapeurs-pompiers professionnels logés⁷⁶.

A portée individuelle ensuite, parce qu'il a particulièrement trait aux relations individuelles de travail entre le sapeur-pompier et son administration. Il est alors le plus souvent relatif à la carrière personnelle et/ou à l'activité de chaque agent, se concrétisant par des recours pour excès de pouvoir devant les juridictions administratives, mais aussi par des recours de plein contentieux introduits par les sapeurs-pompiers (professionnels et volontaires).

Le contentieux fonction publique soulevé par le sapeur-pompier peut donc être un contentieux objectif (recours pour excès de pouvoir) et/ou subjectif (recours de plein contentieux), introduit par le sapeur-pompier en personne, ou son avocat ou bien encore l'organisation syndicale à laquelle il appartient, dûment habilitée pour le représenter afin de contester une décision individuelle ou pour engager la responsabilité de l'administration. Sont ainsi exclus du contentieux fonction publique soulevé par le sapeur-pompier : le contentieux objectif visant à faire reconnaître l'illégalité d'un règlement à portée générale et impersonnelle (recours pour excès de pouvoir contre un décret ou un arrêté ministériel, contre une délibération d'un conseil d'administration de SDIS) ; le contentieux subjectif déclenché dans le cadre d'une action collective.

Le sapeur-pompier, qu'il soit professionnel (c'est-à-dire fonctionnaire public territorial) ou volontaire (c'est-à-dire agent public à statut sui generis), évolue aujourd'hui, tout comme le fonctionnaire, dans une société de plus en plus égalitaire en droit, où les prérogatives exorbitantes de la puissance publique doivent être équilibrées avec les droits et les libertés individuelles. Parce que les litiges entre le sapeur-pompier et son administration augmentent à bas bruit, alors que le volume d'affaires en matière de contentieux fonction publique est plutôt constant au niveau national, il apparaît par conséquent utile d'étudier cette population à l'aune de la volonté politique affichée de développer la médiation, qui peut être une opportunité pour améliorer le management des services au sein de l'administration.

⁷⁶ Cf. décision CE 3 novembre 2014 N°375534 qui annule l'article 2 du décret 2013-1186 du 18 décembre 2013 aménageant une période transitoire faisant échapper les sapeurs-pompiers professionnels aux dispositions de la directive 2003/88/CE sur la durée du temps de travail hebdomadaire, au motif que cette période transitoire s'achève après le délai de transposition de la directive.

D. L'enjeu de la médiation dans le contentieux fonction publique

Les suites pratiques du contentieux soulevé par le sapeur-pompier peuvent être importantes en matière d'organisation (ou de désorganisation des services). En premier lieu le caractère rétroactif des annulations prononcées par le juge de l'excès de pouvoir emporte de nombreuses conséquences en matière de gestion des SDIS. En effet, le nombre de recours pour excès de pouvoir est en augmentation continue, car ces derniers ne nécessitent pas le ministère d'un avocat⁷⁷. Dans ce cadre les conséquences d'un jugement ne sont pas dans le jugement, sauf à considérer les condamnations à payer les frais d'avocat⁷⁸ ou les dépens⁷⁹, puisqu'elles sont avant tout pour le SDIS juridiques et financières. Ces conséquences impactent à la fois l'administration, mais aussi les agents ayant introduit la requête. La reconstitution rétroactive de la carrière de l'agent⁸⁰, le versement rétroactif des cotisations sociales pour prise en compte dans les droits à pension⁸¹, la réintégration rétroactive à un emploi équivalent⁸² ou à l'emploi occupé si cet emploi est unique⁸³ ont des incidences financières et managériales. L'annulation ou l'admission en congé longue maladie, le placement en disponibilité d'office, la suspension de service, le non-renouvellement du contrat d'engagement en tant que sapeur-pompier volontaire...vont également avoir des incidences financières majeures sur les agents.

En second lieu, même si les recours de plein contentieux ne constituent qu'une part marginale du contentieux fonction publique soulevé par le sapeur-pompier, force est de constater que le ministère d'avocat est obligatoire⁸⁴, ce qui peut avoir une incidence financière importante pour le sapeur-pompier, qui devra peut-être également régler à cette occasion des frais d'expertise. L'administration doit également avoir à l'esprit que dans ce

⁷⁷ Cf. l'article R.431-2 du Code de justice administrative (CJA) qui exonère les requérants du ministère des avocats dans les litiges d'ordre individuel concernant les agents publics ; voir également DORD Olivier (2021), *Droit de la fonction publique*, PUF, Collection Thémis, 4^{ème} édition, p.504.

⁷⁸ Code de justice administrative (CJA), Art. L.761-1.

⁷⁹ CJA, Art. R.761-1.

⁸⁰ CE, 26 décembre 1925, *Rodière*, Rec.

⁸¹ CE, 25 février 1998, *Commune de Brives-Charensac*, Req. N°158661, Rec. ; CE, 21 février 2011, *Institut national de la propriété intellectuelle*, Req. N°322780, Rec.

⁸² CE, Sect., 16 octobre 1959, *Guille*, Rec. ; CE, 27 avril 2012, *A.*, Req. N°327732, Rec.

⁸³ CE, 1^{er} décembre 1961, *Bréart de Boisanger*, Rec. ; CE, Sect., 8 avril 2009, *Chambre de métiers et de l'artisanat de la Moselle*, Req. N°289314, Rec.

⁸⁴ CJA, Art.R.431-1.

cadre le juge administratif peut condamner à payer des indemnités pour préjudice, selon éventuellement (mais pas obligatoirement) le barème des cours d'appel judiciaires⁸⁵ ou de l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM)⁸⁶.

En troisième et dernier lieu, une action contentieuse vient en général perturber les services « métiers » concernés (le service des ressources humaines, le centre de secours d'affectation du requérant...) et le service en charge des questions juridiques en particulier, lorsque ce dernier existe. Elle peut par ailleurs avoir des conséquences en matière d'organisation des services ou des procédures au sein d'un SDIS, si un arrêt de Cour d'appel vient condamner le SDIS concerné (étant entendu qu'un jugement défavorable pour le SDIS en tribunal administratif n'amène pas généralement l'administration à modifier ses processus internes de gestion).

Certaines de ces conséquences sont donc mesurables et quantifiables, comme le montant de l'indemnité versée à un requérant, à contrario de celles qui ne peuvent l'être que difficilement : à titre anecdotique, il semble en effet difficile de retranscrire financièrement les coûts induits par l'absence prolongée d'un SPP victime d'un accident du travail, ces derniers étant fonction notamment des modalités d'assurance de l'établissement public en la matière.

Le contentieux fonction publique soulevé par le sapeur-pompier est de plus particulier par les conditions d'emploi de ces agents, les sapeurs-pompiers professionnels étant notamment considérés comme une profession à risque entrant dans le champ de la catégorie active⁸⁷. Cette typicité a en effet trait aux conditions d'évolution des sapeurs-pompiers professionnels et volontaires (travail de nuit par exemple), au sein de SDIS avec une culture métier très spécifique, héritée de l'histoire même des sapeurs-pompiers. En effet, intégrés au sein de la Garde nationale jusqu'en 1871, date de la dissolution de cette dernière par suite de la Commune de Paris⁸⁸, les sapeurs-pompiers sont toujours imprégnés d'une culture militaire

⁸⁵ La définition de la nomenclature Dintilhac correspond au rapport établi par une commission présidée par Mr Dintilhac, Président de la deuxième chambre Civile de la Cour de cassation en 2005 dont le but était de proposer la liste des différents postes de préjudice. Ce rapport n'a qu'une valeur indicative, cependant il est de plus en plus utilisé par les assureurs, les tribunaux et les médecins experts.

⁸⁶ Pour mener à bien sa mission d'indemnisation et déterminer les montants alloués à chaque type de préjudice, l'ONIAM se fonde sur son propre référentiel indicatif d'indemnisation.

⁸⁷ Voir l'article 44 de la loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites, mettant en place des bonifications retraites pour les professions considérées à risques comme celle des sapeurs-pompiers.

⁸⁸ GIRARD Louis (1964), *La Garde Nationale 1814-1871*, Edition PLON.

(comme en témoigne leurs grades et la notion de Corps départemental des sapeurs-pompiers⁸⁹) rentrant parfois de plein fouet en contradiction avec les évolutions sociétales apportées en son sein par les nouvelles recrues, qu'elles soient professionnelles ou volontaires. Les « règles » sont ainsi de plus en plus discutées et tranchées par le juge administratif, souvent peu aux faits des conditions d'exercice, des sujétions et des contraintes supportées par le sapeur-pompier.

Dans ce cadre, le recours à la médiation administrative, qui permet de trouver une solution partagée et coconstruite avec les parties litigantes, pourrait améliorer la résolution des différends au sein des services. Il pourrait néanmoins être amélioré, notamment pour des motifs liés à la gestion des services en général et aux répercussions que des différends, le plus souvent humains, ont sur les collectifs de travail. Dès lors, comment inciter à ce mode alternatif de résolution des différends (MARD), qui est régulièrement écarté par des agents mus par la logique de l'honneur ou suspicieux, quand il ne semble pas utile à l'administration, souvent sûre de la stabilité juridique du contentieux fonction publique des litiges subjectifs ? Cette question apparaît centrale, tant au point de vue de la recherche d'efficacité de l'action publique par la promotion des modes alternatifs au contentieux, que du management des services.

E. Le postulat : l'analyse économique du droit de la médiation administrative peut contribuer à développer cette pratique

Si le volume du contentieux fonction publique à l'échelle nationale est constant, il est ressenti, sans qu'une analyse statistique étayée soit disponible, comme en croissance au sein des corps départementaux de sapeurs-pompiers, qui regroupent sous l'autorité du directeur d'un SDIS l'ensemble des sapeurs-pompiers professionnels et volontaires d'un département. Cette population particulière est en effet révélatrice des mouvements profonds qui animent la société civile, le corps social et les agents publics, surtout lorsque l'un d'entre eux rentre en conflit avec l'administration dont il dépend. Il est ainsi possible d'observer chez les sapeurs-

⁸⁹ Code général des collectivités territoriales (CGCT), Art. L.1424-5.

pompiers de nombreux conflits silencieux⁹⁰, où le mal-être d'un individu se voit souvent opposé à la posture neutre et impérieuse d'une administration froide, vue comme implacable et sourde aux sentiments humains.

Cette évolution de l'incompréhension entre l'agent public et un Léviathan incapable d'empathie, voire de la conflictualité entre les agents et leur administration, nous semble être la conséquence d'une judiciarisation croissante de la société, de plus en plus marquée par la contractualisation du travail. Si ce mode de relation structure la relation de travail entre les salariés et les employeurs, tant au point de vue individuel que collectif, elle ne constitue pas stricto sensu au sein de l'administration la colonne vertébrale du mode de régulation des agents publics⁹¹. En effet, si « une différence apparemment essentielle entre droit de la fonction publique et droit du travail a trait aux sources des règles applicables dans ces deux branches du droit »⁹², seul le droit du travail « possède formellement ce que la doctrine privatiste désigne couramment par la formule *sources professionnelles*. On sait ainsi le rôle essentiel joué dans cette branche du droit par les conventions et autres accords collectifs »⁹³, mais aussi que la situation légale et réglementaire des fonctionnaires et agents publics interdit un tel procédé.

Par conséquent, même si « l'article 8 bis de la loi du 13 juillet 1983, issu de la loi du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social et comportant diverses dispositions relatives à la fonction publique, reconnaît qualité aux syndicats pour participer à des négociations »⁹⁴ il n'est pas possible dans le cadre du dialogue social au sein de l'administration de conclure des accords autonomes revêtus d'une force obligatoire⁹⁵. Si un protocole d'accord entre l'administration et des organisations syndicales constituait jusqu'à

⁹⁰ Si ces conflits sont largement relayés sur les réseaux sociaux, ils sont néanmoins peu documentés, voir néanmoins : Rapport de la commission Ambition Volontariat, sous la présidence de Luc Ferry, 2009 ; *Les pompiers, des héros fatigués* (2016), ouvrage collectif sous la direction de PUDAL Romain, éditions La Découverte.

⁹¹ Même « si la conceptualisation juridique de la relation de travail s'est alimentée en Europe à deux traditions culturelles différentes – la romaniste et la germanique – dont elle a opéré d'une certaine manière la synthèse » : Voir SUPLOT Alain (2007), *Entre contrat et statut : une vue européenne de la relation de travail. Critique du droit du travail*, Presses Universitaires de France, p. 13-38. Alain Supiot défend l'idée que le contrat de travail bénéficie dans beaucoup de pays européens d'un véritable statut juridique, qui permet aux organisations professionnelles de flexibiliser l'emploi en fonction du secteur d'activité.

⁹² MELLERAY Fabrice (2017), *Droit de la fonction publique*, Éditions ECONOMICA, p.227.

⁹³ Ibid.

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ CE, Ass., 23 mars 1973, *Fédération du personnel de la défense nationale CFDT*, Rec.

récemment un « simple document dépourvu de valeur juridique et de force contraignante »⁹⁶, insusceptible de faire l'objet d'un recours en annulation⁹⁷, la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique vient néanmoins modifier en profondeur la structuration de ce qui ne s'appelle pas, en matière de droit de la fonction publique, la gestion des relations collectives de travail au sein de l'administration, mais qui s'en rapproche bien évidemment.

L'administration en général et les SDIS en particulier ont été chargés de les arrêter avant le 1^{er} janvier 2022, en étroite concertation avec les organisations syndicales. Ces lignes directrices de gestion sont par ailleurs prolongées par les accords collectifs dans la fonction publique, grâce à l'ordonnance n°2021-174 du 17 février 2021 relative à la négociation et aux accords collectifs dans la fonction publique, déterminant quatorze nouveaux domaines sur lesquels les accords peuvent porter⁹⁸. Cette évolution confirme un mouvement initié par la loi du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social et comportant diverses dispositions relatives à la fonction publique⁹⁹ ou la loi du 12 mars 2012 relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique, mais aussi par de nombreux textes réglementaires, qui reprennent « les orientations arrêtées dans un accord, un protocole ou un relevé de conclusions depuis que la concertation et la contractualisation se sont développées »¹⁰⁰. La spécialisation et la spécification de plus en plus détaillée des droits « collectifs » accordés aux agents publics semble par conséquent être un moteur de ce contentieux fonction publique

⁹⁶ CE, 1^{er} février 1999, *Association syndicale des contractuels du ministère de l'industrie*, Req. N°197516.

⁹⁷ CE, 19 juin 2006, *Syndicat national unifié des impôts*, Req. N°279877, Rec.

⁹⁸ Les conditions et l'organisation du travail, notamment les actions de prévention dans les domaines de l'hygiène, de la sécurité et de la santé au travail ; - Le temps de travail, le télétravail, la qualité de vie au travail, les modalités des déplacements entre le domicile et le travail et sur les impacts de la numérisation sur l'organisation et les conditions de travail ; l'accompagnement social des mesures de réorganisation des services ; la mise en œuvre des actions en faveur de la lutte contre le changement climatique, la préservation des ressources et de l'environnement et de la responsabilité sociale des organisations ; l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ; la promotion de l'égalité des chances et la reconnaissance de la diversité et la prévention des discriminations dans l'accès aux emplois et la gestion des carrières ; l'insertion professionnelle, le maintien dans l'emploi et à l'évolution professionnelle des personnes en situation de handicap ; le déroulement des carrières et la promotion professionnelle ; l'apprentissage ; - La formation professionnelle et la formation tout au long de la vie ; l'intéressement collectif et les modalités de mise en œuvre de politiques indemnitaires ; l'action sociale ; la protection sociale complémentaire ; l'évolution des métiers et la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences.

⁹⁹ Reprenant de nombreux termes des « accords de Bercy » du 2 juin 2008.

¹⁰⁰ MELLERAY Fabrice (2017), *Droit de la fonction publique*, Éditions ECONOMICA, p.229.

développé par les soldats du feu, dans le cadre des litiges subjectifs et individuels les opposant à leur administration d'emploi.

Cette thèse veut démontrer, dans le contexte fortement évolutif du droit de la fonction publique et du rapport des agents avec ce même droit, l'utilité de l'analyse économique du droit pour améliorer le droit de la médiation administrative. Cette approche atypique pourrait en effet fournir des clés de compréhension juridique par une modélisation économique et « déductive » du conflit, de ses tenants à ses aboutissants. Cette assertion part, à l'instar du contentieux soulevé dans le vaste champ du droit public économique, de l'intuition que « le raisonnement économique ne vient pas d'abord du juge, mais du débat qui se déroule devant lui »¹⁰¹.

Ainsi, parce que le « fait économique » va constituer un des termes de ce débat, il est aussi possible d'envisager la possibilité « de prendre les règles de droit et les institutions juridiques comme objet de l'analyse économique »¹⁰². Cette étude considère donc que la « lecture économique » d'un problème juridique est au point de vue de la connaissance (et donc de l'épistémologie) une action tout à fait recevable en droit, quel que soit son domaine. Elle s'appuie pour cela sur la thèse de Régis Lanneau¹⁰³, dont la structure repose elle-même sur les travaux de Niklas Luhmann¹⁰⁴. Dans son ouvrage majeur *Law as a social system*¹⁰⁵, il considère le droit comme le sous-système d'un système global, la société. Ainsi, en s'appuyant sur les apports de la théorie des systèmes, le penseur allemand, qui commence à peine à émerger en France plus de vingt ans après sa mort¹⁰⁶, considère le droit comme « un mode de traitement des attentes sociales »¹⁰⁷. Selon lui, dans « un monde (...) de complexité, de contingence redoublée, etc., le droit établit un cadre pour le futur »¹⁰⁸, dans une société

¹⁰¹ SIBONY Anne-Lise (2009), *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, LGDJ, p.37.

¹⁰² Ibid., p.12.

¹⁰³ LANNEAU Régis (2009), *Les fondements épistémologiques du mouvement Law and economics*, Thèse de droit public.

¹⁰⁴ Le professeur Niklas LUHMANN est considéré comme l'un des représentants les plus influents du fonctionnalisme, lequel a été particulièrement critiqué par Jürgen Habermas qui lui a opposé sa théorie de l'agir communicationnel.

¹⁰⁵ LUHMANN Niklas (2008), *Law as a social system*, Oxford Socio-Legal studies, Oxford University Press.

¹⁰⁶ Nicolas Weill, « La sociologie épurée de Niklas Luhmann », *Le Monde*, 17 avril 2021.

¹⁰⁷ RABAULT Hughes (2015), *Les apports d'une théorie fonctionnaliste du droit*, in SOSOE Lukas K. (direction), *Le droit – un système social. Law as a Social System. Un commentaire coopératif de Niklas Luhmann*, Hildesheim, Zürich, New York : Georg Olms Verlag, 2015, p. 23-56.

¹⁰⁸ Ibid.

hypermoderne où « la modernité peut être caractérisée comme un état de la société où n'existe plus de consensus concernant l'idée de justice »¹⁰⁹.

Luhmann développe ainsi une théorie dite *fonctionnaliste* où « les dimensions normative et cognitive sont condamnées à cohabiter. Il n'y donc pas de primat de la connaissance. La société se structure, pour parler de façon lapidaire, autour de vérités fausses. Mais inversement, le normatif pur n'existe pas »¹¹⁰. Ainsi « parce que la coexistence des dimensions normative et cognitive oblige à fonder l'étude de la société sur une catégorie qui ne soit ni l'idée d'une vérité, ni celle d'un fondement normatif commun »¹¹¹, le philosophe allemand recourt à la notion de « fonction », le droit étant un système de sens¹¹². La question du sens est en effet au cœur de l'œuvre de Niklas Luhmann, le sens s'entendant comme « le système psychique, fondé sur la conscience (homogène et autoréférentielle) et le système social, fondé sur la communication (également homogène et autoréférentielle). Les deux systèmes s'interpénètrent, chacun représente obligatoirement l'environnement de l'autre, sans jamais devenir indépendant. Il résulte de cet état de fait une coévolution qui est appelée communément sens »¹¹³, généré par les différences entre ces deux systèmes référentiels. Cependant, parce que « la compréhension dans la perspective de Luhmann devient un phénomène contingent, peu probable et peut-être même encore moins probable que la non-compréhension »¹¹⁴, chaque système qui analyse et régule la société a une fonction, « un même événement peut se voir attribuer différents sens et ainsi être simultanément traité comme juridique par le juridique, comme scientifique par le scientifique, comme politique par le politique, etc »¹¹⁵. Ainsi chaque système est « clos » sur lui-même et défini par Luhmann comme autopoïétique, c'est-à-dire comme se reproduisant « de manière autonome en produisant ses propres éléments à partir d'eux-mêmes »¹¹⁶. Cette reproduction implique que « ce qui doit être reproduit ou maintenu, ce ne sont pas des structures spécifiques ni des

¹⁰⁹ RABAULT Hugues (2016), « La sociologie juridique de Niklas Luhmann », *Droit et société* 94/2016, p.663.

¹¹⁰ *Ibid.*, p.666.

¹¹¹ *Ibid.*, p.667.

¹¹² *Ibid.*, p.671.

¹¹³ ERTLER Klaus-Dieter (1994), « La théorie des systèmes luhmannienne : un nouveau paradigme en sciences sociale ? », *Philosophiques*, 21 (1), p.3-17.

¹¹⁴ DUBE Richard (2017), « Niklas Luhmann et l'observation empirique du droit : communication, fonction, code et programme », *Droit et société* 96/2017, p.381-400.

¹¹⁵ *Ibid.*, p.384.

¹¹⁶ *Ibid.*, p.384.

contenus particuliers, ce n'est qu'une capacité reproductrice, celle du système »¹¹⁷. Or cette capacité à évoluer est obtenue par l'influence d'un système sur un autre, en clair ici l'influence réciproque du système économique et du système juridique, la psychologie et la systémique nous apparaissant ici à la croisée des deux premiers¹¹⁸. Cette question de l'influence nous semble majeure aujourd'hui, car la médiation administrative, promue par la juridiction administrative, vient souvent en contrepoint de l'édifice jurisprudentiel stable que constitue le contentieux fonction publique des litiges subjectifs soulevés par les agents.

Ainsi le concept de *fonction sociale du droit*¹¹⁹ peut aider à envisager sous un jour nouveau les recours exercés de manière générale par les agents publics contre leur administration d'appartenance, et de manière plus spécifique par les sapeurs-pompiers contre leur SDIS, mais aussi la médiation administrative dans le contentieux fonction publique. Comme Régis Lanneau nous pensons, notamment parce que « Luhmann fut juriste de formation et de profession »¹²⁰, que ses travaux peuvent justifier l'utilisation de l'analyse économique du droit comme un « programme » du système juridique et, plus simplement, une science juridique particulièrement utile pour améliorer le droit. Parce que « le droit garantit des anticipations en termes de comportement »¹²¹, la théorie luhmannienne de la fonction sociale du droit peut intégrer en son sein l'analyse économique du droit, parce qu'il est nécessaire « de concevoir la société non comme un accord entre des entités préconstituées, primordiales, les sujets rationnels, mais comme production de systèmes fermés, psychiques ou sociaux »¹²². Ce faisant, elle trouve à se déployer plus aisément dans une médiation, où la dimension psychologique occupe une place beaucoup plus marquée que dans un contentieux fonction publique classique. Les anticipations économiques étant par ailleurs congruentes aux incitations que la norme va structurer en droit, notamment en matière de médiation administrative, l'analyse économique du droit de la médiation administrative et sa pratique doit permettre de mettre à jour des points d'amélioration, mais aussi de préconiser un certain nombre d'évolutions souhaitables.

¹¹⁷ Ibid., p.384.

¹¹⁸ Cette croisée des chemins nous semble incarnée ici par la vie universitaire et les travaux d'Herbert Simon, lauréat du prix de la Banque de Suède en sciences économiques en mémoire d'Alfred Nobel pour ses travaux sur l'hypothèse de rationalité limitée (*Bounded rationality*) et la théorie des systèmes.

¹¹⁹ RABAULT Hugues (2016), « La sociologie juridique de Niklas Luhmann », *Droit et société* 94/2016, p.674

¹²⁰ Ibid., p.663.

¹²¹ Ibid., p.671.

¹²² Ibid., p.674.

F. La problématique, l'objectif et le plan de la thèse

Un conflit en matière de gestion des ressources humaines est à proprement parler une « chose » qui vient de loin, où le temps est souvent long, les protagonistes divers et variés. Parce que selon Niklas Luhmann la société se structure autour de vérités fausses ou, tout du moins, relatives, mais aussi parce que selon Richard Posner la personne, qu'elle soit physique ou morale, agit au mieux de ses intérêts, parfois en dépit de la norme éthique - qui n'est pas absolue, et de la norme juridique, il est difficile pour une administration de démêler sans une énergie importante (mesurée en temps passé et en consommation de ressources) les tenants et les aboutissants d'un litige avec un agent portée devant elle. Cet exercice est ainsi le plus souvent négligé, ne serait-ce qu'au motif de la stabilité et de la sécurité de l'édifice jurisprudentiel que constitue le contentieux fonction publique.

Il importe alors à l'administration de gagner, même si la victoire ressemble parfois à celle de Pyrrhus en matière d'efficacité dans l'emploi de la ressource (humaine et financière) dédiée à la gestion du litige, ou en matière de conséquence pratique dans la vie, l'organisation et le management des services. Améliorer le recours à la médiation administrative est ainsi un défi en matière de politique publique, mais aussi d'efficacité dans l'emploi des ressources publiques, dont la diminution semble inéluctable au regard des perspectives en matière de finances publiques. L'objectif de cette thèse est donc double.

Le premier objectif se situe dans le champ de la théorie du droit. Il est de mieux faire découvrir toutes les potentialités que recouvre l'analyse économique du droit, notamment dans le champ administratif. Utilisée dans le droit public économique et notamment en droit de la concurrence, elle constitue un outil théorique et pratique puissant, en reliant notamment en droit et en économie les concepts d'anticipation et d'incitation. Si elle s'avère particulièrement pertinente en matière d'étude des processus contractuels, elle nous semble en effet particulièrement indiquée pour améliorer de manière plus générale la norme, alors que se développent progressivement dans le champ de l'action publique les sciences dites comportementales¹²³. Il s'est donc avant tout agi dans cette thèse de présenter les grandes théories du *Law and economics*, sans rentrer dans des développements mathématiques trop

¹²³ Direction interministérielle de la transformation publique (DITP), Novembre 2019, Manuel méthodologique de l'approche comportementale à l'usage des décideurs publics.

ardus qui pourraient décourager des juristes allergiques à la science de Pythagore et d'Euclide. Il s'est aussi agi de convaincre de la possibilité d'élargir les utilisations que nous lui connaissons en France à d'autres processus contractuels que le marché public ou la concession de service public, en menant une analyse du droit de la médiation administrative. Dans ce cadre, il s'agit alors d'évaluer la pertinence de l'analyse économique du droit, pour connaître d'un droit certes contractuel (un accord de médiation étant un contrat), mais éloigné des sentiers largement défrichés aux Etats-Unis par le « Law and economics » sur la théorie des contrats (« Contracts »).

Le second objectif est éminemment pratique. Il est en effet de promouvoir la médiation, dont l'essence est éminemment contractuelle. La lourdeur et la longueur des litiges subjectifs en matière de contentieux fonction publique, leurs conséquences en matière de management des services impactés, le coût économique et plus largement « social » pour les agents et pour l'administration sont autant de raisons qui militent en effet aujourd'hui pour une plus large utilisation de la médiation administrative, qui doit intervenir plus rapidement dans les temporalités du conflit mais aussi être mieux explicitée. Cette thèse prend ainsi comme échantillon, dans la vaste population au sens statistique du terme des agents publics, les sapeurs-pompiers. Ce choix est motivé par deux raisons. La première est que le contentieux fonction publique qu'ils soulèvent à titre individuel est ressenti comme en augmentation par leurs chefs, dont l'auteur de cette thèse fait partie. La seconde est que le sapeur-pompier peut être un fonctionnaire s'il est sapeur-pompier professionnel, mais aussi agent public à statut sui generis s'il est sapeur-pompier volontaire, voire les deux à la fois s'il est sapeur-pompier professionnel et sapeur-pompier volontaire.

La première partie de la thèse s'applique à décrire en droit le sapeur-pompier et son environnement, mais aussi à mettre en relief tout l'intérêt de la médiation administrative dans le règlement des conflits au sein de la fonction publique.

La seconde partie cherche quant à elle une typologie des différends particulièrement propices à la médiation, avant de déployer une analyse économique du droit de la médiation administrative. Cette dernière permet ainsi de suggérer quelques pistes qui pourraient améliorer le recours à la médiation administrative pour résoudre les différends subjectifs entre un agent et son administration.

PARTIE 1 : Le contentieux « fonction publique » soulevé par les sapeurs-pompiers et la médiation administrative

Le droit de la fonction publique applicable aux sapeurs-pompiers relève à la fois du droit commun applicable à l'ensemble des fonctionnaires et des agents publics, mais aussi de règles spécifiques liées à leur activité, effectuée parfois dans des conditions dangereuses et insalubres (Titre 1). Le contentieux fonction publique soulevé par le « soldat du feu » étant particulier à bien des égards, il pourrait être traité plus efficacement en recourant à la médiation administrative (Titre 2).

TITRE 1 : Le droit de la fonction publique applicable aux sapeurs-pompiers

Le sapeur-pompier, qu'il soit professionnel ou volontaire, tire son rapport au pouvoir de l'état de nécessité dans lequel sa fonction le plonge quasi quotidiennement. Ainsi Alain rappelait que « le premier article, le plus ancien, le mieux connu, est qu'il faut obéir aux pouvoirs, j'entends de bonne volonté, sans restriction et au mieux. Cela va loin. Obéir aux lois d'abord, mais encore exécuter promptement les ordres reçus. Soit dans l'inondation, soit dans l'incendie, et surtout dans l'état de guerre, il y va de la vie peut-être, mais je ne vois point de pouvoirs possibles sans cela, ni d'action commune possible sans cela »¹²⁴. La discipline revêt ainsi une nécessité première au regard des conditions d'intervention des sapeurs-pompiers, bien souvent dangereuses, que ce soit sur les axes routiers ou bien en matière d'incendies de toute nature.

L'obéissance au pouvoir s'effectue ainsi pour les soldats du feu au sein des services départementaux d'incendie et de secours (SDIS), établissement public administratif créé par détermination de la loi et véritable institution dans chaque département. Or parce que « les

¹²⁴ ALAIN (1985), *Propos sur les pouvoirs*, numéro 58, Collection Essais, Folio.

institutions reposent sur leurs définitions légales, les hiérarchies auxquelles elles renvoient, les traditions qu'elles reconnaissent ou auxquelles elles appartiennent »¹²⁵, il apparaît nécessaire d'expliquer le droit applicable aux sapeurs-pompiers sous le triple point de vue historique, institutionnel et juridique. En effet, le droit de la fonction publique applicable aux sapeurs-pompiers est à la fois général, au sens qu'il respecte les grands textes de la fonction publique, mais aussi spécial : il doit concilier deux statuts bien particuliers, à savoir celui de sapeur-pompier professionnel et celui de sapeur-pompier volontaire, qu'un même agent peut parfois cumuler. Il permet de régler ainsi la situation objective de chaque sapeur-pompier, par essence générale et impersonnelle (Chapitre 1). Il permet également de fixer la position subjective de chaque sapeur-pompier, en précisant les droits et les devoirs attachés à chacune de leur position administrative (Chapitre 2).

¹²⁵ DUCLERT Vincent (2021), « Nous devons poursuivre », Revue Esprit, octobre 2021, p. 43-55.

Chapitre 1 : La situation objective des sapeurs-pompiers

L'écosystème institutionnel au sein duquel les sapeurs-pompiers évoluent est à la croisée des collectivités territoriales et du concept de la sécurité intérieure, par le fait d'une longue sédimentation historique ayant fait de la commune la première institution responsable de la lutte contre l'incendie (Section 1). Depuis 1996, ils sont fonctionnaires publics territoriaux (hormis à Paris et dans la petite couronne parisienne, ainsi que sur la ville de Marseille) et employés dans le Service départemental d'incendie et de secours (SDIS), établissement public atypique créé par détermination de la loi (Section 2).

Section 1 : L'écosystème institutionnel des sapeurs-pompiers

Les sapeurs-pompiers en France et en Europe évoluent dans les champs largement juxtaposés de la sécurité civile et de la protection civile (§1), au sein d'une organisation nationale, zonale et départementale concourant au concept large de la sécurité intérieure (§2).

§1. L'histoire des sapeurs-pompiers en France et en Europe

L'histoire des sapeurs-pompiers en France trouve ses origines dans la Rome antique et structure le concept français de sécurité civile, qui est unique en Europe (A). L'Union européenne lui préfère en effet le concept de protection civile, qui est une des sept compétences d'appui à ses États-membres (B).

A. En France : la lente émergence du concept de sécurité civile

Il est possible de synthétiser l'histoire des sapeurs-pompiers français et de la sécurité civile en trois temps : de l'antiquité à la loi de départementalisation des services d'incendie et de secours en 1996 (I), de 1997 à nos jours (II).

I. De l'antiquité à la loi de départementalisation de 1996

La longue histoire des sapeurs-pompiers et de leur environnement institutionnel peut-être subdivisée en deux temps : avant la seconde guerre mondiale (a), puis de 1945 à 1995 (b).

a. Avant la seconde guerre mondiale

La lutte contre l'incendie est une histoire consubstantielle à l'histoire de la ville. Dans le monde occidental, elle débute dès l'empire romain avec la création des *vigile urbani* par l'empereur Auguste en l'an six de notre ère. Ce corps militaire au statut très particulier, placé sous les ordres d'un préfet, va être composé de cohortes de vigiles qui vont progressivement se développer au fil des incendies qui vont ravager Rome¹²⁶. Pour les combattre, « Auguste créa en 6 de notre ère les cohortes de vigiles et pendant près de quatre siècles elles montèrent la garde pour éviter à la cité les attaques du fléau. L'initiative du *princeps* en la matière était originale et mûrement réfléchie, comme l'ont souligné tous les auteurs anciens. Le prince confiait, en effet, la sécurité de la ville à une troupe suffisamment nombreuse et organisée pour être efficace, mais à une troupe dont le caractère militaire était suffisamment peu marqué pour que son installation dans l'Urbs ne présentât point de risque. Ce dosage subtil de militaire et de civil, qui faisait l'originalité des vigiles, les enfermait en même temps dans une situation ambiguë qui devait marquer profondément toute leur histoire. Ni tout à fait soldats ni tout à fait citoyens, ils ne bénéficiaient pas de l'estime et de la reconnaissance qu'aurait pu leur valoir l'importance de leur mission »¹²⁷. Cette organisation minutieuse, ayant amené au quatrième siècle les cohortes de vigiles à être composées d'environ 7000 hommes, va néanmoins disparaître à la chute de l'empire romain d'occident en 476¹²⁸.

¹²⁶ On citera ainsi l'incendie de Rome en 64 de notre ère, dont l'origine est attribuée peut-être faussement à Néron, qui ordonna à sa suite un des premiers massacres d'envergure des chrétiens de la ville monde : Cf. SABLAYROLLES Robert (1996), *Libertinus miles. Les cohortes de vigiles*, Publication de l'École Française de Rome, p. 1 - « *Sequitur clones...* Tacite entamait par ces mots le récit de la catastrophe de 64 de notre ère, qui détruisit une grande partie de Rome (Tacite, An., XV, 38, 1). En choisissant ce terme de clades, Tacite donnait à l'incendie toute sa sombre grandeur : il en faisait un de ces désastres d'ampleur nationale, qui jalonnent l'histoire de Rome, comme la prise de la ville par les Gaulois ou la défaite de Cannes. Mais si le péril barbare ou la haine inexpiable d'un Hannibal ne surgissaient que de loin en loin au cours du temps, le danger de l'incendie, lui, était quotidien »

¹²⁷ Ibid., p. 1.

¹²⁸ Le déclin de l'empire de Rome commence du 24 au 27 août 410 avec le sac de Rome par les soldats Wisigoths d'Alaric 1^{er}, puis par l'abdication de l'empereur Romulus Augustule le 4 septembre 476.

Dès lors les incendies calamiteux égrènent le Moyen Age, comme « le grand incendie de Toulouse en 1551 détruisant 200 maisons, de Lille en 1545 à l'origine de la destruction de 230 maisons, de Saint Malo en 1661, de Londres le 2 septembre 1666 qui a duré six jours, de Rennes en 1720, dont le montant des dommages a été évalué à 9 000 000 de livres et les victimes estimées entre 6 et 7000 »¹²⁹. S'il n'existe pas une organisation spécifique dédiée à la lutte contre l'incendie, des guets liés à la sécurité militaire et publique des cités sont néanmoins chargés de prévenir la population de l'éclosion d'un sinistre. Dans ce cadre, le rôle particulier joué par les prostituées depuis l'arrêt royal pris par Louis XI 8 décembre 1472 a gravé les mémoires, puisque les « filles communes » sont chargées de porter les seaux¹³⁰.

Il faut attendre le développement de la pompe à eau¹³¹ pour que soient créées des gardes pompes à partir de 1716¹³². Le premier corps de sapeurs-pompiers est créé par le décret impérial du 18 septembre 1811, suite à l'incendie dramatique de l'ambassade d'Autriche. La désorganisation des gardes pompes parisiens étant vivement critiquée, l'empereur décide alors de confier l'utilisation des pompes aux sapeurs du Génie, dont une des fonctions premières est de « saper » les remparts et les tranchées ennemies. Le bataillon des sapeurs-pompiers de Paris est ainsi créé, dans le même temps où le terme de « sapeur-pompier » est consacré. Cette initiative n'était pas cependant généralisée à toute la France, parce que « l'échelon communal apparaît naturellement comme le plus à même de lutter contre ce type de fléau »¹³³. L'État est néanmoins intervenu de manière structurelle, puisque « la circulaire du ministre Montesquiou en date du 6 février 1815 invitait les préfets à organiser des services de secours dans les communes dans lesquelles les maires agissent sous le contrôle du représentant de l'État ». L'hétérogénéité des évolutions en la matière amène cependant l'État à mettre en place au sein de la Garde Nationale¹³⁴, recrée par la loi du 22

¹²⁹ DELIANCOURT Samuel (2009), *La responsabilité administrative des communes et des services départementaux d'incendie et de secours*, Edition du Papyrus, Collection Sapeurs-Pompiers, p. 17.

¹³⁰ Ibid., p.18.

¹³¹ Le modèle utilisé est importé des Pays-Bas d'après les modèles de Jan Van der Heiden par l'acteur de la Comédie Française François Dumouriez du Perrier, considéré comme le premier pompier de France. Dumouriez du Perrier en fait la démonstration au roi Louis XIV, qui lui accorde en 1699 le privilège de la fabrication et de la commercialisation de ces pompes.

¹³² Année de création des gardes pompes de la ville de Paris.

¹³³ DELIANCOURT Samuel (2009), *La responsabilité administrative des communes et des services départementaux d'incendie et de secours*, Edition du Papyrus, Collection Sapeurs-Pompiers, p. 18.

¹³⁴ PONTEIL Félix (1932), « La législation de 1831 sur la Garde nationale et son application à Strasbourg », dans *La révolution de 1848 et les révolutions du XIX siècle*, Tome 29, Numéro 140, Mars-avril-mai 1932, p. 9-13 : « La garde nationale, on le sait, avait été créée le 13 juillet 1789. Organisée par la loi du 28 juillet 1791, elle avait fait

mars 1831, des corps de sapeurs-pompier où « selon cette loi, si ce service est obligatoire, les appelés peuvent choisir de l'effectuer dans un corps de pompier. Ces derniers sont alors armés et également chargés d'assurer le maintien de l'ordre dans les communes »¹³⁵.

Le décret du 11 janvier 1852, qui réduit les prérogatives de la Garde Nationale sous l'impulsion de Napoléon III, maintient néanmoins les corps de sapeurs-pompier. Ainsi son article 3 dispose que « la garde nationale est organisée dans toutes les communes où le gouvernement le juge nécessaire : elle est dissoute et réorganisée suivant que les circonstances l'exigent. Elle est formée en compagnie, bataillon ou légion, selon les besoins du service déterminés par l'autorité administrative, qui pourra créer des corps de sapeurs-pompier ». Les sapeurs-pompier qui y servaient étaient alors qualifiés de « volontaires »¹³⁶, cette appellation étant appelée à émailler l'histoire des sapeurs-pompier : elle qualifie encore aujourd'hui la position du citoyen ayant décidé de s'engager en parallèle de son activité professionnelle¹³⁷.

La Garde nationale, dont le premier commandant fût La Fayette en 1789, est ainsi « l'héritière des milices communales du Moyen Âge, contre-pied de la petite armée de métier, essai d'équilibre des forces entre citoyens et armée, milice de classe : les divers statuts de la Garde nationale en font une institution militarisée des plus singulières »¹³⁸. Son implication dans la Commune de Paris est néanmoins établie au profit des communards : « Dans les mois précédant la création de la Commune, la Garde nationale était devenue une force – certes implantée inégalement et dans une relative anarchie – militaire et surtout citoyenne, d'autant plus que sa base se trouvait représentative d'une majorité parisienne républicaine refusant la capitulation »¹³⁹. Elle est ainsi dissoute définitivement par la loi du 25 août 1871, sauf les

ses débuts politiques le 13 vendémiaire an III. Bonaparte l'avait supprimée après le 18 brumaire. Il la rétablit en 1806. Les Bourbons ne devaient pas lui pardonner son attitude loyaliste à l'égard de Napoléon en 1815. Louis XVIII la tient en suspicion, Charles X finit par la dissoudre le 30 avril 1827. Reconstituée spontanément en juillet 1830, elle reçoit sa charte quelques mois plus tard, le 22 mars 1831, après une discussion mémorable ».

¹³⁵ Ibid., p.19.

¹³⁶ CE, 1^{er} décembre 1853, *Buquet-Boucher*, Rec.

¹³⁷ Code de la sécurité intérieure (CSI), Art. L.723-6 : « Le sapeur-pompier volontaire prend librement l'engagement de se mettre au service de la communauté. Il exerce les mêmes activités que les sapeurs-pompier professionnels. Il contribue ainsi directement, en fonction de sa disponibilité, aux missions de sécurité civile de toute nature confiées aux services d'incendie et de secours ou aux services de l'État qui en sont investis à titre permanent ».

¹³⁸ GOODYER Lisa T. (2003), « Représentations de la Garde nationale sous la Commune de Paris de 1871 », *Sociétés & Représentations* 2003/2 (n° 16), p. 257-267.

¹³⁹ Ibid.

compagnies de sapeurs-pompiers qui sont placées sous les ordres du ministère de l'intérieur et successivement cadrées¹⁴⁰ par le décret du 29 décembre 1875 relatif à l'organisation et au service des corps de sapeurs-pompiers, le décret du 10 novembre 1903 pris suite à la loi du 5 avril 1884 relative à l'organisation municipale et permettant aux communes d'organiser sous le contrôle du préfet des corps de sapeurs-pompiers, enfin le décret du 13 août 1925 portant réorganisation des sapeurs-pompiers. Ce dernier dispose que les sapeurs-pompiers, qui relèvent du ministère de l'intérieur (sauf le régiment des sapeurs-pompiers de Paris, entité militaire mise à disposition du Préfet de police) sont « spécialement chargés des secours tant contre les incendies que contre les périls de toutes natures menaçant la sécurité publique ». Ce texte « prévoit également que lorsque les sapeurs-pompiers d'une commune ont été appelés par l'autorité municipale d'une autre commune pour y combattre un sinistre ou si ce concours non provoqué a été accepté, la commune secourue doit payer les frais occasionnés par ce déplacement »¹⁴¹.

Le décret du 13 août 1925 a ainsi cadré la mise en place de secteurs de compétence pour les centres de secours, qui vont désormais s'organiser pour prendre en charge plusieurs communes. C'est ainsi que le décret-loi du 12 novembre 1938 sur les mesures de protection contre l'incendie et l'organisation et l'inspection des corps de sapeurs-pompiers crée l'inspection technique permanente des corps de sapeurs-pompiers, placée sous les ordres du ministre de l'Intérieur et chargée d'inspecter les corps communaux, voire de les militariser si leurs défaillances sont trop nombreuses.

b. De 1945 à 1995

Le décret n°53-170 du 7 mars 1953 portant règlement d'administration publique pour l'organisation des corps des sapeurs-pompiers et statut des sapeurs-pompiers communaux dispose en son article 3 que « les corps de sapeurs-pompiers sont organisés par arrêtés du préfet à la demande des communes justifiant qu'elles possèdent un matériel de secours suffisant ou qu'elles sont en mesure de l'acquérir. La collectivité doit en outre souscrire l'engagement de subvenir pendant trente années ». Ce décret fixe le statut des sapeurs-

¹⁴⁰ Pour plus d'exhaustivité voir DELIANCOURT Samuel (2009), *La responsabilité administrative des communes et des services départementaux d'incendie et de secours*, Edition du Papyrus, Collection Sapeurs-Pompiers, p. 19-21.

¹⁴¹ Ibid. p.21.

pompiers communaux, placés sous les ordres du ministre de l'intérieur et organisés en corps communaux (gérés chacun par un conseil d'administration présidé par le chef de corps, officier de sapeur-pompier placé sous les ordres du maire), qu'ils soient professionnels ou volontaires : le sapeur-pompier volontaire souscrit un engagement volontaire de cinq ans renouvelable, alors que le sapeur-pompier professionnel est un fonctionnaire communal dont la mission exclusive est d'assurer le fonctionnement du service d'incendie et de secours.

Le décret n°55-612 du 20 mai 1955 relatif aux services départementaux de protection contre l'incendie va quant à lui créer un établissement public départemental doté de la personnalité juridique et de l'autorité juridique, regroupant les communes d'un département et représentant « en réalité une forme d'entraide intercommunale dans le cadre du département »¹⁴². Cet établissement public départemental était présidé de droit par le président du conseil général. Ainsi « la départementalisation des services d'incendie et de secours va s'accroître par la suite », notamment dans le cadre de l'acte I de la décentralisation qui transfère le pouvoir hiérarchique du préfet au président du conseil général, « à l'exception de ceux concernant la mise en œuvre opérationnelle des moyens relevant de ce service qui continuent à être exercés par le représentant de l'État dans le département »¹⁴³. La loi du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République (ATR) donne quant à elle à ces établissements la compétence de droit commun pour la gestion des moyens affectés à la lutte contre les incendies. Ce mouvement va ainsi trouver son point d'orgue avec la loi n°96-369 du 3 mai 1996 relative aux services d'incendie et de secours.

II. Depuis 1996 : les sapeurs-pompiers sont en grande partie organisés au niveau départemental au sein des Services départementaux d'incendie et de secours

La loi n°96-369 du 3 mai 1996 relative aux services d'incendie et de secours « met en place les grands principes du statut et du régime actuels des sapeurs-pompiers. Elle sera précisée par le décret n°97-1225 du 26 décembre 1997 relatif à l'organisation des services

¹⁴² DELIANCOURT Samuel (2009), *La responsabilité administrative des communes et des services départementaux d'incendie et de secours*, Edition du Papyrus, Collection Sapeurs-Pompiers, p. 22.

¹⁴³ Ibid., p.23.

d'incendie et de secours et modifiée par la suite par les lois n°2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité et n°2004-811 du 13 août 2004 de modernisation de la sécurité civile »¹⁴⁴.

Cette loi, dite de « départementalisation », substitue à la logique communale une logique départementale en matière de conduite des opérations de secours, le SDIS étant érigé en un établissement public administratif (EPA) commun au département, aux communes et aux établissements publics de coopération intercommunale compétents en matière de lutte de secours et de lutte contre l'incendie. Ce texte, codifié aux articles L1424-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales (CGCT), dispose que les services d'incendie et de secours sont chargés de la prévention, de la protection et de la lutte contre les incendies. Il s'agit de là de la compétence principale des SDIS qui concourent par ailleurs, avec les autres services professionnels concernés, à la protection et à la lutte contre les accidents, sinistres et catastrophes, à l'évaluation et à la prévention des risques technologiques ou naturels ainsi qu'au secours d'urgence¹⁴⁵.

L'organe délibérant du SDIS est son conseil d'administration, au sein duquel siègent 14 conseillers départementaux et 8 représentants des communes et des intercommunalités. Le président du conseil d'administration est ainsi de droit le président du conseil départemental, qui peut déléguer cette fonction. Le président du conseil est l'exécutif du SDIS, élu par les membres du conseil pour la durée du mandat, soit 3 ans. Il préside le conseil d'administration qu'il réunit au moins une fois par semestre. Chargé de la gestion et de l'administration du SDIS, il dispose de certaines prérogatives. Le président du conseil d'administration est chargé de préparer et d'exécuter les décisions du conseil d'administration, il est également autorité d'emploi : il nomme ainsi les personnels du SDIS. Certaines de ses prérogatives peuvent être déléguées au directeur départemental des services d'incendie et de secours, colonel ou contrôleur général de sapeurs-pompiers professionnels nommé par arrêté conjoint du président du conseil d'administration et du ministre de l'intérieur.

En effet, l'État est toujours garant de la politique de sécurité civile en France. Le préfet assiste ainsi de plein droit aux séances du conseil d'administration. L'article L.1424-25 du code général des collectivités territoriales (CGCT) dispose à ce titre que "si une délibération paraît

¹⁴⁴ Ibid., p.24.

¹⁴⁵ Code général des collectivités territoriales (CGCT), Art. L.1424-2.

de nature à affecter la capacité opérationnelle du service départemental d'incendie et de secours ou la bonne distribution des moyens, le préfet peut demander une nouvelle délibération”.

Le modèle français de sécurité civile, au sein duquel sont notamment positionnés 97 Services départementaux d'incendie et de secours et deux unités militaires, repose ainsi majoritairement sur le volontariat. Les SDIS emploient en effet 197 000 sapeurs-pompiers volontaires (SPV), agents publics au statut sui generis percevant une vacation horaire non imposée, ainsi que 45 000 sapeurs-pompiers professionnels (SPP), fonctionnaires publics territoriaux dont le statut “atypique” se caractérise par une forte implication de l'État dans la gestion des officiers (catégorie A et B).

Ce modèle n'est pas unique en Europe, puisque cette « summa divisio » entre les sapeurs-pompiers professionnels et volontaires se retrouve dans plusieurs pays de l'Union européenne.

B. En Europe : le concept de protection civile

Les sapeurs-pompiers en Europe sont organisés de manière variée. Ils constituent cependant une des forces majeures de la protection civile au sein de l'Union européenne (I). La Cour de justice de l'Union européenne a ainsi à connaître de litiges relatifs aux sapeurs-pompiers, à contrario de la Cour européenne des droits de l'homme (II).

I. Les sapeurs-pompiers au sein de l'Union européenne

Si l'unité dans la diversité est la devise de l'UE, il convient de constater que les modèles d'organisation des sapeurs-pompiers dans les différents États-membres ne sont pas aussi hétérogènes que ceux pouvant prévaloir dans d'autres politiques publiques, comme la santé publique ou l'industrie. Les services de sapeurs-pompiers sont en effet majoritairement dédiés à la lutte contre les incendies et les secours routiers, à rebours des sapeurs-pompiers français également compétents en matière de secours et de soins d'urgence aux personnes, activité qui représente 80% des interventions annuelles.

La structuration administrative de ces services épouse le plus souvent le territoire communal ou intercommunal¹⁴⁶, certains pays ayant ouvert la possibilité aux organisations infra-régionales (comme la France avec le département) ou régionale (comme l'Espagne¹⁴⁷) de se superposer ou de substituer au modèle « municipal ». Quelques rares pays sont néanmoins organisés à un échelon national, comme en Italie ou en Roumanie, où les sapeurs-pompiers sont militaires. Les sapeurs-pompiers épousent ainsi, comme en France, trois statuts « génériques » dont le cadre est différent d'un État-membre à un autre : sapeur-pompier professionnel, sapeur-pompier volontaire, militaire.

La protection civile est une des sept compétences d'appui de l'UE, qui a ainsi la faculté « de mener des actions pour appuyer, coordonner ou compléter l'action des États membres »¹⁴⁸. La politique de protection civile ne fait cependant pas l'objet d'une définition in extenso, les champs de la protection civile et de la sécurité civile pouvant être confondus selon un certain nombre de points de vue.

Le Parlement européen et le Conseil peuvent d'une part établir dans le cadre de la procédure législative ordinaire des mesures définissant « le cadre dans lequel sont mises en œuvre les actions d'aide humanitaire de l'Union »¹⁴⁹. La Commission peut ainsi prendre toute initiative utile pour promouvoir la coordination entre les actions de l'Union et celles des États-membres, afin de renforcer l'efficacité de cette synergie collective généralement déployée au profit d'États tiers à l'UE.

Ils peuvent d'autre part encourager « la coopération entre les États membres afin de renforcer l'efficacité des systèmes de prévention des catastrophes naturelles ou d'origine humaine et de protection contre celles-ci »¹⁵⁰. Le mécanisme de protection civile de l'UE est ainsi un dispositif créé en 2001 auquel participent les 27 États de l'Union européenne et plusieurs pays tiers comme l'Islande, la Norvège, la Serbie, le Monténégro, la République de Macédoine du Nord et la Turquie.

¹⁴⁶ Allemagne, Pays-Bas, Autriche, etc.

¹⁴⁷ Il existe en Espagne des sapeurs-pompiers organisés à l'échelle communale, comme à Madrid par exemple, ou à l'échelle de la province autonome, comme en Catalogne par exemple.

¹⁴⁸ Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), Art. 6.

¹⁴⁹ TFUE, Art. 214.

¹⁵⁰ TFUE, Art. 196.

L'article 196 du traité de fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) pose cependant les limites de l'UE dans le cadre de la compétence d'appui en matière de protection civile, puisqu'en sont exclues les mesures visant à harmoniser des dispositions législatives et réglementaires des États membres. Elle intervient néanmoins au titre de ses politiques sociales, même si ces dernières « ont occupé, depuis le traité de Rome, une place assez mineure dans l'action de la Communauté en raison de la faiblesse des pouvoirs conférés par les États membres dans ce domaine »¹⁵¹. Si le traité de Rome ne s'intéressait aux travailleurs que sous l'angle de leur mobilité au titre de la construction progressive du marché commun, « l'Acte unique européen a donné une impulsion à la politique sociale, notamment dans le domaine de la santé et de la sécurité sur le lieu de travail »¹⁵². Le protocole sur la politique sociale est adopté par onze des douze États (exception avec le Royaume-Uni) dans le cadre du traité de Maastricht, il est par ailleurs intégré au corps du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) par le traité d'Amsterdam. L'Europe « sociale » s'édifie ainsi notamment de manière continue dans le domaine du droit du travail, sous le sceau duquel sont placés les sapeurs-pompier.

Tout d'abord, la directive cadre de 1989 sur la santé et la sécurité des travailleurs « contient des dispositions de base relatives à l'organisation de la santé et la sécurité sur le lieu de travail, aux responsabilités de l'employeur et des travailleurs, complétés par dix-huit directives particulières concernant certains lieux de travail spécifiques (chantiers, mines, navires, etc.), certains agents physiques (bruit, vibrations, champs électromagnétiques), chimiques, biologiques et cancérigènes »¹⁵³.

Les conditions de travail ont ainsi été harmonisées grâce à plusieurs textes, notamment relatifs à la pénibilité au travail et sur la durée et l'aménagement du temps de travail. Ce dernier a fait l'objet « de vives controverses entre États membres en raison de pratiques profondément divergentes. Le consensus atteint au travers des directives de 1993 et 2000 (codifiées dans la directive de 2003) ne représente ainsi qu'un standard minimal, inférieur à celui que connaissent plusieurs États membres, dont la France, sur le travail de nuit,

¹⁵¹ ALOMAR Bruno, DAZIANO Sébastien, LAMBERT Thomas, SORIN Julien (2017), *Grandes questions européennes*, Edition Armand Colin, 4^{ème} édition, p. 605.

¹⁵² Ibid., p. 605.

¹⁵³ Ibid., p. 611.

les temps de repos, les congés, etc »¹⁵⁴. La directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, qui fixe notamment la durée maximale de travail hebdomadaire à 48H, continue ainsi à modifier profondément l'organisation du travail chez les sapeurs-pompiers, dans le même temps où elle nourrit un contentieux administratif dans plusieurs pays européens. Les dispositions de la directive de 2003 devaient être révisées à l'issue d'une période de dix ans après son entrée en vigueur. Ainsi, si elles définissent le temps de travail et le temps de repos, elles ne s'attachent pas « à préciser la notion de temps de garde ou temps d'astreinte. La jurisprudence de la Cour de justice a comblé ce vide en 2000 et en 2003 (arrêts *SiMAP-Jaeger* et *Dellas*) en assimilant les périodes de garde des médecins à du temps de travail, rendant encore plus indispensable la révision de la directive »¹⁵⁵. Dans la proposition de directive que la Commission a présentée en 2004, elle distinguait, au sein du temps de garde, une période inactive correspondant au temps où le travailleur est d'astreinte sans pour autant exercer son activité. Elle laissait également aux États membres « le soin de préciser les contours de cette période inactive et de le fixer ainsi dans leurs législations »¹⁵⁶. La révision de la directive examinée en 2009, visant notamment à réduire le champ et la quantité des clauses d'opt-out dont bénéficiaient certains États-membres¹⁵⁷, a cependant été un échec. La directive de 2003 est donc toujours en vigueur, étant ainsi à l'origine d'un contentieux significatif soulevé par plusieurs sapeurs-pompiers européens.

II. La Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme au sujet des sapeurs-pompiers

Si les sapeurs-pompiers sont parfois examinés par la Cour de justice de l'Union européenne (a), il n'en est pas de même en ce qui concerne la Cour européenne des droits de l'homme (b).

¹⁵⁴ Ibid., p. 612.

¹⁵⁵ YUNG Richard (2009), *L'Europe sociale, état des lieux et perspectives - Rapport d'information n° 413 (2008-2009)*, Commission des affaires européennes du Sénat, p. 27-28.

¹⁵⁶ Ibid., p.28.

¹⁵⁷ Dont le Royaume-Uni.

a. Le rôle de la Cour de justice de l'Union européenne : une relation épisodique et lourde de conséquences pour l'organisation des services d'incendie et de secours

Comme le rappelle le professeur Didier Blanc, « la protection civile est tardivement devenue une compétence des Communautés puis de l'Union »¹⁵⁸. L'Union européenne (UE) intervient ainsi dans la vie de la protection civile à l'échelle européenne et de la sécurité civile en France par le biais de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), saisie le plus souvent de recours indirects : « Le renvoi préjudiciel prévu à l'article 267 TFUE (ex-234 TCE) est le premier et l'unique mécanisme de coopération juridictionnelle au sein de l'Union. Initialement conçu comme une aide apportée au juge national pour l'application du droit communautaire, il est peu à peu devenu le vecteur privilégié des avancées prétorienne de la CJUE et le moyen, indirect, pour ne pas dire détourné, de confronter la législation nationale au droit communautaire »¹⁵⁹. Ce recours indirect, qui représente environ 60% de l'activité de la Cour, permet « aux juridictions nationales, pour un litige porté devant elles mettant en jeu le droit de l'Union, de prononcer un sursis à statuer et d'interroger la CJUE sur l'interprétation ou la légalité de celui-ci »¹⁶⁰. S'agissant de l'interprétation, qui est admise dès lors que la question présente une difficulté particulière¹⁶¹, elle est obligatoire pour les juridictions nationales de dernier ressort et facultatif pour les autres juridictions.

La CJUE est intervenue à plusieurs reprises dans le chef du sapeur-pompier, même si ses interventions en la matière sont aussi lourdes d'implication que rares. Les dernières décisions rendues sont ainsi relatives à la question de la qualification juridique de l'astreinte (grâce à l'interprétation de la directive 2003/88/CE), régime de travail auquel tout sapeur-pompier est régulièrement soumis. La Cour dans son arrêt rendu par sa cinquième chambre CJUE 11 novembre 2021 / n° C-214/20 a ainsi estimé qu'une période de garde sous régime

¹⁵⁸ BLANC Didier (2022), *Revue de l'Union européenne*, Éditions DALLOZ, p.26.

¹⁵⁹ ALOMAR Bruno, DAZIANO Sébastien, LAMBERT Thomas, SORIN Julien (2017), *Grandes questions européennes*, Edition Armand Colin, 4^{ème} édition, p. 193-194.

¹⁶⁰ Ibid., p. 194.

¹⁶¹ Conformément à la théorie dit de « l'acte clair » dégagée par l'arrêt CJCE *Srl CILFIT et Lanificio di Gavardo SpA/Ministère de la santé*, affaire 283-81, 6 octobre 1982, postulant que l'autorité de l'interprétation donnée par la Cour en vertu de l'article 177 du traité CEE (devenu article 234 du traité sur l'Union européenne) peut priver l'obligation de renvoi de sa cause et la vider ainsi de son contenu, notamment quand la question soulevée est matériellement identique à une question ayant déjà fait l'objet d'une décision à titre préjudiciel dans une espèce analogue ou que le point de droit en cause a été résolu par une jurisprudence établie de la Cour, quelle que soit la nature des procédures qui ont donné lieu à cette jurisprudence, même à défaut d'une stricte identité des questions en litige.

d'astreinte assurée par un sapeur-pompier réserviste, durant laquelle ce travailleur exerce, avec l'autorisation de son employeur, une activité professionnelle pour son propre compte mais doit, en cas d'appel d'urgence, rejoindre sa caserne d'affectation dans un délai maximal de dix minutes, ne constitue pas du "temps de travail". A contrario elle a jugé dans son arrêt CJUE du 9 mars 2021 - n° C-580/19 qu'une période de garde sous régime d'astreinte, durant laquelle un sapeur-pompier doit pouvoir rejoindre les limites de sa ville d'affectation dans un délai de vingt minutes, avec sa tenue d'intervention et le véhicule de service mis à sa disposition par son employeur, en faisant usage des droits dérogatoires au code de la route et des droits de priorité attachés à ce véhicule, ne constitue, dans son intégralité, du « temps de travail », au sens de cette disposition, que s'il découle d'une appréciation globale de l'ensemble des circonstances de l'espèce, notamment des conséquences d'un tel délai et, le cas échéant, de la fréquence moyenne d'intervention au cours de cette période, que les contraintes imposées à ce travailleur pendant ladite période sont d'une nature telle qu'elles affectent objectivement et très significativement la faculté pour ce dernier de gérer librement, au cours de la même période, le temps pendant lequel ses services professionnels ne sont pas sollicités et de consacrer ce temps à ses propres intérêts.

La Cour a enfin jugé, dans l'arrêt du 21 février 2018, *Matzak* (C-518/15, EU:C:2018:82), que le temps de garde qu'un sapeur-pompier doit passer à domicile avec l'obligation de répondre aux appels de son employeur dans un délai de huit minutes restreint très significativement les possibilités pour ce travailleur d'avoir d'autres activités et doit donc être qualifié de "temps de travail", au sens de l'article 2 de la directive 2003/88. La CJUE a ainsi apprécié au prisme du droit primaire et du droit dérivé européens la qualification du temps de garde au regard du délai de mobilisation et du degré de subordination auxquels sont soumis les sapeurs-pompiers au sein des États-membres. Cet arrêt est encore aujourd'hui largement commenté chez les sapeurs-pompiers volontaires (SPV), largement employés sous le régime de l'astreinte. La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) n'est quant à elle pratiquement pas intervenue en la matière.

b. Le sapeur-pompier, le Conseil de l'Europe et la Cour européenne des droits de l'homme : une relation quasi-inexistante

Le Conseil de l'Europe s'est dessiné au Congrès international de l'Europe, organisé en 1948 à la Haye et réunissant dix pays¹⁶² désireux de constituer un des centres de la construction européenne, focalisé sur les questions des droits de l'homme et excluant les questions de défense et de sécurité¹⁶³. Ainsi « le rôle du Conseil en matière de droits de l'homme est fondamental depuis l'adoption de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales le 4 novembre 1950 (entrée en vigueur le 3 septembre 1953) »¹⁶⁴, complétée par de nombreux textes relatifs à l'éducation, aux sciences et à la justice. La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), chargée de contrôler l'application de la convention éponyme (CESDH), est accessible après que toutes les voies de droit internes ont été épuisées. Selon nos recherches, elle n'a jamais eu à connaître d'un litige soulevé par un sapeur-pompier ou un syndicat de sapeurs-pompiers.

La CEDH peut néanmoins être saisie dans le cadre d'une procédure d'urgence, dite référé « mesures provisoires ». Prévue à l'article 39 du règlement de la Cour, elle permet à une partie à un procès ou à toute personne intéressée de suspendre des décisions manifestement attentatoires aux droits proclamés par la CESDH. Ainsi, les mesures provisoires ne sont en pratique appliquées que dans des domaines limités, la plupart concernant des affaires d'expulsion et d'extradition. Elles consistent le plus souvent à suspendre l'expulsion du requérant ou l'extradition le temps de l'examen de la requête. Ce référé n'a été introduit qu'une seule fois par les sapeurs-pompiers, sans succès¹⁶⁵.

¹⁶² France, Royaume-Uni, Belgique, Pays-Bas, Luxembourg, Irlande, Italie, Danemark, Norvège, Suède.

¹⁶³ Conseil de l'Europe, Statut, Article 1d.

¹⁶⁴ ALOMAR Bruno, DAZIANO Sébastien, LAMBERT Thomas, SORIN Julien (2017), *Grandes questions européennes*, Edition Armand Colin, 4^{ème} édition, p. 208.

¹⁶⁵ La Cour a ainsi été saisie le 19 août 2021 par 672 sapeurs-pompiers (professionnels et volontaires) des Services départementaux d'incendie et de secours (requête 41950/21 *Abgrall et 671 autres c. France*). Invoquant l'urgence et se fondant sur les articles 2 (droit à la vie) et 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) de la Convention européenne des droits de l'homme, ils demandaient à la Cour de suspendre l'obligation vaccinale. La Cour a rejeté cette demande, en estimant qu'elle était hors du champ d'application de l'article 39 de son règlement.

§2. Les sapeurs-pompiers, une organisation à la fois nationale, zonale et départementale

Les sapeurs-pompiers, qui évoluent dans le champ de la sécurité civile (A), dépendent d'une organisation avant tout départementale (B).

A. La sécurité civile : une organisation nationale et zonale

La sécurité civile est une des politiques transversales de l'État, pilotée par le programme éponyme dans la loi de finances et la direction générale de la sécurité civile et de la gestion des crises, placée auprès du ministre de l'Intérieur (I). Il existe également une administration déconcentrée de cette mission régalienne, puisqu'ont été mises en place dès 1959 des zones de défense civile, par parallélisme des formes avec les zones de défense militaire (II).

I. Une administration centrale du ministère de l'intérieur : la direction générale de la sécurité civile et des crises

L'article 1^{er} de la loi n°2004-811 du 13 août 2004 de modernisation de la sécurité civile (MOSC) a redéfini le concept de sécurité civile, porté sur les fonts baptismaux par la loi n°87-565 du 22 juillet 1987 relative à l'organisation de la sécurité civile, à la protection de la forêt contre l'incendie et à la prévention des risques majeurs :

« La sécurité civile a pour objet la prévention des risques de toute nature, l'information et l'alerte des populations ainsi que la protection des personnes, des biens et de l'environnement contre les accidents, les sinistres et les catastrophes par la préparation et la mise en œuvre de mesures et de moyens appropriés relevant de l'État, des collectivités territoriales et des autres personnes publiques ou privées ». L'article 2 de cette même loi dispose également que « les missions de sécurité civile sont assurées principalement par les sapeurs-pompiers professionnels et volontaires des services d'incendie et de secours ».

Au niveau national, « L'État est le garant nécessaire et incontournable de la cohérence de la sécurité civile (...) Il en définit la doctrine et coordonne ses moyens »¹⁶⁶. Il s'agit en effet pour l'État régalien « de donner une réponse coordonnée à un événement se caractérisant par une désorganisation sociale »¹⁶⁷, en garantissant l'ordre public. Le ministère de l'intérieur est ainsi chargé de définir et de mettre en œuvre au niveau national la politique de sécurité civile, qui rentre dans le champ plus large de la sécurité intérieure¹⁶⁸. Le décret n° 2013-728 du 12 août 2013 portant organisation de l'administration centrale du ministère de l'intérieur et du ministère des outre-mer crée ainsi la direction générale de la sécurité civile et de la gestion des crises, dont l'organisation est précisée par l'arrêté du 6 avril 2021 portant organisation interne de la direction générale de la sécurité civile et de la gestion des crises. Ce dernier spécifie notamment que cette direction générale comprend la direction des sapeurs-pompiers (DSP) et plusieurs sous-directions.

La direction des sapeurs-pompiers occupe une place particulière dans la gestion des sapeurs-pompiers. En effet, elle « définit le cadre juridique d'action, de la formation, des doctrines et des réponses opérationnelles des services d'incendie et de secours et des acteurs du secours »¹⁶⁹, elle conduit à ce titre au niveau national le dialogue social avec les organisations syndicales de sapeurs-pompiers dites « représentatives »¹⁷⁰.

La direction des sapeurs-pompiers, qui comprend deux sous-directions (la sous-direction de la doctrine et des ressources humaines et la sous-direction des services d'incendie et des acteurs du secours), assure par ailleurs le secrétariat de la Conférence nationale des services d'incendie et de secours (CNSIS). Créée par l'article 44 de la loi n° 2004-811 du 13 août 2004 de modernisation de la sécurité civile, elle est une instance contribuant au dialogue social, composée de membres des assemblées parlementaires, de représentants de l'État, de représentants des conseils d'administration des services d'incendie et de secours et de

¹⁶⁶ DELIANCOURT Samuel (2009), *La responsabilité administrative des communes et des services départementaux d'incendie et de secours*, Edition du Papyrus, Collection Sapeurs-Pompiers, p. 58.

¹⁶⁷ Ibid.

¹⁶⁸ Décret n° 2020-874 du 15 juillet 2020 relatif aux attributions du ministre de l'Intérieur, Art. 1.

¹⁶⁹ Arrêté du 6 avril 2021 portant organisation interne de la direction générale de la sécurité civile et de la gestion des crises, Art. 3.

¹⁷⁰ Les syndicats sont considérés comme représentatifs s'ils sont représentés au comité technique (au comité social territorial à partir de 2022) ou au Conseil supérieur de la fonction publique territoriale.

représentants des sapeurs-pompiers volontaires et professionnels¹⁷¹. Elle est ainsi consultée sur les projets de loi ou d'acte réglementaire relatifs aux missions, à l'organisation, au fonctionnement ou au financement des services d'incendie et de secours.

II. Une administration déconcentrée : les zones de défense civile

L'ordonnance n°59-147 du 7 janvier 1959 portant organisation générale de la défense¹⁷² fait notamment reposer cette dernière sur sept zones de défense civile, chargées chacune « d'assurer une veille opérationnelle permanente, de préparer l'ensemble des plans relevant du préfet de zone intéressant la défense non militaire et la sécurité civile, de mettre en œuvre les mesures opérationnelles décidées par le préfet de zone et d'assister le préfet de zone pour la mise en œuvre des mesures de coordination du trafic et d'information routière, sous son autorité »¹⁷³.

Le préfet de zone, préfet de région et préfet du département siège de la zone de défense, est placé sous l'autorité directe du Premier ministre et de chacun des ministres¹⁷⁴. S'il prend à ce titre les mesures de coordination nécessaires à la gestion d'une crise de grande ampleur, il n'a aucun rôle dans la gestion "statutaire" des sapeurs-pompiers.

B. Le Service départemental d'incendie et de secours (SDIS), principal gestionnaire des sapeurs-pompiers

La sécurité civile au niveau départemental repose majoritairement sur les sapeurs-pompiers et les associations agréées de sécurité civile¹⁷⁵. Dans chaque département¹⁷⁶ les

¹⁷¹ Décret n° 2018-1269 du 26 décembre 2018 modifiant le code général des collectivités territoriales et relatif à la Conférence nationale des services d'incendie et de secours.

¹⁷² Codifiée aux articles L.1111-1 et suivants du code de la défense.

¹⁷³ DELIANCOURT Samuel (2009), *La responsabilité administrative des communes et des services départementaux d'incendie et de secours*, Edition du Papyrus, Collection Sapeurs-Pompiers, p. 61.

¹⁷⁴ Code de la sécurité intérieure, Art. R.122-4 à R.122-7

¹⁷⁵ Code de la sécurité intérieure (CSI), Art. R.725-1 à R.725-11.

¹⁷⁶ Il existe cinq exceptions : la ville de Paris et les départements des Hauts de Seine, de la Seine Saint-Denis et du Val de Marne, qui sont défendus par les soldats de la Brigade de sapeurs-pompiers de Paris (armée de terre), la ville de Marseille, défendue par les matelots du Bataillon des marins-pompiers de Marseille (Marine nationale).

sapeurs-pompiers professionnels et volontaires appartiennent en grande majorité¹⁷⁷ au Corps départemental des sapeurs-pompiers (CDSP)¹⁷⁸, composante du Service départemental d'incendie et de secours (SDIS)¹⁷⁹.

Les sapeurs-pompiers servent dans des centres d'incendie et de secours (CIS), historiquement répartis en trois catégories¹⁸⁰. Les centres de secours principaux (CSP) sont créés pour assurer simultanément au moins un départ en intervention pour une mission de lutte contre l'incendie, deux départs en intervention pour une mission de secours d'urgence aux personnes et un autre départ en intervention. Ils constituent les « grosses casernes » typiques dans les villes d'environ 30 000 habitants et plus, ce chiffre n'étant indiqué que pour donner un ordre d'idée. Les centres de secours (CS) doivent quant à eux assurer simultanément au moins un départ en intervention pour une mission de lutte contre l'incendie ou un départ en intervention pour une mission de secours d'urgence aux personnes et un autre départ en intervention. Ils se retrouvent le plus souvent dans les villes de petite taille à moyenne. Les centres de première intervention (CPI) assurent quant à eux au moins un départ en intervention. Ils sont le plus souvent implantés dans des zones rurales.

Ces centres de secours, dirigés¹⁸¹ par des sous-officiers ou des officiers de sapeurs-pompiers¹⁸², peuvent être organisés en groupements territoriaux, eux-mêmes dirigés par des

¹⁷⁷ Tous les sapeurs-pompiers ne sont pas rattachés au Corps départemental des sapeurs-pompiers, puisque des centres de première intervention peuvent être organisés au niveau communal ou intercommunal en corps communaux ou intercommunaux, placés sous la responsabilité des maires ou des établissements publics de coopération intercommunale en assurant la gestion (cf. CGCT Art. L.1424-1). Il ne sera traité dans cette thèse que du cas des sapeurs-pompiers départementaux, qui représentent en France plus de 80% des sapeurs-pompiers.

¹⁷⁸ Code général des collectivités territoriales (CGCT), Art. L.1424-5.

¹⁷⁹ CGCT, Art. L.1424-1.

¹⁸⁰ Il conviendra de noter que cette catégorisation des centres d'incendie et de secours a été supprimée par l'article 21 de la loi n° 2021-1520 du 25 novembre 2021 visant à consolider notre modèle de sécurité civile et valoriser le volontariat des sapeurs-pompiers et les sapeurs-pompiers professionnels. Cette fin de la classification a le plus souvent permis aux SDIS d'adapter la taille et les effectifs des centres d'incendie et de secours aux nécessités opérationnelles, parfois inférieures aux « dimensions » de la caserne.

¹⁸¹ Code général des collectivités territoriales (CGCT), Art. R 1424-40.

¹⁸² Tout chef de centre d'incendie et de secours peut disposer du pouvoir réglementaire du chef de service explicité dans la décision CE, Sect., 7 février 1936, *Sieur Jamart*, Req. N°43321, Rec., car il remplit la double condition de diriger entièrement la mission confiée au service et d'avoir le pouvoir hiérarchique sur les agents en cause (cf. CE, 30 septembre 2011, *Comité d'action syndicale de la psychiatrie et autres*, Req. N°337334, Rec.). La portée de la règle peut néanmoins amener le juge administratif à la requalifier en mesure d'ordre intérieur. Sont de telles mesures celles « qui, tout en modifiant leur affectation ou les tâches [que les agents] ont à accomplir, ne portent pas atteinte aux droits et prérogatives qu'ils tiennent de leur statut ou à l'exercice de leurs droits et libertés fondamentaux, ni n'emportent perte de responsabilités ou de rémunération » (CE, Section, 26 septembre 2015, *Me B.*, Req. N° 372624). Bien que qualifiée de mesure d'ordre intérieur, la décision pourra toutefois faire l'objet d'un recours devant le juge si elle traduit une discrimination (même décision).

officiers de sapeurs-pompiers. Ils sont équipés et implantés en fonction du Schéma départemental d'analyse et de couverture des risques (SDACR), qui « dresse l'inventaire des risques de toute nature pour la sécurité des personnes et des biens auxquels doivent faire face les services d'incendie et de secours dans le département, et détermine les objectifs de couverture de ces risques par ceux-ci »¹⁸³. Le SDACR est arrêté par le représentant de l'État dans le département, après avis du Conseil départemental et avis conforme du Conseil d'administration du SDIS. Il est décliné de manière concrète par un règlement opérationnel (RO)¹⁸⁴, qui organise le commandement des opérations de secours et la réponse opérationnelle du SDIS.

Conformément à l'article R.1424-1 du CGCT les sapeurs-pompiers peuvent également être affectés dans les services des SDIS, auxquels sont confiés des missions opérationnelles, administratives ou techniques. En effet, au-delà d'être un maillage départemental de centres d'incendie et de secours, le SDIS est une administration territoriale peu connue et particulière.

¹⁸³ CGCT, art. L.1424-7.

¹⁸⁴ CGCT, art. L.1424-4.

Section 2 : Le fonctionnement du Service départemental d'incendie et de secours

Le Service départemental d'incendie et de secours (SDIS) est un établissement atypique à gouvernance partagée (§1). Ce caractère mosaïque de l'autorité imprime un dialogue social au sein de la communauté des sapeurs-pompiers à deux niveaux, l'un national, l'autre départemental (§2).

§1. Le SDIS, un établissement public administratif par détermination de la loi

Le SDIS est un établissement public administration créé par détermination de la loi (A). Sa gouvernance bicéphale amène à partager l'administration de cette structure entre le préfet, les communes, les établissements publics de coopération intercommunale et le département (B).

A. La nature et le cadre juridique du SDIS

A contrario d'une idée largement répandue, le SDIS n'est pas un établissement public ou un organisme associé au conseil départemental (EPOA), mais un établissement public administratif créé par détermination de la loi n°96-369 du 3 mai 1996 relative aux services d'incendie et de secours (I). Son cadre légal et réglementaire est largement codifié au sein du Code général des collectivités territoriales et du Code de la sécurité intérieure (II).

I. La nature juridique du SDIS

Comme l'énonce l'article 1^{er} de la loi n° 96-369 du 3 mai 1996 relative aux services d'incendie et de secours « il est créé dans chaque département un établissement public, dénommé service départemental d'incendie et de secours, qui comporte un corps

départemental de sapeurs-pompiers »¹⁸⁵. Si le SDIS n'est pas, par ses missions, un établissement public industriel et commercial¹⁸⁶, il rentre dans le vaste champ des établissements publics administratifs (EPA). La complexité de l'article L.1424-35 du code général des collectivités territoriales (CGCT), qui fait reposer le financement du SDIS sur les contributions des communes, des établissements publics de coopération intercommunale et du département suscite un certain nombre de questions sur la présidence de son conseil d'administration, qui échoit de droit au Président du conseil départemental.

Si l'article 34 de la Constitution dispose que « la loi fixe les règles concernant (...) la création de catégories d'établissements publics », restreignant par là même « l'étendue du domaine législatif en matière de création d'établissements publics »¹⁸⁷, « la portée que le constituant a entendu donner à la notion de catégorie d'établissement public (...) ne ressort pas clairement des débats qui ont précédé l'adoption de la Constitution »¹⁸⁸. La jurisprudence est ainsi venue fixer la ligne de partage entre les EPA créés par détermination de la loi ou du règlement. En effet, depuis la décision DC, n°79-108 L, 25 juillet 1979, *Agence nationale pour l'emploi*, « relèvent d'une même catégorie au sens de l'article 34 les établissements dont l'activité s'exerce territorialement sous une même tutelle administrative et dont la spécialité est analogue. Deux critères de ressemblance se cumulent donc : celui du contrôle exercé sur l'établissement, et celui de la nature de l'activité »¹⁸⁹.

Le législateur est néanmoins venu dès 1982 instituer de nouvelles catégories d'établissement public : les établissements publics à caractère scientifique et technologique (EPST)¹⁹⁰, les établissements à caractère scientifique, culturel et professionnel (EPSCP)¹⁹¹, les établissements publics fonciers et d'aménagement¹⁹², les établissements publics de coopération culturelle (EPCC)¹⁹³. Le droit des établissements publics n'est pas par conséquent

¹⁸⁵ Cette loi est codifiée dans le code général des collectivités territoriales (CGCT), l'article 1 dont il est fait ici mention étant retranscrit dans son article L.1424-1.

¹⁸⁶ Un service public industriel et commercial (SPIC) est assuré par un établissement public industriel et commercial (EPIC), dont le mode de gestion est privé : voir TC, 22 janvier 1921, *société commerciale de l'Ouest africain*, Req. N°00706, Rec.

¹⁸⁷ CE, Les études du Conseil d'État, *Les établissements publics*, 15 octobre 2009, p. 31.

¹⁸⁸ Ibid., p. 31.

¹⁸⁹ Ibid., p. 33.

¹⁹⁰ Loi n° 82-610 du 15 juillet 1982 (code de la recherche, Art. L.321-1 et suivants).

¹⁹¹ Lois n° 84-52 du 26 janvier 1984 et n° 2007-119 du 10 août 2007 (code de l'éducation, Art. L.711-1 et suivants).

¹⁹² Loi n° 85-729 du 18 juillet 1985 (code de l'urbanisme, Art. L.321-1 et suivants).

¹⁹³ Loi n° 2002-6 du 4 janvier 2002 (CGCT, Art. L. 1431-1).

« un jardin à la française »¹⁹⁴, c'est-à-dire un ensemble épuré et stable de catégories et de sous-catégories. Si un cadre existe cependant, il est évolutif, le SDIS étant indéniablement un EPA créé par détermination de la loi. S'il semble en effet toujours difficile aujourd'hui de préciser plus avant la nature de cet établissement, une décision de la Haute Assemblée a néanmoins apporté une précision d'importance. Selon la jurisprudence du Conseil d'État, le SDIS ne peut pas en effet être regardé comme un établissement public du département. Dans sa décision CE, 04/02/2015, Req. N°383019, la section du contentieux juge que « qu'il ressort des dispositions (...) du code général des collectivités territoriales que les services départementaux d'incendie et de secours, qui associent pour la gestion et la mise en œuvre des moyens au niveau local les communes au département et aux établissements publics de coopération intercommunale, ne sont pas seulement rattachés à des collectivités ou établissements mentionnés au 8° de l'article L. 231 du code électoral ; qu'en outre, ils ne sont pas créés par le département ou à sa demande mais par la loi, dans chaque département ; qu'il suit de là que les services départementaux d'incendie et de secours ne peuvent être regardés comme des établissements publics du département au sens et pour l'application du 8° de l'article L. 231 du code électoral »¹⁹⁵.

Cette spécificité se retrouve dans la structure de la gouvernance des SDIS.

II. Le cadre légal et réglementaire

Le cadre juridique des SDIS est à l'instar du « cadre juridique de la sécurité civile (...), marqué par le foisonnement de textes législatifs et réglementaires, qui relèvent de nombreux corpus juridiques : code de l'environnement, code général des collectivités territoriales, code forestier, code de l'éducation, code de la défense, code de la santé publique, code de l'urbanisme, etc. (...) »¹⁹⁶. Parce que les sapeurs-pompiers sont depuis la loi du 22 mars 1831 ancrés dans une gestion communale, mais aussi parce que la loi du 5 avril 1884 a confié aux maires la compétence juridique de lutte contre l'incendie, l'article 55 de la loi n°96-369 du 3

¹⁹⁴ CE, Les études du Conseil d'État, *Les établissements publics*, 15 octobre 2009, p. 33.

¹⁹⁵ Cette jurisprudence permet ainsi de dire qu'un sapeur-pompier volontaire ou professionnel n'est soumis qu'à un régime restreint d'incompatibilité entre ses fonctions et celles de maire ou d'adjoint au maire, conformément à l'article L.2122-5-1 du CGCT.

¹⁹⁶ Code de la sécurité intérieure (CSI), 2021, Éditions DALLOZ, 4^{ème} édition, p.628.

mai 1996 relative aux services d'incendie et de secours a permis d'une part une codification de cette dernière dans le code général des collectivités territoriales (CGCT). Cette codification de la sécurité civile en général et des SDIS en particulier s'est d'autre part poursuivie par l'élaboration du Code de la sécurité intérieure (CSI), qui fut l'objet de l'ordonnance n°2012-351 du 12 mars 2012 relative à la partie législative du Code de la sécurité intérieure et des décrets n°2013-1112 et 2013-1113 du 4 décembre 2013 ainsi que des décrets n°2014-1252 et 2014-1253 du 27 octobre 2014 pour la partie réglementaire de ce code, dont la ratification est intervenue grâce à la loi n°2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme.

Cependant, cette « codification est demeurée particulièrement prudente. Pour des pans entiers de la sécurité civile, le livre VII (du CSI) procède à des renvois vers les dispositions issues principalement du code général des collectivités territoriales et du code de l'environnement, vers des dispositions législatives non codifiées encore en vigueur : organisation et fonctionnement des services d'incendie et de secours, commandement des opérations de secours, dispositions relatives à l'information du citoyen et à la culture de sécurité civile, statut des sapeurs-pompiers professionnels et diverses dispositions intéressant les sapeurs-pompiers volontaires »¹⁹⁷. Cette codification éparpillée¹⁹⁸ semble être le fait de la dimension éminemment interministérielle de la sécurité civile, qui a pour « objet la prévention des risques de toute nature, l'information et l'alerte des populations ainsi que la protection des personnes, des biens et de l'environnement contre les accidents, les sinistres et les catastrophes par la préparation et la mise en œuvre de mesures et de moyens appropriés relevant de l'État, des collectivités territoriales et des autres personnes publiques ou privées ».¹⁹⁹

Le cadre légal et réglementaire des SDIS repose ainsi à la fois sur le livre VII du CSI (partie législative et réglementaire) dédié à la sécurité civile, le livre IV du CGCT (partie

¹⁹⁷ Ibid., p.629.

¹⁹⁸ Voir FAVRO Karine (2018), « La démarche de sécurité civile est-elle portée par le code de la sécurité intérieure ? » et PRETOT Xavier (2018), « De la police administrative à la défense, en passant par la sécurité intérieure », dans Les cahiers scientifiques de l'ENSOSP, Perspectives n°18, 2018.

¹⁹⁹ CSI, Art. L112-1, on notera incidemment que l'article L.1424-2 du CGCT précise que les SDIS « sont chargés de la prévention, de la protection et de la lutte contre les incendies. Ils concourent, avec les autres services et professionnels concernés, à la protection et à la lutte contre les autres accidents, sinistres et catastrophes, à l'évaluation et à la prévention des risques technologiques ou naturels ainsi qu'aux secours et aux soins d'urgence ».

législative et réglementaire) dédié de manière générale aux services publics locaux et de manière plus particulière aux services d'incendie et de secours (Art. L.1424-1 et suivants, Art. R.1424-1 et suivants), le statut général des fonctionnaires et le statut particulier des sapeurs-pompiers professionnels, un ensemble de textes non codifiés, qui seront présentés plus dans le détail ultérieurement.

La vie de chaque SDIS est par conséquent rythmée par l'adoption de délibérations adoptées par son conseil d'administration, mais aussi par des arrêtés individuels pris par l'autorité territoriale afin de régler la situation administrative des sapeurs-pompiers.

B. La gouvernance des SDIS

La gouvernance des SDIS reflète le caractère de cette administration, partagée entre les communes, les établissements publics de coopération intercommunale, le département et l'État, qui composent son conseil d'administration (I). Ce dernier adopte des actes administratifs unilatéraux, qui expriment la volonté de la puissance publique (II).

I. Le conseil d'administration du SDIS : une composition paritaire État-collectivités locales

L'article L.1424-24 du code général des collectivités territoriales (CGCT) dispose que « le service départemental d'incendie et de secours est administré par un conseil d'administration composé de représentants du département, des communes et des établissements publics de coopération intercommunale compétents en matière de secours et de lutte contre l'incendie ». Ce conseil comprend au moins quinze membres et au maximum trente membres, le nombre de sièges attribués au département ne pouvant être inférieur aux trois cinquièmes du nombre total des sièges, celui des sièges attribués aux communes et aux EPCI ne pouvant être inférieur au cinquième du nombre total des sièges²⁰⁰.

²⁰⁰ L'article L.1424-24-6 du CGCT énonce que le conseil d'administration peut prévoir la représentation, avec voix consultative, des organismes partenaires du service départemental d'incendie et de secours. Cela ne s'est, en l'état actuel de nos connaissances, jamais produit jusqu'à maintenant.

L'article L.1424-29 du même code énonce de plus que « le conseil d'administration règle par ses délibérations les affaires relatives à l'administration du service d'incendie et de secours », le président du conseil d'administration étant « chargé de l'administration du service d'incendie et de secours. A ce titre, il prépare et exécute les délibérations du conseil d'administration. Il passe les marchés au nom de l'établissement, reçoit en son nom les dons, legs et subventions. Il représente l'établissement en justice et en est l'ordonnateur. Il nomme les personnels du service d'incendie et de secours »²⁰¹. Le conseil d'administration est présidé de droit par le président du Conseil départemental²⁰², qui dispose de la faculté de désigner un président délégué parmi les membres du conseil d'administration.

Néanmoins, et c'est là une grande spécificité du SDIS, « le préfet ou son représentant assiste de plein droit aux séances du conseil d'administration »²⁰³, en ayant la faculté de demander une nouvelle délibération si « une délibération paraît de nature à affecter la capacité opérationnelle du service d'incendie et de secours ou la bonne distribution des moyens »²⁰⁴.

La gouvernance des SDIS est ainsi partagée entre l'État, le département, les communes et les établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) dotés de la compétence de lutte contre l'incendie²⁰⁵.

²⁰¹ Code général des collectivités territoriales (CGCT), Art. L.1424-30.

²⁰² En application de l'article L.1424-27 du code général des collectivités territoriales (CGCT), dans sa rédaction issue de la loi n° 2004-811 du 13 août 2004 de modernisation de la sécurité civile, le président du conseil départemental est de droit président du conseil d'administration. Il n'y a donc pas lieu, dans ce cas, de procéder à une élection. Si le président du conseil départemental ne souhaite pas exercer cette prérogative, il lui appartient de désigner un membre du conseil d'administration pour exercer la présidence de cet établissement public. L'élu, ainsi désigné, bénéficie à ce titre de la plénitude des fonctions de président du conseil d'administration.

²⁰³ CGCT, Art. L.1424-25.

²⁰⁴ Ibid.

²⁰⁵ Cette gouvernance partagée trouve par ailleurs un écho dans le mode de financement des SDIS. L'État verse en effet une part de taxe au Conseils départementaux, afin de financer indirectement les services d'incendie et de secours. Cette fraction vient en effet abonder leur subvention annuelle au SDIS, en parallèles des communes ou des établissements publics de coopération intercommunale, qui doivent s'acquitter d'une contribution annuelle.

II. Des actes administratifs unilatéraux pour marquer la volonté politique du conseil d'administration

Plusieurs actes politiques majeurs structurent la gestion des sapeurs-pompiers au sein des SDIS. Le premier de ces actes est l'acte politique par excellence du SDIS, à savoir son budget annuel. Il est financé par les contributions des communes, des intercommunalités et du département²⁰⁶. Si l'État n'apparaît pas officiellement dans le financement du SDIS, il y contribue néanmoins indirectement. En effet, il verse au Conseil départemental une fraction de 6,45% de la Taxe spéciale sur les conventions d'assurance (TSCA)²⁰⁷ afin que ce dernier puisse contribuer au budget du SDIS.

Le second de ces actes est le schéma départemental d'analyse et de couverture des risques (SDACR), qui « dresse l'inventaire des risques de toute nature pour la sécurité des personnes et des biens auxquels doivent faire face les services d'incendie et de secours dans le département, et détermine les objectifs de couverture de ces risques par ceux-ci »²⁰⁸. Cet arrêté préfectoral élaboré par le SDIS est décliné par le règlement opérationnel²⁰⁹, qui constitue un arrêté préfectoral complémentaire permettant de préciser la mise en œuvre des moyens du SDIS.

Le troisième de ces actes est constitué par les lignes directrices de gestion arrêtées par délibération du conseil d'administration du SDIS. Elles constituent une innovation, portée par la loi n°2019-828 du 6 août 2019 dite de transformation de la fonction publique. Elles constituent des orientations de l'autorité d'emploi en matière de pilotage des ressources humaines des SDIS en général et des sapeurs-pompiers professionnels en particulier. Elles permettant ainsi de fixer les taux d'encadrement, les modalités d'avancement des personnels, etc. et constituent ainsi un enjeu majeur en matière de dialogue social.

²⁰⁶ Code général des collectivités territoriales (CGCT), Art. L.1424-35.

²⁰⁷ La loi de finances initiale de 2006 substitue à une dotation globale de fonctionnement versée au Conseil départemental cette ressource fiscale, exclusivement fléchée vers les SDIS. Il convient de noter ici que cette part de TSCA ne permet de financer que partiellement la contribution versée par le département. Voir COURREGES Florent, LERMYTTE Laura, RIGAUD Philippe (2022), « Le financement des services départementaux d'incendie et de secours à la lumière des réformes », actes du colloque « La fiscalité locale à la croisée des réformes », 23 novembre 2022, BJCL décembre 2022, Éditions LexisNexis.

²⁰⁸ CGCT, Art. L.1424-7.

²⁰⁹ CGCT, Art. L.1424-4.

Le quatrième et dernier de ces actes est le règlement intérieur du SDIS, qui « fixe les modalités de fonctionnement du corps départemental et les obligations de service de ses membres »²¹⁰. Son adoption et ses modifications sont soumises pour avis au comité technique pour les dispositions propres aux sapeurs-pompiers professionnels, au comité consultatif départemental des sapeurs-pompiers volontaires²¹¹ pour les dispositions propres aux sapeurs-pompiers volontaires, à la commission administrative et technique des services d'incendie et de secours pour les dispositions communes à tous les sapeurs-pompiers.

Ces instances de dialogue social, où siègent des représentants du personnel dont des sapeurs-pompiers professionnels et volontaires, sont plus particulièrement décrites dans la section suivante. Elles permettent un exercice effectif de la représentation du personnel dans les processus de gestion de l'établissement public, concrétisés juridiquement en grande partie par des arrêtés individuels venant préciser la position statutaire et/ou administrative de chaque sapeur-pompier.

§2. Le dialogue social et les institutions dédiées à la gestion des sapeurs-pompiers du SDIS

La participation²¹² des sapeurs-pompiers du SDIS à la gestion et au fonctionnement de l'administration qu'ils servent s'exerce au sein d'organismes consultatifs, conformément à la décision DC n°77-38 du 20 juillet 1977 qui fait du principe de participation un principe à valeur constitutionnelle²¹³. Ainsi, « les agents, par leurs représentants, sont donc associés à l'élaboration des mesures qui les concernent, qu'elles soient individuelles ou collectives (...) par des organes consultatifs où siègent les délégués des fonctionnaires et qui donnent leur

²¹⁰ CGCT, Art. R.1424-22.

²¹¹ Prévu à l'article R.1424-23 du code général des collectivités territoriales (CGCT).

²¹² En application de l'article 9 de la loi du 13 juillet 1983, les fonctionnaires participent par l'intermédiaire de leurs représentants siégeant dans les instances de dialogue social à l'organisation et au fonctionnement des services publics, à l'élaboration des règles statutaires, à la définition des orientations en matière de politique de ressources humaines et à l'examen de décisions individuelles. Ils participent également à la définition et à la gestion de l'action sociale, culturelle, sportive et de loisirs dont ils bénéficient.

²¹³ Voir le considérant 5 de cette décision, qui rappelle le principe de participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail, contenu dans le Préambule de la Constitution de 1946, réaffirmé par le Préambule de la Constitution de 1958.

avis sur l'organisation et le fonctionnement des services publics, l'élaboration des règles statutaires et l'examen des décisions individuelles relatives à la carrière »²¹⁴.

La participation se décline donc dans le cadre du dialogue social, tout d'abord dans un cadre national organisé par le ministère de l'intérieur (A), puis dans un cadre départemental organisé par l'autorité territoriale (B).

A. Les instances nationales et le dialogue social du ministère de l'intérieur

Les sapeurs-pompiers exercent leur droit à être consulté au sein d'instances de droit commun (I), c'est-à-dire communes à tous les fonctionnaires en général et aux fonctionnaires publics territoriaux en particulier. Leurs spécificités ont néanmoins amené le législateur à créer des instances qui leur sont spécifiques (II).

I. Les instances de droit commun

Les instances nationales organisant le dialogue social relatif à l'évolution du statut des sapeurs-pompiers professionnels sont les instances de droit commun, qui sont au nombre de deux. La première est le conseil commun de la fonction publique (CCFP)²¹⁵, spécifiquement consulté sur les questions et textes communs aux trois versants de la fonction publique ainsi que sur des sujets transversaux comme l'évolution de l'emploi public, la mobilité, la lutte contre les discriminations, la promotion de l'égalité des chances ou bien encore le dialogue social européen. La seconde est le conseil supérieur de la fonction publique territoriale (CSFPT), instance de dialogue social de la fonction publique territoriale qui examine les textes législatifs et réglementaires proposés par le Gouvernement en étroite collaboration avec la Direction générale des collectivités locales du ministère de l'intérieur. Le CSFPT peut siéger en assemblée plénière, en bureau ou en formation spécialisée. Il compte en effet cinq formations spécialisées permanentes dont l'objectif est d'étudier le plus précisément possible les dossiers

²¹⁴ TAILLEFAIT Antony (2019), *Droit de la fonction publique*, Éditions DALLOZ, 8^{ème} édition, p. 182.

²¹⁵ Voir loi n° 2010-751 du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social et comportant diverses dispositions relatives à la fonction publique, qui crée cette nouvelle instance

qui leur sont soumis ou dont elles s'autosaisissent dans leur champ de compétences respectif²¹⁶.

II. Les instances spécifiques aux sapeurs-pompiers

Des instances nationales sont spécifiquement organisées par le ministère de l'intérieur pour approfondir la participation des sapeurs-pompiers. Elles sont également au nombre de deux, permettant la participation des représentants professionnels et volontaires aux débats relatifs à la doctrine d'emploi des forces, à la gestion financière et des statuts au sein des SDIS, mais aussi au management des ressources humaines propre aux sapeurs-pompiers : la conférence nationale des services d'incendie et de secours (a), le conseil national des sapeurs-pompiers volontaires (b).

a. La Conférence nationale des services d'incendie et de secours

L'article 4 de la loi n° 2004-811 du 13 août 2004 de modernisation de la sécurité civile (MOSC) institue une conférence nationale des services d'incendie et de secours (CNSIS), « composée de membres des assemblées parlementaires, pour un quart au moins de représentants des sapeurs-pompiers volontaires et professionnels, de représentants de l'État et, en majorité, de représentants des conseils d'administration des services départementaux d'incendie et de secours ».

Elle est consultée par le gouvernement « sur les projets de loi ou d'acte réglementaire relatifs aux missions, à l'organisation, au fonctionnement ou au financement des services d'incendie et de secours ». Composée²¹⁷ d'un député, d'un sénateur, de 17 conseillers départementaux, de cinq maires, de douze représentants des sapeurs-pompiers, d'un directeur départemental des services d'incendie et de secours et de six représentants de l'État, elle peut également émettre des vœux, sur proposition de ses membres.

²¹⁶ Voir notamment les travaux relatifs aux sapeurs-pompiers de la formation spécialisée n°3, s'intéressant plus particulièrement aux questions statutaires : rapport sur l'état des lieux de la filière sapeurs-pompiers du 17 octobre 2018, rapport « Pour une filière sapeurs-pompiers rationalisée et ancrée dans la fonction publique territoriale » du 29 septembre 2021.

²¹⁷ Pour la composition et le fonctionnement de la CNSIS, voir code général des collectivités territoriales (CGCT), Art. R1424-59 et suivants.

b. Le conseil national des sapeurs-pompiers volontaires

Le conseil national des sapeurs-pompiers volontaires (CNSPV)²¹⁸ a été créé par la loi n° 2011-851 du 20 juillet 2011 relative à l'engagement des sapeurs-pompiers volontaires et à son cadre juridique. Sa composition et ses modalités de fonctionnement ont été précisées par le décret n° 2012-154 du 30 janvier 2012 dont les articles sont, aujourd'hui, codifiés aux articles D.723-64 à 72 du code de la sécurité intérieure (CSI).

L'article D.723-64 du CSI définit les missions du conseil, qui sont au nombre de quatre. La première est d'éclairer le gouvernement, les collectivités territoriales et leurs établissements publics dans la définition et la conduite des politiques publiques visant à pérenniser et développer le volontariat dans les services d'incendie et de secours. La seconde est de conduire des études prospectives ainsi que des missions d'évaluation des incidences des dispositions législatives et réglementaires sur le volontariat chez les sapeurs-pompiers en prenant en compte les indicateurs nationaux des services d'incendie et de secours ainsi que les besoins exprimés, en particulier, par ces services. La troisième est de faire connaître son avis sur toute question relative au volontariat chez les sapeurs-pompiers ou susceptible d'avoir un impact sur ce dernier, en suivant notamment les nominations d'officiers supérieurs de sapeurs-pompiers volontaires dans les SDIS²¹⁹. La quatrième et dernière mission est de formuler toute proposition tendant à promouvoir et développer le volontariat ainsi qu'à en faciliter l'exercice.

Il est composé de représentants de l'État, de parlementaires, d'élus locaux, de sapeurs-pompiers volontaires et de leurs associations représentatives, mais aussi de représentants des employeurs des SPV. Comme le conseil commun de la fonction publique (CCFP), le conseil supérieur de la fonction publique territoriale (CSFPT) ou la conférence nationale des services d'incendie et de secours (CNSIS), le conseil national des sapeurs-pompiers volontaires (CNSPV) a une activité qui est peu visible pour le sapeur-pompier affecté sur le terrain, beaucoup plus

²¹⁸ Voir notamment Conseil national des sapeurs-pompiers volontaires, rapport annuel 2023 au ministre de l'Intérieur : file:///Users/florentcourreges/Downloads/2024.04.22_Rapport_annuel_CNSPV_2023.pdf.

²¹⁹ L'article 27 de la loi n° 2021-1520 du 25 novembre 2021 visant à consolider notre modèle de Sécurité civile et valoriser le volontariat des sapeurs-pompiers et les sapeurs-pompiers professionnels a modifié l'article L.1424-10 du Code général des collectivités territoriales, et mis fin à la Commission nationale de changement de grade (CNCG). Les nominations d'officiers de sapeurs-pompiers volontaires étant gérées désormais au niveau départemental, un suivi spécifique a été mis en place afin d'en mesurer les premiers effets, notamment l'impact potentiel sur l'évolution du nombre de nominations.

sensible au dialogue social mené à l'échelle du département par l'autorité territoriale d'emploi.

B. Les instances locales et le dialogue social de l'autorité territoriale d'emploi

Si le conseil d'administration du SDIS représente dans sa composition la pluralité des financeurs de l'établissement public placé sous les ordres opérationnels du préfet, le président de cette formation, qui est de droit le président du Conseil départemental²²⁰, a la fonction d'autorité territoriale d'emploi. Il est chargé à ce titre d'animer le dialogue social avec les sapeurs-pompiers professionnels et volontaires, organisé au sein d'instances (I). Il s'appuie par ailleurs sur des organes externes qui participent à la gestion des sapeurs-pompiers (II).

I. L'autorité territoriale d'emploi et la régulation des relations collectives de travail

Le président du conseil d'administration du SDIS, en tant qu'autorité territoriale, organise l'équivalent administratif des relations collectives de travail au sein de la structure administrative, dans le cadre d'un dialogue social organisé au sein des instances paritaires, mais aussi dans le cadre de contacts réguliers avec les organisations représentatives du personnel. Il gère l'équivalent des relations individuelles de travail dans le cadre de l'application du statut général de la fonction publique et des statuts particuliers de cette dernière, en faisant appliquer, parfois en lien avec des instances externes au SDIS, les délibérations du conseil d'administration du SDIS.

A l'instar du conseil municipal et du maire il convient en effet de distinguer au sein du SDIS le rôle du conseil d'administration du rôle de président de ce dernier. Le conseil d'administration²²¹, qui est l'organe délibérant du SDIS, règle par ses délibérations les conditions d'application des statuts de la fonction publique territoriale (par exemple l'attribution de logements de fonction à des emplois particuliers) au sein de l'établissement

²²⁰ Code général des collectivités territoriales (CGCT), Art. L.1424-27.

²²¹ CGCT, Art. L.1424-24.

public. Les délibérations sont des actes administratifs à portée générale et impersonnelle, généralement soumises au contrôle de légalité.

Le président du conseil d'administration du SDIS, autorité territoriale d'emploi²²², est essentiellement compétente pour prendre des décisions individuelles relatives à la gestion des agents : recrutement, nomination, avancement, positions, affectation, discipline, fin de fonction, etc. A contrario des délibérations du conseil d'administration les arrêtés pris par l'autorité territoriale ne sont pas tous transmis au service du contrôle de la légalité en préfecture. Les décisions individuelles portant nomination et recrutement des fonctionnaires, les décisions d'engagement ou de licenciement des agents non titulaires doivent ainsi être obligatoirement transmises, quand les décisions de titularisation, d'avancement de grade ou d'échelon ne doivent pas l'être.²²³

Les délibérations du conseil d'administration sont précédées d'avis d'instances du SDIS, qui sont paritaires ou pas. Si « de la participation à la cogestion entre l'administration et les représentants des fonctionnaires le pas est parfois franchi (notamment) dans l'administration des finances, dans celle de l'Éducation nationale et dans quelques collectivités territoriales ou établissements publics de santé »²²⁴, les gestionnaires des SDIS sont comme un grand nombre de gestionnaires publics, qui « tiennent à leurs prérogatives et savent rappeler que les instances de participation ne font que formuler des avis consultatifs »²²⁵.

La vie du « collectif de travail » au sein des SDIS s'organise autour de plusieurs instances : le comité technique (a), la formation spécialisée en matière de santé, sécurité et conditions de travail (b), le conseil départemental consultatif des sapeurs-pompiers volontaires (c), les conseils de discipline (d), la commission administrative et technique des services d'incendie et de secours (e), enfin les commissions administratives paritaires (f).

²²² Code général des collectivités territoriales (CGCT), Art. L.1424-27 et L.1424-30.

²²³ D'une manière générale, les SDIS ont un régime de contrôle de la légalité de leurs actes identiques à celui du département, codifié en l'article L.3131-1 du CGCT.

²²⁴ TAILLEFAIT Antony (2019), *Droit de la fonction publique*, Éditions DALLOZ, 8^{ème} édition, p. 182.

²²⁵ Ibid.

a. Le comité technique devenu le comité social territorial

Le comité social territorial (CST) a remplacé depuis 2023 le comité technique (CT)²²⁶. Ce dernier était jusqu'à cette date une instance consultative, composée des représentants du personnel et des représentants de l'établissement public, dont le nombre est déterminé en fonction de l'effectif des agents en relevant. Il était créé dans chaque SDIS d'au moins 50 agents. Les représentants de l'administration étaient désignés par l'autorité territoriale parmi les membres du conseil d'administration ou les agents en fonction au sein du SDIS. Le mandat des représentants du personnel élus était de 4 ans.

Le CT était compétent pour se prononcer sur les questions d'ordre collectif, il était ainsi notamment consulté sur des sujets comme l'organisation et le fonctionnement du SDIS et de ses services, les règles relatives au statut des agents, les suppressions de postes, l'amélioration des méthodes et techniques de travail et leur incidence sur le personnel, les conditions de travail, les plans de formation par rapport aux exigences du Schéma Départemental d'Analyse et de Couverture du Risque (SDACR), la gestion des effectifs et leur fluctuation au sein de l'établissement, le niveau de qualification et la formation des agents.

Le CT était également consulté sur les aides à la protection sociale complémentaire, lorsque le SDIS en avait décidé l'attribution à ses agents, ainsi que sur l'action sociale²²⁷. Dans le cadre de sa compétence sur le fonctionnement des services, l'autorité territoriale devait lui présenter, au moins tous les deux ans, un rapport sur l'état de la collectivité, de l'établissement ou du service auprès duquel il a été créé. La présentation de ce rapport devait donner lieu à un débat.

C'est le CST²²⁸, issu d'une fusion du Comité technique (CT) et du Comité d'hygiène et de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) qui est saisi depuis 2023 sur la politique globale de gestion de ressources humaines et sur sa déclinaison, opérée grâce aux lignes directrices de gestion en matière de promotion et de valorisation des parcours professionnels.

²²⁶ Loi n° 84-53 du janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, articles 32, 33, 33-1 ; Décret n°85-565 du 30 mai 1985 modifié relatif aux comités techniques des collectivités territoriales et de leurs établissements publics.

²²⁷ Voir décret n° 2012-170 du 3 février 2012 modifiant le décret n° 85-603 du 10 juin 1985 relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail ainsi qu'à la médecine professionnelle et préventive dans la fonction publique territoriale.

²²⁸ Voir loi n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique.

b. Le comité d'hygiène et de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) devenu la formation spécialisée en matière de santé, sécurité et conditions de travail (F3SCT) du CST

Cette instance paritaire a été créée initialement sous la forme « Comité d'hygiène et sécurité »²²⁹ dans la fonction publique territoriale par le décret n°85-603 du 10 juin 1985 relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail ainsi qu'à la médecine professionnelle et préventive dans la fonction publique territoriale. Elle est devenue CHSCT en 2012 lorsque le décret n° 2012-170 du 3 février 2012 modifiant le décret n° 85-603 du 10 juin 1985 a ajouté la composante « Conditions de Travail », en modifiant par ailleurs la composition et le fonctionnement du CHSCT. Compte tenu des risques particuliers auxquels sont exposés les sapeurs-pompiers, les services départementaux d'incendie et de secours (SDIS) sont les seuls établissements publics pour lesquels la création d'un CHSCT est obligatoire sans condition d'effectif²³⁰.

Le travail du Comité d'Hygiène et de Sécurité et des Conditions de Travail (CHSCT) consiste à garantir les actions de préservation de la santé physique et mentale des agents. Le CHSCT peut ainsi apporter un avis sur l'organisation, les conditions et les méthodes de travail. Ces avis peuvent porter sur les équipements, les constructions ou l'entretien des bâtiments, ou sur l'évaluation de tout risque auquel pourrait être exposé un agent (manutention, risque chimique, risque de chute, travail de nuit, etc.). Le CHSCT est par ailleurs chargé d'émettre un avis sur le rapport annuel et le programme des actions réalisées ou à venir en matière d'hygiène et de sécurité.

La loi du 06 août 2019 de transformation de la Fonction Publique et le décret n°2021-571 du 10 mai 2021 relatif aux comités sociaux territoriaux des collectivités territoriales et de leurs établissements publics substituent au CHSCT la F3SCT, en faisant de cette dernière une formation spécifique du CST.

²²⁹ Dans la lignée du décret n°82-453 du 28 mai 1982 relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail ainsi qu'à la prévention médicale dans la fonction publique.

²³⁰ Voir l'article 27 du décret n°85-603 du 10 juin 1985 relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail ainsi qu'à la médecine professionnelle et préventive dans la fonction publique territoriale.

c. Le comité consultatif départemental des sapeurs-pompiers volontaires

Le comité consultatif des sapeurs-pompiers volontaires (CCDSPV) est une instance paritaire qui émet un avis sur toutes les questions relatives aux sapeurs-pompiers volontaires (SPV), à l'exclusion de la discipline, à savoir l'engagement et le réengagement, la promotion de grade jusqu'au grade de capitaine²³¹, la promotion de grade des infirmiers de SPV, l'honorariat, le recours contre les décisions de refus de renouvellement d'engagement, le règlement intérieur du corps départemental pour toutes les dispositions applicables aux SPV, le schéma départemental d'analyse et de couverture des risques (SDACR), la reconnaissance et la validation de certaines formations, la validation de la période probatoire, la validation de l'expérience et des formations.

Ainsi, un grand nombre des avis qui sont soumis aux comités techniques aujourd'hui et au comité social territorial demain sont également soumis au CCDSPV, dont l'élection et ses modalités de fonctionnement sont fixées par plusieurs textes réglementaires²³².

d. Les conseils de discipline des sapeurs-pompiers

Il n'existe pas un seul et unique conseil de discipline pour les sapeurs-pompiers, mais plusieurs instances, en fonction de la qualité du sapeur-pompier (SPP ou SPV) et de son grade. Si le sapeur-pompier est un sapeur-pompier volontaire dont le grade est inférieur ou égal à celui de capitaine l'article R723-77 du CSI dispose que « le conseil de discipline départemental, institué auprès du service départemental d'incendie et de secours, est compétent pour donner un avis sur toutes les questions relatives à la discipline des sapeurs-pompiers volontaires du corps départemental, des corps communaux et intercommunaux d'un grade inférieur à celui de commandant ».

²³¹ Il existe une commission nationale de changement de grades pour les officiers de SPV dont le grade est supérieur ou égal à celui de commandant. Cette commission nationale est également compétente en matière disciplinaire.

²³² Décret 2015-684 du 18 juin 2015 transférant aux services départementaux d'incendie et de secours l'organisation des élections à leurs conseils d'administration et leurs instances consultatives et modifiant la partie réglementaire du code général des collectivités territoriales et arrêté du 29 mars 2016 portant organisation du comité consultatif départemental des sapeurs-pompiers volontaires.

Si le sapeur-pompier est un sapeur-pompier volontaire dont le grade est supérieur ou égal à celui de commandant, l'article R723-76 CSI dispose que « la Commission nationale de changement de grade des officiers de sapeurs-pompiers volontaires, instituée auprès du ministre chargé de la sécurité civile, est compétente pour donner un avis sur l'avancement aux grades de commandant, de lieutenant-colonel et de colonel. Elle exerce, en matière de discipline, pour l'ensemble de ces officiers, les attributions confiées au conseil de discipline prévu à l'article R723-77 » du CSI.

Si le sapeur-pompier est professionnel, l'article 1 du décret n°89-677 du 18 septembre 1989 relatif à la procédure disciplinaire applicable aux fonctionnaires territoriaux dispose que « le conseil de discipline est une formation de la commission administrative paritaire dont relève le fonctionnaire poursuivi ». En effet, « une sanction disciplinaire à l'encontre d'un fonctionnaire territorial doit faire intervenir un conseil de discipline (...) ce conseil de discipline est dit administratif dans la mesure où il se borne à formuler un avis à l'autorité disciplinaire »²³³. Il en est ainsi de même pour les sapeurs-pompiers volontaires, l'autorité territoriale n'étant pas liée par l'avis formulé par les conseils de discipline ad hoc.

e. La commission administrative et technique des services d'incendie et de secours

La commission administrative et technique des services d'incendie et de secours (CATSIS) est une instance consultative présidée par le directeur départemental des services d'incendie et de secours. Elle est consultée sur les questions d'ordre technique ou opérationnel intéressant les services d'incendie et de secours, sous réserve des dispositions de l'article L1424-31 du Code Général des Collectivités territoriales (CGCT). Si elle est un espace de dialogue entre la direction et des représentants du personnel (SPP, SPV et PATS) elle n'est pas une instance paritaire, puisqu'aucun élu membre du conseil d'administration n'y siège.

²³³ TAILLEFAIT Antony (2019), *Droit de la fonction publique*, Éditions DALLOZ, 8^{ème} édition, p. 721.

f. Les commissions administratives paritaires

Créées auprès de chaque centre de gestion (CDG) ou auprès des collectivités et établissements publics comptant plus de 350 agents, les commissions administratives paritaires (CAP) sont des organes paritaires consultatifs où s'exerce localement le droit à la participation des fonctionnaires territoriaux. Leur rôle vient récemment d'être renouvelé par la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique. Auparavant, les CAP donnaient un avis préalable sur les décisions individuelles de mutation, de mobilité, d'avancement et de promotion interne (détachement entrant, accueil en disponibilité, avancement de grade, etc.). Depuis le 1er janvier 2020, elles ne sont plus compétentes en matière de mutation et de mobilité, et, depuis le 1er janvier 2021, en matière d'avancement et de promotion.

Les CAP n'ont par conséquent aujourd'hui qu'une seule compétence, à savoir l'examen des décisions individuelles défavorables aux agents (refus de titularisation, de licenciement, de formation, de temps partiel ou de télétravail, discipline, etc.), sur lesquelles elles sont chargées d'émettre un avis qui ne lie pas l'autorité d'emploi. Ainsi la demande d'un agent, formalisée le plus souvent avec l'aide d'un représentant du personnel, peut-être dès lors considérée comme un des premiers éléments permettant de matérialiser un différend avec l'administration.

En effet, ce sont les lignes directrices de gestion (LDG) arrêtée par le conseil d'administration du SDIS qui fixent désormais les orientations générales relatives aux mutations et aux mobilités. Elles constituent une véritable doctrine de gestion en matière de promotions et doivent fixer les orientations générales et les grandes priorités en matière de promotion et de valorisation des parcours, mais aussi préciser "les critères d'appréciation comparée des mérites, expériences et acquis professionnels pris en compte pour l'inscription sur une liste d'aptitude ou sur un tableau d'avancement"²³⁴. Les lignes directrices de gestion sont établies pour une durée pluriannuelle maximum de six ans par les employeurs territoriaux, mais elles sont révisables en tant que de besoin. Leur nature, toujours imprécise mais placée sous le sceau du droit souple, amène ainsi de nombreux SDIS à questionner la

²³⁴ Décret n° 2019-1265 du 29 novembre 2019 relatif aux lignes directrices de gestion et à l'évolution des attributions des commissions administratives paritaires.

possibilité d'inclure en leur sein la gestion des sapeurs-pompiers volontaires, car à contrario de l'État où leur élaboration est particulièrement précisée par le décret de novembre 2019, « assez logiquement, l'encadrement du contenu des lignes directrices de gestion territoriales et hospitalière est moindre, dans le respect de l'autonomie des employeurs »²³⁵. Le contentieux objectif soulevé par des organisations syndicales opposées à l'inclusion des SPV dans le périmètre des LDG, au motif du fait que les sapeurs-pompiers volontaires (SPV) ne sont pas des travailleurs en droit interne, permettra peut-être de préciser ce point particulier.

II. Les organes externes au SDIS qui participent à la gestion des sapeurs-pompiers

Plusieurs organes externes au SDIS participent à la gestion des sapeurs-pompiers, qu'ils soient professionnels ou volontaires : le conseil médical (a) et le défenseur des droits (b).

a. Le conseil médical

Le décret n° 2022-350 du 11 mars 2022 relatif aux conseils médicaux dans la fonction publique territoriale, pris en application de l'ordonnance n° 2020-1447 du 25 novembre 2020 portant diverses mesures en matière de santé et de famille dans la fonction publique, vient préciser une mesure emblématique de la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique, à savoir la fusion du comité médical et de la commission de réforme au sein du conseil médical de la fonction publique territoriale. Cette évolution, effective de manière rétroactive au 1^{er} février 2022, amène cette nouvelle instance à se réunir en deux formations, plénière ou restreinte. Le conseil médical en formation plénière a compétence sur les congés liés aux risques professionnels imputables au service (accidents de service, maladies professionnelles, etc.), quand le conseil médical en formation restreinte a compétence sur les congés pour raison de santé liés aux maladies non professionnelles (congé de longue maladie, congé de grave maladie, congé de longue durée).

²³⁵ TESTARD Christophe (2021), « Les lignes directrices de gestion : une souplesse éprouvée par le droit de la fonction publique », Actualité juridique Droit administratif, n° 18, p. 1020.

Le comité médical²³⁶ était une instance consultative que l'autorité territoriale doit obligatoirement consulter avant de prendre les décisions individuelles concernant la situation administrative du sapeur-pompier professionnel, relatives à la prolongation d'un congé de maladie ordinaire (CMO) au-delà de 6 mois consécutifs, l'attribution et le renouvellement d'un congé de longue maladie (CLM) ou d'un congé de grave maladie ou d'un congé de longue durée (CLD), la réintégration après 12 mois consécutifs de CMO ou à la fin d'un CLM ou d'un congé de grave maladie ou d'un CLD, l'aménagement des conditions de travail d'un fonctionnaire après congé de maladie (ou disponibilité d'office), la mise en disponibilité d'office pour raison de santé et son renouvellement, le reclassement d'un fonctionnaire dans un autre emploi à la suite d'une modification de son état physique.

Le comité médical comprenait deux médecins généralistes et un médecin spécialiste de l'affection pour laquelle l'avis du comité était demandé. Il émettait un avis favorable ou défavorable à la décision envisagée, cet avis ne liant pas l'autorité territoriale.

La commission de réforme²³⁷ était une instance consultative que l'autorité territoriale devait obligatoirement consulter avant de prendre les décisions suivantes au sujet des sapeurs-pompiers professionnels (SPP) : détermination du lien entre une maladie ou un accident et le service (sauf si l'administration reconnaît d'emblée l'imputabilité au service) et mise en congé pour invalidité temporaire imputable au service (CITIS) ; situation du fonctionnaire à la fin de la dernière période d'un congé de longue maladie (CLM) ou d'un congé de longue durée (CLD) lorsque le comité médical a présumé le fonctionnaire définitivement inapte lors du dernier renouvellement de son congé ; reconnaissance et détermination du taux de l'invalidité temporaire ouvrant droit à l'allocation d'invalidité temporaire (AIT) ; réalité des infirmités par suite d'un accident de travail ou d'une maladie professionnelle, leur lien avec le service, le taux d'invalidité en vue de l'attribution de l'allocation temporaire d'invalidité

²³⁶ Voir les articles 5 à 19-1 du décret n°86-442 du 14 mars 1986 relatif aux médecins agréés, aux comités médicaux et commissions de réforme, aux conditions d'aptitude physique et aux congés de maladie des fonctionnaires ; mais aussi les articles 3 à 9 du décret n°87-602 du 30 juillet 1987 relatif à l'organisation des comités médicaux, aux conditions d'aptitude physique et au régime des congés de maladie des fonctionnaires territoriaux.

²³⁷ Voir pour plus de précisions l'arrêté du 4 août 2004 relatif aux commissions de réforme des agents de la fonction publique territoriale et de la fonction publique hospitalière.

(ATI) ; mise en œuvre d'une disponibilité d'office pour raison de santé et dernier renouvellement.

La commission de réforme émettait un avis favorable ou défavorable à la décision envisagée, ne liant pas l'administration et insusceptible de recours²³⁸. Elle comprenait deux médecins généralistes et un médecin spécialiste de l'affection pour laquelle l'avis de la commission était demandé, deux représentants de l'administration et deux représentants du personnel.

Le conseil médical agglomère ainsi les compétences et le fonctionnement du comité médical et de la commission de réforme, les déclinant selon qu'il se réunit en formation plénière ou restreinte.

b. Le défenseur des droits

De manière anecdotique, tout sapeur-pompier a le droit de contester de manière contentieuse une décision lui faisant grief par l'intermédiaire du défenseur des droits. Cette autorité constitutionnelle, chargée de veiller selon l'article 71-1 de la Constitution au respect des droits et des libertés est en effet une autorité administrative indépendante²³⁹. Elle dispose à ce titre d'un pouvoir d'enquête mais elle est dépourvue de pouvoir juridictionnel. Elle a été instituée par la loi organique n°2011-333 et la loi n°2011-334 du 29 mars 2011. Elle n'a été saisie par les sapeurs-pompiers que de manière anecdotique²⁴⁰.

²³⁸ CE, 26 février 1988, 3 / 5 SSR, Req. N°48718, Rec. : « Les avis émis par les commissions de réforme mentionnés à l'article L.31 du code des pensions civiles et militaires de retraite ne constituent qu'un élément de la procédure devant aboutir à une décision ministérielle ; qu'ils ne sont pas de nature à faire, par eux-mêmes, grief à ceux qu'ils concernent et ne peuvent donc faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ».

²³⁹ Le défenseur des droits relève du statut général des autorités administratives indépendantes défini par les lois organique (n° 2017-54) et ordinaire (n° 2017-55) du 20 janvier 2017.

²⁴⁰ Voir décisions du défenseur des droits n°2020-010 relative au préjudice né d'une divergence de vue entre l'administration et un agent sur la coupe de cheveux, n°2021-215 relative à un refus de mutation du SDIS X vers le SDIS Y.

Conclusion du chapitre 1

Le sapeur-pompier du vingt et unième siècle est le produit d'une histoire institutionnelle complexe. Ancien membre de la garde nationale, dont il est sorti dans le même temps où cette dernière était définitivement dissoute après les événements de la Commune, il demeure encore dans sa culture actuelle fortement imprégné par l'institution militaire. Il est toujours d'ailleurs aux yeux d'une grande partie de la population un « soldat du feu », tant son uniforme, son mode d'organisation, ses grades, ses casernes ancrent cette vision populaire. Il est également pluriel : respectueux de la hiérarchie scalaire, il aspire aussi désormais à faire valoir ses droits.

Cette sortie du giron militaire, qui n'est pas encore achevée aujourd'hui au point de vue de la « culture métier », s'est en effet accompagnée d'une entrée de plus en plus affirmée dans la fonction publique territoriale. Le prochain chapitre, qui s'intéresse au statut et à la situation individuelle du sapeur-pompier, va permettre néanmoins de décrire le haut degré d'achèvement de ce processus juridique d'intégration dans le droit commun de la fonction publique, tout en mettant en relief ses spécificités.

Chapitre 2 : La situation individuelle des sapeurs-pompiers

La situation individuelle des sapeurs-pompiers s'inscrit dans le droit de la fonction publique, mais elle demeure particulière à bien des égards. En effet, si les sapeurs-pompiers professionnels sont des fonctionnaires publics territoriaux, leurs officiers, cadres de catégorie A et B, ont un lien organique fort avec l'État (section 1). De plus, le sapeur-pompier volontaire est un agent public au statut sui generis, remis en question par la législation et la jurisprudence européenne (section 2).

Section 1 : Les sapeurs-pompiers professionnels, fonctionnaires territoriaux pour le moins atypiques

Les sapeurs-pompiers professionnels sont des fonctionnaires publics territoriaux, dont le recrutement et le déroulement de carrière obéissent au statut général de la fonction publique territoriale (§1). Le caractère dangereux du métier et des missions exercées par les sapeurs-pompiers, reconnu par l'article L.723-1 du code de la sécurité intérieure (CSI), procure néanmoins à ces derniers un statut social avantageux, source d'un contentieux important (§2).

§1. L'application du statut général de la fonction publique territoriale

Le statut général de la fonction publique territoriale, désormais codifié dans le nouveau code général de la fonction publique depuis le 1^{er} mars 2022, est défini par la loi 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. Son champ d'application « est largement conçu » dans la mesure où l'article 2 de cette loi dispose qu'elle s'applique aux « aux personnes qui, régies par le titre Ier du statut général des fonctionnaires de l'État et des collectivités territoriales, ont été nommées dans un emploi permanent et titularisées dans un grade de la hiérarchie administrative des communes, des départements, des régions ou des établissements publics en relevant »²⁴¹. Ce

²⁴¹ MELLERAY Fabrice (2017), *Droit de la fonction publique*, Éditions ECONOMICA, p. 192.

statut général de la fonction publique territoriale, qui constitue le titre III du statut général des fonctionnaires est ainsi de facto « lié » au statut de la fonction publique d'État (titre II du statut général des fonctionnaires de l'État et des collectivités territoriales), défini par la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État.

Il en diffère néanmoins, puisqu'à la notion de corps²⁴² est substituée la notion de cadre d'emploi par la loi du 13 juillet 1987 modifiant les dispositions relatives à la fonction publique territoriale, dite loi Galland. L'utilisation « d'une terminologie originale en matière de fonction publique territoriale repose avant tout sur une volonté de souligner la spécificité du mode de gestion des fonctionnaires territoriaux »²⁴³. En effet, si ces statuts particuliers ont un caractère national²⁴⁴ les fonctionnaires territoriaux « n'en sont pas moins gérés par la collectivité ou l'établissement dont ils relèvent »²⁴⁵.

La fonction publique territoriale a néanmoins identifié huit filières d'emplois d'une même famille afin de répondre aux besoins des collectivités en matière de gestion des ressources humaines. Chaque filière²⁴⁶ comprend en effet des cadres d'emplois présentant des caractéristiques professionnelles communes, les sapeurs-pompiers disposant de leur propre filière.

Chaque cadre d'emploi comporte enfin des grades dont l'accession relève d'une décision de l'autorité territoriale d'emploi, chaque grade relevant d'une des trois catégories²⁴⁷. L'admission dans les sept cadres d'emploi de sapeurs-pompiers professionnels ne déroge donc pas au statut général de la fonction publique territoriale, même si certaines spécificités ont été aménagées pour favoriser la mixité dans les rangs (A). Le déroulement de

²⁴² L'article 29 de la loi n°84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État dispose que les fonctionnaires appartiennent à des « corps regroupant les fonctionnaires soumis au même statut particulier » et « ayant vocation aux mêmes grades ».

²⁴³ MELLERAY Fabrice (2017), *Droit de la fonction publique*, Éditions ECONOMICA, p. 213.

²⁴⁴ Voir l'article 4 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale.

²⁴⁵ MELLERAY Fabrice (2017), *Droit de la fonction publique*, Éditions ECONOMICA, p. 213.

²⁴⁶ Les filières de la fonction publique territoriale sont la filière administrative, la filière culturelle, la filière animation, la filière médico-sociale, la filière sportive, la filière police municipale, la filière technique, la filière des sapeurs-pompiers.

²⁴⁷ Voir l'article 13 de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires : « Les corps et cadres d'emplois de fonctionnaires sont répartis en trois catégories désignées, dans l'ordre hiérarchique décroissant, par les lettres A, B et C ».

carrière du sapeur-pompier professionnel, en tout point homothétique en droit à celle du fonctionnaire public territorial, se caractérise néanmoins par une forte mobilité intra ou interdépartementale, mais aussi par l'importance des droits et des devoirs attachés à l'emploi (B).

A. Le recrutement se caractérise par l'aménagement d'une discrimination de genre

Les sept cadres d'emploi des sapeurs-pompiers professionnels obéissent à des processus d'admission similaires (I), des discriminations de genre étant aménagées afin de favoriser la mixité, particulièrement utiles sur un grand nombre d'interventions comme celles de secours à la personne (II).

I. Les sept cadres d'emploi des sapeurs-pompiers professionnels

Les sapeurs-pompiers professionnels relèvent de la filière incendie et secours. Elle comporte sept cadres d'emploi, dont la cohérence d'ensemble est assurée par le décret n°90-850 du 25 septembre 1990 portant dispositions communes à l'ensemble des sapeurs-pompiers professionnels. Ces sept cadres d'emploi s'insèrent dans une taxonomie militaire caractérisée par trois strates, qui a toujours un sens chez les sapeurs-pompiers : les hommes du rang (a), les sous-officiers qui représentent la majorité des sapeurs-pompiers professionnels (b) et enfin les officiers (c).

a. Les hommes du rang

Le premier cadre d'emploi, de catégorie C, est celui des sapeurs et caporaux de sapeurs-pompiers professionnels. Il constitue la strate des « hommes du rang », qui est en volume la moins importante des trois strates. Il est fixé par le décret n° 2012-520 du 20 avril 2012 portant statut particulier du cadre d'emplois des sapeurs et caporaux de sapeurs-pompiers professionnels.

Les sapeurs sont recrutés sans concours, dans les effectifs de sapeurs-pompiers volontaires ou des unités militaires appartenant au champ de la sécurité civile (Brigade de sapeurs-pompiers de Paris, Bataillon de marins-pompiers de Marseille, Unités d'intervention et d'instruction de la sécurité civile). Les caporaux, en revanche, sont embauchés après inscription sur une liste d'aptitude établie après concours externe. Ils sont soumis aux dispositions de leur statut particulier et à celles du décret n°2016-596 du 12 mai 2016, relatif à l'organisation des carrières des fonctionnaires de la catégorie C de la fonction publique territoriale.

Les fonctions que peuvent occuper ces sapeurs-pompiers professionnels dits « hommes du rang »²⁴⁸ sont celles d'équipier, de chef d'équipe²⁴⁹ ou des tâches de gestion administrative et technique inhérentes à l'accomplissement de leurs missions opérationnelles.

b. Les sous-officiers

Le second cadre d'emploi, de catégorie C, est celui des sous-officiers de sapeurs-pompiers professionnels, qui sont les sergents et les adjudants : il constitue à lui seul la strate des « sous-officiers ». Ils sont les premiers maillons du management et du commandement des équipes.

Ce cadre d'emploi est fixé par le décret n° 2012-521 du 20 avril 2012 portant statut particulier du cadre d'emplois des sous-officiers de sapeurs-pompiers professionnels. Les emplois opérationnels des sergents et des adjudants diffèrent selon leur grade, Les sergents sont chef d'agrès²⁵⁰ des engins²⁵¹ comportant une équipe. Les adjudants sont chef d'agrès

²⁴⁸ Au sein de l'armée de terre les militaires du rang sont les soldats qui ne sont ni officiers, ni sous-officiers. Par un certain parallélisme des formes les hommes du rang sont chez les sapeurs-pompiers ceux qui ne sont ni officiers, ni sous-officiers.

²⁴⁹ Une équipe chez les sapeurs-pompiers est un binôme composé d'un chef d'équipe et d'un équipier. Une ambulance (véhicule de secours et d'assistance aux victimes -VSAV) est composée d'un chef d'agrès (responsable du véhicule du grade de sergent) et d'une équipe. Un fourgon incendie (fourgon pompe tonne – FPT) est quant à lui composé d'un chef d'agrès (du grade d'adjudant), d'un conducteur et de deux équipes (il est donc composé de 6 sapeurs-pompiers).

²⁵⁰ Un agrès dans le jargon propre au métier de sapeur-pompier désigne un véhicule, qui peut également être qualifié « d'engin ». Ainsi le chef d'agrès est l'agent responsable de l'équipe embarquée dans l'engin.

²⁵¹ Le plus commun et connu de ces engins est l'ambulance ou véhicule de secours et d'assistance aux victimes (VSAV).

« tout engin », c'est-à-dire des engins comportant une, deux, voire trois équipes. Ils peuvent par ailleurs occuper l'emploi fonctionnel de « sous-officier de garde »²⁵².

L'accession au grade de sergent s'effectue grâce à un concours interne, quand celle au grade d'adjudant se fait par inscription sur un tableau d'avancement.

c. Les officiers

La strate des sous-officiers est celle qui est la plus sédimentée, puisqu'elle comporte les cinq autres cadres d'emploi de sapeurs-pompiers professionnels.

Le troisième cadre d'emploi, de catégorie B, est celui fixé par le décret n° 2012-522 du 20 avril 2012 portant statut particulier des lieutenants de sapeurs-pompiers professionnels. Ce cadre d'emploi comprend trois grades et permet d'occuper des fonctions administratives et opérationnelles. Les fonctions administratives sont diverses. Les lieutenants de deuxième classe occupent majoritairement des fonctions d'officier de garde dans les centres de secours où la garde journalière est composée au moins de dix sapeurs-pompiers. Ils peuvent également occuper des emplois de chef de centre de secours, le plus souvent dans des unités de petite taille, mais aussi des emplois administratifs dans des services. Les lieutenants de première classe sont soit officier d'encadrement dans les centres de secours, soit chef de centre de secours, soit chef de service ou d'officier expert dans un service. Les lieutenants hors classe occupent des postes nécessitant une expérience professionnelle plus importante que celle nécessaire pour occuper un emploi de lieutenant première classe. Les lieutenants de sapeurs-pompiers professionnels occupent les fonctions opérationnelles de chef de groupe²⁵³, ou de responsable du centre de traitement de l'alerte (CTA)²⁵⁴ ou du centre opérationnel de direction d'incendie et de secours (CODIS)²⁵⁵.

²⁵² Le terme de « garde » émaille de part en part le jargon très spécifique des sapeurs-pompiers. « Être de garde » signifie pour un sapeur-pompier être posté dans son centre de secours pendant 12H ou 24H d'affilée. Une « garde » désigne quant à elle le collectif de sapeurs-pompiers qui va assurer la réponse opérationnelle du centre de secours.

²⁵³ Un groupe est un ensemble composé d'au moins 4 engins (véhicules).

²⁵⁴ Le centre de traitement des appels (CTA) est la « salle 18 », chargée de traiter les appels reçus du 18 et parfois, en fonction des départements, du numéro d'appel des urgences européen, le 112.

²⁵⁵ Le centre opérationnel départemental d'incendie et de secours (CODIS) est la salle qui permet de coordonner l'action des sapeurs-pompiers engagés sur le terrain.

Le quatrième cadre d'emploi, de catégorie A, est celui des capitaines, commandants et lieutenants-colonels de sapeurs-pompiers professionnels²⁵⁶. Ces officiers de sapeurs-pompiers professionnels ont des fonctions d'encadrement et de direction dans les services départementaux d'incendie et de secours, tant au niveau administratif qu'opérationnel. Ils peuvent assurer des missions d'expertise, des études ou des fonctions à responsabilités particulières dans leur domaine de compétence. Ils sont également appelés à diriger des centres d'incendie et de secours ou des services administratifs, mais aussi à être expert dans un domaine très particulier, comme la police des établissements recevant du public (officier préventionniste), la police des installations classées pour l'environnement (officier prévisionniste), etc. Les commandants et les lieutenants-colonels peuvent au niveau administratif être chef de groupement, un groupement étant une entité administrative rassemblant plusieurs services ou plusieurs centres d'incendie et de secours²⁵⁷. Les capitaines peuvent exercer les fonctions opérationnelles de chef de colonne²⁵⁸, les commandants et les lieutenants-colonels celles chef de site²⁵⁹.

Le cinquième cadre d'emploi, de catégorie A, est celui d'infirmier de sapeurs-pompiers professionnels. Il interagit avec le sixième cadre d'emploi, de catégorie A, qui est celui des médecins et pharmaciens de sapeurs-pompiers professionnels²⁶⁰. Les infirmiers de sapeurs-pompiers professionnels constituent un cadre d'emplois d'officiers de sapeurs-pompiers professionnels de catégorie A. Ils exercent leurs fonctions dans les services départementaux d'incendie et de secours au sein du service de santé et de secours médical²⁶¹, qui est placé sous la direction du médecin-chef du SDIS. Ce service particulier du SDIS est plus particulièrement chargé de la médecine d'aptitude des sapeurs-pompiers²⁶², ses membres

²⁵⁶ Décret n° 2016-2008 du 30 décembre 2016 portant statut particulier du cadre d'emplois des capitaines, commandants et lieutenants-colonels de sapeurs-pompiers professionnels.

²⁵⁷ Les capitaines ont également la possibilité d'occuper, à titre exceptionnel, ce type de poste.

²⁵⁸ Une colonne rassemble au moins deux groupes, soit au moins au 8 véhicules.

²⁵⁹ Un site est la dénomination d'une opération de secours de grande ampleur rassemblant plus d'une colonne, soit au moins 16 véhicules.

²⁶⁰ Voir décret n° 2016-1176 du 30 août 2016 portant statut particulier du cadre d'emplois des infirmiers de sapeurs-pompiers professionnels et le décret n° 2016-1236 du 20 septembre 2016 portant statut particulier du cadre d'emplois des médecins et des pharmaciens de sapeurs-pompiers professionnels.

²⁶¹ Code général des collectivités territoriales (CGCT), Art. L.1424-1.

²⁶² Voir notamment 14^{ème} législature, réponse à la question n°101768, qui rappelle que « sans être réellement médecin du travail, le médecin sapeur-pompier en charge des missions de la médecine d'aptitude exerce, pour les sapeurs-pompiers professionnels comme les volontaires, les fonctions de médecin du travail ».

participant sur le département à l'aide médicale d'urgence²⁶³ placée sous la responsabilité du Service d'aide médicale d'urgence (SAMU).

Le septième et dernier cadre d'emploi est celui de conception et de direction des sapeurs-pompiers professionnels²⁶⁴. Les officiers de sapeurs-pompiers professionnels qui relèvent de ce cadre d'emploi (colonels, colonels hors classe et contrôleurs généraux) assurent la direction des services départementaux d'incendie et de secours (SDIS). Ce cadre d'emploi relève de la catégorie dite des hauts fonctionnaires (A+), qui n'existe pas au sens du statut général des fonctionnaires de l'État puisqu'elle n'est pas prévue à l'article 29 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 qui définit les catégories hiérarchiques A, B et C. Cependant l'expression « catégorie A+ » est fréquemment utilisée par les gestionnaires pour distinguer, au sein de la catégorie A, les corps et cadres d'emploi ayant vocation à occuper des emplois de direction. Ce cadre d'emploi bénéficie d'équivalence spécifique pour effectuer des mobilités (détachement ou mise à disposition) au sein de l'ensemble de la fonction publique, grâce aux dispositions combinées de textes réglementaires²⁶⁵, notamment le décret n°87-1101 du 30 décembre 1987 portant dispositions statutaires particulières à certains emplois administratifs de direction des collectivités territoriales et des établissements publics locaux assimilés²⁶⁶.

Ainsi, une variété d'examens professionnels, concours internes et externes permettent d'intégrer les différents cadres d'emploi de sapeurs-pompiers professionnels, les concours externes voyant, au motif du développement de la mixité dans les rangs, l'aménagement d'une discrimination de genre.

²⁶³ Pour plus de précisions sur les missions précises du service de santé et de secours médical du SDIS, voir CGCT, article R.1424-24.

²⁶⁴ Décret n° 2016-2002 du 30 décembre 2016 portant statut particulier du cadre d'emplois de conception et de direction des sapeurs-pompiers professionnels.

²⁶⁵ Dont le décret n°91-875 du 6 septembre 1991 pris pour l'application du premier alinéa de l'article 88 de la loi du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale.

²⁶⁶ On pourra aussi utilement se reporter au décret n°90-128 du 9 février 1990 portant dispositions statutaires particulières aux emplois de directeur général et directeur des services techniques des communes et de directeur général des services techniques des établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre.

II. L'admission dans les cadres d'emploi fait parfois l'objet d'une discrimination de genre

L'admission dans ces cadres d'emploi se fait par le biais de concours externe et interne, d'examen professionnel ou bien au choix. Les cinq conditions minimales et générales²⁶⁷ d'admissibilité à la qualité de fonctionnaire, énoncées à l'article 5 de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, vérifiées par l'administration, sont adaptées aux sapeurs-pompiers professionnels. Ils doivent tout d'abord être en possession de la nationalité française, cette règle pouvant cependant être atténuée pour le recrutement d'agents non-titulaires²⁶⁸.

Ils doivent ensuite jouir de leurs droits civiques et ne pas avoir d'antécédents pénaux. L'interdiction des droits civiques prononcée par le juge pénal, partielle ou totale, pour une durée ne pouvant excéder 5 ou 10 ans²⁶⁹, implique ainsi la perte momentanée ou définitive de la qualité de fonctionnaire²⁷⁰ et la possibilité de bénéficier d'une allocation chômage²⁷¹. L'absence d'antécédents pénaux s'apprécie quant à elle sur la base des mentions posées sur le bulletin N°2 et de leur compatibilité avec l'exercice des fonctions. La régularité de la position au regard du Code du service national qui, depuis la fin de la conscription, s'apprécie au regard de la participation effective à l'appel de préparation à la défense, constitue également un critère.

L'aptitude physique est enfin un critère majeur pour l'accession au métier de sapeur-pompier professionnel. Elle est en effet évaluée en fonction du cadre et des conditions d'emploi. L'appréciation portée par l'administration est ainsi soumise au contrôle normal de la part du juge administratif, qui, bien que plutôt rare, a néanmoins donné lieu à une jurisprudence assez variée à ce sujet²⁷². Cette dernière a néanmoins précisé que « si l'appréciation de l'aptitude physique à exercer les fonctions peut prendre en compte les conséquences sur cette aptitude de l'évolution prévisible d'une affection, elle doit aussi tenir compte de l'existence de traitements »²⁷³. En ce qui concerne les sapeurs-pompiers l'aptitude

²⁶⁷ Voir article 5 de la loi du 13 juillet 1983.

²⁶⁸ CE, Avis, Assemblée générale, 17 mai 1973, *GACE*, Req. N°310715.

²⁶⁹ Code pénal, Art. 131-26.

²⁷⁰ Code général de la fonction publique (CGFP), Art. L321-1 et L550-1.

²⁷¹ CE 21 juin 2006, *Commune de la Faute-sur-Mer*, Req. N°269880, Rec.

²⁷² MELLERAY Fabrice (2017), *Droit de la fonction publique*, Éditions ECONOMICA, p. 268.

²⁷³ CE, 6 juin 2008, *Union syndicale des syndicats pénitentiaires CGT*, Req. N°299943.

physique est réglementée par l'arrêté du 17 janvier 2013 modifiant l'arrêté du 6 mai 2000 fixant les conditions d'aptitude médicale des sapeurs-pompiers professionnels et volontaires et les conditions d'exercice de la médecine professionnelle et préventive au sein des services départementaux d'incendie et de secours. Ce règlement permet aux médecins sapeurs-pompiers, chargés de l'évaluation de l'aptitude médicale, de déterminer le profil médical individuel de chaque sapeur-pompier²⁷⁴.

L'administration disposant d'un pouvoir d'agrément des candidatures étendu, le juge administratif effectuera dès lors un contrôle restreint sur les décisions de l'administration²⁷⁵. Elle dispose ainsi de la capacité à apprécier les garanties que présentent les candidats pour l'exercice ultérieur des fonctions²⁷⁶ auxquels ils postulent, le juge administratif exerçant néanmoins un contrôle normal sur le refus d'agrément à un concours, en examinant la matérialité des faits justifiant légalement le refus²⁷⁷.

L'égalité de traitement permet enfin aux SDIS, dont le taux de féminisation est faible, d'aménager des critères d'examen de la condition physique différenciés entre les hommes et les femmes. Ce principe de discrimination, qui ne figure pas dans le statut général des fonctionnaires, tient une place particulière dans la gestion des sapeurs-pompiers professionnels d'un établissement public comme le SDIS²⁷⁸, où l'égalité de traitement reste néanmoins le principe cardinal en matière de gestion de la fonction publique. Cette égalité signifie « que les fonctionnaires appartenant au même corps et titularisés dans le même grade doivent être en principe dans une situation juridique identique » afin « d'éviter les discriminations infondées »²⁷⁹. Elle ne doit pas cependant être confondue avec la volonté d'égaliser les conditions ou de faire disparaître les différences liées aux mérites ou aux emplois occupés (sur lesquels se fonde le régime indemnitaire par exemple).

²⁷⁴ Sur la base d'une instruction rédigée par la direction centrale du service de santé des armées relative à la détermination de l'aptitude médicale à servir en s'aidant de la cotation des sigles S, I, G, Y, C, O et P.

²⁷⁵ CE, 18 février 1998, *Fédération syndicaliste FO de la police*, Req. N°170828, Rec.

²⁷⁶ CE, Assemblée, 28 mai 1954, *Barel*, Rec.

²⁷⁷ CE, Sect., 10 juin 1983, *Raoult*, Req. N°34832, Rec.

²⁷⁸ Selon Marcel Pochard, Conseiller d'État, « si l'on veut (...) comprendre le système de fonction publique, il faut savoir que le maître mot qui caractérise son fonctionnement comme la mentalité des agents et de leurs représentants est celui d'égalité de traitement », cité dans MELLERAY Fabrice (2017), *Droit de la fonction publique*, Éditions ECONOMICA, p.221.

²⁷⁹ MELLERAY Fabrice (2017), *Droit de la fonction publique*, Éditions ECONOMICA, p.222.

L'égalité de traitement a été tout d'abord dégagée par le Conseil d'État²⁸⁰ sous la forme d'un principe général du droit, puis par le Conseil constitutionnel qui lui a reconnu une valeur constitutionnelle²⁸¹, la « déduisant de l'article 6 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC) dont on sait qu'il pose notamment le principe d'égalité des citoyens devant la loi et celui d'égale admissibilité des citoyens aux emplois publics »²⁸². Les exceptions à ces deux principes ont ainsi été strictement encadrées, leur justification ne pouvant reposer que sur l'existence de « circonstances exceptionnelles », par essence restrictives, ou bien la nécessité d'instaurer des discriminations entre agents d'un même corps ou d'un même cadre d'emploi. La décision CE, Ass., 28 juin 2002, *Chaumet*, Req. N°223212 affirme ainsi que « sous réserve des cas où des circonstances exceptionnelles peuvent justifier que de telles règles soient édictées dans l'intérêt du service, le principe d'égalité entre les fonctionnaires appartenant à un même corps fait obstacle à ce que le statut particulier de ce corps fixe des règles établissant une différence de traitement entre ces fonctionnaires ». La différenciation des barèmes d'évaluation de la condition physique des sapeurs-pompiers professionnels selon le genre est ainsi placée sous le sceau de ce considérant de principe, l'interdiction des discriminations illicites demeurant la règle : discrimination à raison du genre, à raison des opinions politiques²⁸³, à raison de la religion²⁸⁴, à raison des origines²⁸⁵.

Si une tendance à l'égalitarisme absolu s'exprime parfois chez les sapeurs-pompiers le Conseil constitutionnel, à contrario de la Cour de justice de l'Union européenne²⁸⁶ qui interdit de traiter d'une manière différente des situations comparables, va néanmoins admettre dans un célèbre considérant de principe régulièrement rappelé que « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce

²⁸⁰ CE, Ass., 6 mars 1959, *Syndicat général CGT de l'administration centrale du ministère des finances* ; CE, Ass., 13 mai 1960, *Molina et Guidoux*, Req. N°44344.

²⁸¹ Cons. Const., n°76-67 DC, 15 juillet 1976, *Loi modifiant l'ordonnance n°59-244 relative au statut général des fonctionnaires*.

²⁸² MELLERAY Fabrice (2017), *Droit de la fonction publique*, Éditions ECONOMICA, p.223.

²⁸³ CE, Ass., 28 mai 1954, *Sieur Barel et autres*, GAJA N°66.

²⁸⁴ DORD Olivier (2021), *Droit de la fonction publique*, PUF, Collection Thémis, 4^{ème} édition, p. 133.

²⁸⁵ L'article 1 de la Constitution proclame l'égalité des citoyens devant la loi sans distinction d'origine ou de race. Voir également, Cons. Const., décision N°91-290 DC, 9 mai 1991, *Statut de la Corse* qui consacre l'unicité du peuple français.

²⁸⁶ CJCE, 13 juillet 1962, *Klöckner-Werke AG e.a. / Haute Autorité*, 17/61 et 20/61, Rec._p._00615 ; CJCE, 27 octobre 1971, *Rheinmühlen Düsseldorf / Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, 6-71, Rec._p._00823.

qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit »²⁸⁷.

Ainsi, comme le note Emmanuel Aubin²⁸⁸, la « montée en puissance normative des notions de discrimination et de harcèlement a eu pour effet de renforcer la protection des fonctionnaires et agents publics contre des agissements qui portent atteinte au déroulement de leur carrière dans des conditions conformes à leurs droits statutaires (...) Parmi les entrées contentieuses en matière de harcèlement, la demande de protection fonctionnelle figure en bonne place. (...) Lorsqu'un fonctionnaire fait l'objet d'un harcèlement moral lié notamment au mode de gestion des personnels au sein du service public dans lequel il exerce sa fonction, il peut, en effet, former une demande statutaire de protection fonctionnelle générant un contentieux devant le juge administratif ». Par conséquent, si la discrimination peut être une difficulté dans le recrutement des sapeurs-pompiers professionnels, elle peut aussi l'être, comme nous le verrons ultérieurement, tout au long de leur carrière. Elle peut en effet générer un sentiment de lésion, d'inégalité ou d'injustice de la part de certains agents, parfois à la source d'un différend avec l'administration.

B. La carrière des sapeurs-pompiers professionnels

Le déroulement de la carrière des sapeurs-pompiers professionnels est ponctué par des positions statutaires, des avancements et des mobilités (I). Ce parcours s'achève par la procédure de cessation définitive des fonctions (II). Ces événements sont sources de contentieux, notamment ceux attachés ou consécutifs à des problématiques de santé.

I. Le déroulement de la carrière

S'il « n'existe aucun droit acquis du lauréat d'un concours à être nommé dans un emploi (...) la nomination constitue néanmoins le prolongement logique et habituel de la

²⁸⁷ Cons. Const., n° 84-184 DC, 29 décembre 1984, *Loi de finances pour 1985* ; Cons. Const. n° 93-320 DC, 21 juin 1993, *Loi de finances rectificative pour 1993* ; Cons. Const., n° 98-399 DC, 5 mai 1998, *Loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile*.

²⁸⁸ AUBIN Emmanuel (2017), *Fonction publique : contentieux du déroulement de carrière*, éditions DALLOZ, p.91.

procédure de recrutement »²⁸⁹ et se concrétise par une affectation administrative, décidée par l'autorité d'emploi. L'agent concerné acquiert dès lors le statut de stagiaire, la décision de nomination à un emploi ne pouvant pas être retirée après quatre mois, même si elle est illégale²⁹⁰. La titularisation est l'acte unilatéral par lequel l'autorité de nomination confère ensuite de façon définitive au stagiaire un grade en le classant dans la hiérarchie de son cadre d'emplois. Le déroulement de la carrière des fonctionnaires va dès lors se structurer autour de quatre « moments » qui sont autant de jalons temporels dans la vie professionnelle des agents publics : le recrutement en tant que fonctionnaire, les positions statutaires occupées (a), l'avancement dans le cadre d'emplois, les changements au cours de la carrière.

a. Les positions statutaires occupées sont au nombre de quatre

La position d'activité recouvre en premier lieu un grand nombre de situations, l'activité étant « la position du fonctionnaire qui, titulaire d'un grade, exerce effectivement les fonctions de l'un des emplois correspondants à ce grade »²⁹¹. Elle comprend aussi la situation des fonctionnaires n'exerçant pas leurs fonctions car mis à disposition, en congé statutaire (congrés annuels, congés maladies, congé parental²⁹² ou autres), en décharge partielle ou totale de service, enfin en suspension ou en détention provisoire²⁹³. Les sapeurs-pompiers professionnels appartenant à la catégorie active, le décret n°2003-1306 du 26 décembre 2003 relatif au régime de retraite des fonctionnaires affiliés à la Caisse nationale de retraites des agents des collectivités locales stipule que « les indices servant pour la liquidation des pensions de retraite des sapeurs-pompiers et de leurs ayants cause qui ont exercé pendant au moins dix-sept ans en qualité de sapeurs-pompiers professionnels sont majorés »²⁹⁴ à proportion de la durée des services accomplis en position statutaire d'activité²⁹⁵.

²⁸⁹ DORD Olivier (2021), *Droit de la fonction publique*, PUF, Collection Thémis, 4^{ème} édition, p.146.

²⁹⁰ CE, 3^{ème} et 8^{ème} sous-sections réunies, 7 août 2008, *Me Le Cointe*, Req. N°287581.

²⁹¹ DORD Olivier (2021), *Droit de la fonction publique*, PUF, Collection Thémis, 4^{ème} édition, p.150.

²⁹² Depuis la loi n°2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires.

²⁹³ CE, Sect., 13 novembre 1981, *commune de Houilles*, Req. N°27805, Rec.

²⁹⁴ Décret n°2003-1306 du 26 décembre 2003 relatif au régime de retraite des fonctionnaires affiliés à la Caisse nationale de retraites des agents des collectivités locales, article 18.

²⁹⁵ TA Amiens, 2 juin 2020, Req. N°1900731.

Les officiers de sapeurs-pompiers professionnels travaillant dans les services centraux ou déconcentrés du ministère de l'intérieur sont ainsi mis à disposition de ce dernier par leur SDIS d'appartenance. Cette position leur permet de ne pas quitter la catégorie active permettant un départ anticipé à la retraite²⁹⁶.

Le détachement est quant à lui « la position du fonctionnaire titulaire placé hors de son corps ou de son cadre d'emplois d'origine mais continuant à bénéficier dans ce corps ou ce cadre de ses droits à l'avancement et à la retraite »²⁹⁷, il est automatique pour occuper des fonctions de membre d'un gouvernement ou exercer un mandat parlementaire ou local. Le détachement est moins utilisé par les sapeurs-pompiers, qui perdent dans cette position le bénéfice de la catégorie active²⁹⁸, sauf pour ceux qui occupent des emplois supérieurs de direction (directeurs et directeurs adjoints de SDIS)²⁹⁹. Ces officiers, qui exercent toujours des fonctions dans le cadre des missions de défense et de sécurité civile, sont en effet détachés sur un emploi fonctionnel.

La disponibilité désigne en second lieu « la position du fonctionnaire qui, placé hors de son administration ou service d'origine, cesse de bénéficier dans cette position de ses droits à rémunération, à l'avancement et à la retraite dans son corps ou son cadre d'emplois »³⁰⁰. Elle peut résulter d'une demande du fonctionnaire (et être accordée de droit ou sous réserve des nécessités de service). Le fonctionnaire doit alors indiquer à son administration trois mois au moins avant la fin de la disponibilité s'il souhaite être réintégré, cette réintégration étant de droit dans un emploi de sa qualification³⁰¹. Elle peut aussi être prononcée d'office, dans principalement deux cas.

²⁹⁶ Voir 13^{ème} législature, réponse à la question n°87184 « Sur la question de la dangerosité, l'article 67 de la loi n° 2004-811 du 13 août 2004 de modernisation de la sécurité civile reconnaît le caractère dangereux du métier et des missions des sapeurs-pompiers. Concernant la pénibilité, la profession de sapeur-pompier est classée en catégorie active, ce qui permet un départ anticipé en retraite ».

²⁹⁷ DORD Olivier (2021), *Droit de la fonction publique*, PUF, Collection Thémis, 4^{ème} édition, p.154.

²⁹⁸ Néanmoins il est utilisé notamment par les emplois supérieurs de direction pour occuper des fonctions de sous-préfet et d'administrateur civil.

²⁹⁹ Loi n° 90-1067 du 28 novembre 1990 relative à la fonction publique territoriale et portant modification de certains articles du code des communes, article 17 ; Arrêté du 2 février 2017 pris en application de l'article 2 du décret n° 2016-2002 du 30 décembre 2016 fixant les équivalences aux emplois de direction des services départementaux d'incendie et de secours, article 1.

³⁰⁰ DORD Olivier (2021), *Droit de la fonction publique*, PUF, Collection Thémis, 4^{ème} édition, p.157.

³⁰¹ CE, Ass., 11 juillet 1975, *ministère de l'Éducation nationale c/ Dame Saïd*, Req. N°95293, Rec.

Le premier cas est celui de la raison médicale, quand l'agent est « temporairement inapte à reprendre ses fonctions à l'expiration d'un congé de longue maladie ou de longue durée et qu'il ne peut être reclassé. Sa durée est d'un an maximum, renouvelable deux fois. A la fin de cette période, l'agent apte à l'exercice des fonctions est réintégré. En cas d'incapacité définitive, il est admis à la retraite pour invalidité, ou licencié s'il n'a pas de droit à pension »³⁰². Ce cas est particulièrement générateur de contentieux des situations réglementaires individuelles chez les sapeurs-pompiers professionnels, notamment dans le cadre de maladies professionnelles ou rattachées à l'exercice de la profession de sapeur-pompier.

Le second cas est celui où le fonctionnaire, dans l'attente de sa réintégration, « demande sa réintégration anticipée à l'issue du détachement et qu'il n'existe pas d'emploi vacant dans l'administration d'origine »³⁰³. L'agent passe alors de la disponibilité pour convenance personnelle à la disponibilité d'office. Le fonctionnaire placé en disponibilité autre qu'en disponibilité d'office pour raisons de santé, n'exerçant pas pendant cette période une activité relevant à titre obligatoire d'un régime de sécurité sociale, bénéficie alors d'une couverture sociale au titre du maintien des droits pendant un délai de douze mois. Ce type de cas s'observe dans les SDIS depuis 2015 environ, les sapeurs-pompiers professionnels comme les fonctionnaires en général pratiquant une certaine forme de nomadisme professionnel. L'agent placé en disponibilité pour convenance personnelle qui saisit l'administration d'une demande de réintégration se voit en effet proposer le premier poste au sein du SDIS correspondant à son grade. Il a cependant toute latitude de le refuser, l'administration étant alors tenue de lui proposer deux autres postes, mais aussi de lui verser l'allocation de retour à l'emploi³⁰⁴. Il perd néanmoins son droit prioritaire à réintégration. Cette allocation est versée à l'agent par le SDIS, le calcul de la durée de service de cette allocation étant identique à celui d'une personne momentanément privée d'emploi. Si l'agent refuse les trois postes correspondant à son grade il est alors licencié ou mis à la retraite.

³⁰² DORD Olivier (2021), *Droit de la fonction publique*, PUF, Collection Thémis, 4^{ème} édition, p.157.

³⁰³ Ibid., p.158.

³⁰⁴ Voir le décret 2019-797 du 26 juillet 2019 relatif au régime d'assurance chômage. L'allocation de retour à l'emploi (ARE) est versée à l'agent par le SDIS, le calcul de la durée de service de cette allocation étant identique à celui d'une personne momentanément privée d'emploi.

b. L'avancement dans le cadre d'emplois va venir « régler » la progression de la carrière des fonctionnaires

Cet avancement est fonction de deux critères.

Le premier critère est la procédure d'évaluation des fonctionnaires de la fonction publique territoriale, arrêtée par le décret n°2014-1526 du 16 décembre 2014 substituant à la notation individuelle l'entretien professionnel. L'application progressive de la loi de transformation de la fonction publique (TFP), qui est venue revoir en profondeur le rôle des commissions administratives paritaires (CAP), désormais uniquement compétentes pour connaître des litiges en matière de notation annuelle, va venir ainsi renforcer le caractère de plus en plus discriminant de cette évaluation dans le cadre des nominations au choix.

Le second critère est l'ensemble des procédures d'avancement elles-mêmes³⁰⁵, qui peuvent être des avancements d'échelon ou des avancements de grade. Si les premiers se font de manière automatique, dans le cadre de durée passée dans l'échelon unique (depuis la loi de finances initiale 2016) où la manière de servir de l'agent n'entre pas en compte, les seconds sont de trois types. Les « promouvables » peuvent être en effet être retenus soit au choix par inscription à un tableau annuel d'avancement (procédure dite de « nomination au choix »), soit par voie d'un examen professionnel puis inscription à un tableau annuel d'avancement, soit par voie de concours.

Les lignes directrices de gestion (LDG) cadrent désormais précisément ces avancements au sein des SDIS, qui relèvent de l'application des règlements propres aux statuts des sapeurs-pompiers professionnels, mais aussi de l'appréciation de l'autorité territoriale. Ainsi l'accès au grade de sergent, d'adjudant, de lieutenant de seconde classe, de lieutenant de première classe, de lieutenant hors classe ou de capitaine de sapeurs-pompiers professionnels se fait soit par un concours, soit par un examen professionnel, soit par une procédure de « nomination au choix ». Dans ce dernier cas, l'inscription au tableau d'avancement s'effectue souvent dans le cadre des LDG grâce à un système de points accumulés chaque année dans le cadre de l'évaluation professionnelle.

³⁰⁵ Voir l'article L.522-24 et suivants du Code général de la fonction publique (CGFP).

Un sapeur-pompier professionnel est ainsi en mesure de contester devant le tribunal administratif sa non-inscription sur un tableau d'avancement au choix, résultant d'un irrespect ou d'une mauvaise interprétation des lignes directrices de gestion. Il pourra dès lors attaquer pour excès de pouvoir la décision de l'autorité territoriale d'emploi, mais aussi les LDG elles-mêmes, actes de droit souple qualifiés de « documents à portée générale à effet notables »³⁰⁶.

*c. Les changements de poste au cours de la carrière
s'effectuent grâce aux mutations et à la mobilité*

Le fonctionnaire public territorial peut voyager pendant sa carrière, en changeant de poste au sein de sa collectivité, en passant d'une collectivité à une autre, voire d'une fonction publique à une autre.

La mutation désigne un changement d'emploi à l'intérieur du même grade et du même cadre d'emplois. Elle peut être interne si elle s'effectue au sein de la collectivité, impliquant un changement de poste et/ou de résidence administrative. Elle peut également être externe si elle amène l'agent à changer de collectivité. La mutation d'un fonctionnaire est toujours décidée dans l'intérêt du service, que cela soit fait à la demande de l'agent ou d'office. Elle implique « un changement d'affectation impliquant une nouvelle résidence administrative et la modification de la situation administrative de l'agent »³⁰⁷. Cette situation administrative se caractérise en effet par trois critères cumulatifs : un périmètre d'attribution, une résidence administrative, des avantages pécuniaires. L'absence de modification du périmètre d'attribution et/ou des avantages pécuniaires, pouvant intervenir dans le cadre d'un changement d'affectation au sein du service, ne constituera ainsi qu'une mesure d'ordre intérieur, par nature insusceptible de tout recours³⁰⁸. L'administration dispose néanmoins d'une marge d'appréciation importante pour promouvoir une mutation d'office dans l'intérêt du service (pourvoir un emploi vacant durablement ou un emploi nécessitant des compétences particulières, assurer une meilleure répartition géographique des agents, apaiser une relation conflictuelle...), cette liberté étant néanmoins encadrée. Comme le précise Olivier Dord, les statuts accordent de nombreuses garanties de stabilité, surveillées

³⁰⁶ CE, 12 juin 2020, *GISTI*, Req. N°418142, Rec.

³⁰⁷ DORD Olivier (2021), *Droit de la fonction publique*, PUF, Collection Thémis, 4^{ème} édition, p.167.

³⁰⁸ CE, 4 juillet 1958, *Commune d'Anglet contre Dame Coret*, Req. N°39089, Rec.

par les organisations représentatives dans le cadre des CAP dont le rôle est renforcé en matière de contrôle des appréciations portées sur les agents. En effet « l'administration ne saurait commettre un détournement de pouvoir en faisant de la mutation d'un agent une sanction déguisée (...) proche dans ses effets du déplacement d'office qui constitue une sanction disciplinaire »³⁰⁹. Par conséquent, si toute mutation d'office n'a pas à être motivée³¹⁰, elle doit cependant être précédée d'une saisine de la commission administrative paritaire compétente, l'administration étant tenue de laisser l'agent accéder à son dossier afin qu'il puisse préparer sa défense.³¹¹

La mobilité géographique³¹² est historiquement développée chez les sapeurs-pompiers professionnels, puisqu'elle est souvent engendrée par les conditions de nomination au grade supérieur, peu d'agents disposant de la faculté à être nommé au grade supérieur sans changer de résidence administrative. Le management des SPP s'appuie ainsi largement sur la notion de « mesure d'ordre intérieur » pour insuffler la dynamique consubstantielle à la gestion prévisionnelle des effectifs, des emplois et des compétences (GPEEC). Ce faisant, le risque contentieux est corrélativement élevé.

La mobilité entre les trois fonctions publiques a quant à elle été développée par la loi n°2009-972 du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique. Elle se concrétise par deux dispositions statutaires. La première est la mobilité intra et inter-fonction(s) publique(s), grâce au détachement et la mise disposition. Cette voie est la voie privilégiée par l'État pour employer des sapeurs-pompiers professionnels au sein de ses administrations centrales et déconcentrées, car elle permet aux agents de conserver leur position en service actif. La seconde est l'intégration directe, qui permet « à un fonctionnaire d'accéder à un autre corps ou cadre d'emplois que le sien, y compris en changeant d'administration ou de fonction publique, sans être contraint de réussir un concours ou d'être préalablement détaché dans le corps »³¹³. Cette voie est parfois utilisée par les SDIS afin notamment d'intégrer dans les cadres d'emplois de sapeurs-pompiers

³⁰⁹ DORD Olivier (2021), *Droit de la fonction publique*, PUF, Collection Thémis, 4^{ème} édition, p.168.

³¹⁰ CE, 21 octobre 1983, *Poinçon*, Req. N°39921, Rec.

³¹¹ CE, Sect., 30 décembre 2003, *Ministère de l'éducation nationale c/ Me Tiraspolsky*, Req. N°234270, Rec.

³¹² Cette mobilité est le plus souvent intra départementale, notamment pour les SPP de catégorie C, mais elle peut être aussi beaucoup plus large pour les officiers (catégorie A et B).

³¹³ DORD Olivier (2021), *Droit de la fonction publique*, PUF, Collection Thémis, 4^{ème} édition, p.165.

professionnels des personnels militaires ou des fonctionnaires d'autres corps ou cadres d'emploi.

Les sapeurs-pompiers ont ainsi vu se développer au sein de leur « culture métier » un lien fort entre accession au grade supérieur et mobilité, la mutation s'assortissant le plus souvent d'une accession au grade supérieur. Ce mouvement est récent, puisqu'il trouve son origine dans la départementalisation des services d'incendie et de secours en 1996, qui pour la première fois confronte les sapeurs-pompiers, longtemps communaux, à la condition d'être nommé au grade supérieur par une mobilité sur le département. Cette pratique managériale, qui consiste à faire de la diversité des affectations géographiques un critère d'avancement, n'a pas été sans générer un contentieux important. La sédentarité historique des sapeurs-pompiers, exception faite d'une part marginale d'entre eux se destinant aux fonctions de direction des services d'incendie, était en effet battu en brèche pour la première fois. Il semble néanmoins aujourd'hui que trente années de départementalisation ont permis d'intégrer cette pratique dans le corpus éthique, formel et informel, qui régle cette profession fortement plébiscitée par les Français.

d. Les obligations et les droits du fonctionnaire (la déontologie) sont sources d'un contentieux fonction publique important

Les sapeurs-pompiers professionnels sont des fonctionnaires, soumis au socle commun des devoirs (1) et des droits (2), posé par le code général de la fonction publique. Ce corpus a de plus été enrichi afin de préserver la bonne réputation et le respect dû aux sapeurs-pompiers, qu'ils soient professionnels ou volontaires (3).

1. Les devoirs

Comme tout fonctionnaire, le sapeur-pompier professionnel « doit dans le service comme dans sa vie privée éviter tout ce qui serait de nature à compromettre la dignité de la

fonction publique »³¹⁴. Cette obligation de dignité, qui peut être exprimée littéralement dans certains statuts particuliers³¹⁵, fait l'objet d'une jurisprudence abondante³¹⁶. Elle trouve à s'appliquer régulièrement au sujet des sapeurs-pompiers professionnels. Il est ainsi prévu des mesures conservatoires organisant la suspension de fonctionnaire soupçonné d'avoir commis des faits délictueux ou criminels, mais aussi le licenciement éventuel de tout fonctionnaire reconnu coupable de tels faits.

L'impartialité, la probité et l'intégrité³¹⁷ interdisent à tout fonctionnaire de prendre des positions personnelles (intérêt personnel, partialité, antériorité sur le sujet) dans les dossiers dont il a la charge. La lutte contre les conflits d'intérêt, c'est-à-dire contre « les situations d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés »³¹⁸, est ainsi confiée à la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) ou par le référent déontologue³¹⁹ du centre de gestion de la fonction publique territoriale compétent territorialement. Ils qui peuvent être saisis par toute administration, dont les SDIS³²⁰, pour notamment examiner les cas de pantouflage. La prise illégale d'intérêt à l'issue des fonctions est à ce titre réprimée par le Code pénal³²¹, tout comme l'obligation d'indépendance à l'égard de toute influence extérieure est absolue³²².

L'obligation de servir signifie quant à elle que l'exercice des fonctions doit être effectif et exclusif, des aménagements ayant été prévus pour les absences licites (autorisations d'absence par exemple...) ou pour les exceptions à l'interdiction générale de cumul d'activité (autorisations de cumul d'activité par exemple). Un fonctionnaire peut en effet « être autorisé par l'autorité hiérarchique dont il relève à exercer à titre accessoire une activité, lucrative ou non, auprès d'une personne ou d'un organisme public ou privé dès lors que cette activité est

³¹⁴ Voir l'article 5 de la loi du 14 septembre 1941 portant extension de l'article 22 et du titre VIII de la loi du 14 septembre 1911 aux fonctionnaires des collectivités locales et aux agents et ouvriers des administrations publiques.

³¹⁵ Code de la sécurité intérieure (CSI), Art. R434-12 relatif aux policiers et aux gendarmes.

³¹⁶ CE, 25 janvier 2006, *M. Joseph X*, Req. N°280165.

³¹⁷ DORD Olivier (2021), *Droit de la fonction publique*, PUF, Collection Thémis, 4^{ème} édition, p.219 et suivantes.

³¹⁸ Loi n°2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, Art. 5.

³¹⁹ Loi n°84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, article 23 ; décret n°2017-519 du 10 avril 2017 relatif au référent déontologue dans la fonction publique.

³²⁰ Un SDIS a ainsi saisi la HATVP en 2018 pour examiner le cas d'un officier supérieur de sapeur-pompier responsable d'un service technique, à l'occasion d'une disponibilité demandée par cet agent afin de rejoindre les rangs d'une entreprise privée dans le secteur de l'incendie et du secours.

³²¹ Code pénal, Art. R.432-13.

³²² CE, 19 mars 1997, *Cannard*, Req. N°133338, Rec.

compatible avec les fonctions qui lui sont confiées »³²³ et qu'elle n'affecte pas leur exercice. Le décret 2007-658 du 2 mai 2007 va ainsi autoriser en aménageant quelques restrictions l'expertise et le « consultanat », l'enseignement et la formation, les activités agricoles, etc. Notons de manière incidente que les demandes de cumul d'activité chez les SPP, si elles ne font pas l'objet d'une comptabilité précise au niveau national, demeurent un mouvement de fond en forte expansion depuis 2010, facilité par un aménagement du temps de travail imposé par les gardes de 12 heures ou de 24 heures³²⁴.

Les obligations de neutralité et de laïcité s'imposent à tout fonctionnaire³²⁵, les protégeant aussi des employeurs désireux de prendre en compte leurs opinions³²⁶. Le Conseil d'État rappelle par ailleurs de manière constante que « si tous les agents publics bénéficient de la liberté de conscience, le principe de laïcité fait obstacle à ce qu'ils disposent, dans le cadre du service, du droit de manifester leurs croyances religieuses »³²⁷.

L'obéissance hiérarchique est posée à l'article 28 du statut général des fonctionnaires. Elle est « la traduction du pouvoir hiérarchique dont bénéficie l'autorité administrative supérieure pour assurer le bon fonctionnement du service dont elle a la charge »³²⁸. Il existe néanmoins des refus licites d'obéir à un « ordre qui est manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public », consacrant par là même un « devoir de désobéissance »³²⁹. L'absence de l'un de ces deux critères peut amener l'agent à commettre une faute disciplinaire³³⁰, un droit à désobéir étant néanmoins aménagé dans le cadre du droit de retrait « en cas de danger grave et imminent pour la vie ou la santé »³³¹. L'existence de ce danger « grave et imminent » est néanmoins vérifiée par le juge administratif³³², les sapeurs-

³²³ DORD Olivier (2021), *Droit de la fonction publique*, PUF, Collection Thémis, 4^{ème} édition, p.237.

³²⁴ Le sapeur-pompier professionnel (SPP) qui travaille en garde de 24 heures effectue environ 100 gardes par an (une garde de 24 heures étant décomptée environ 17h). Le SPP qui travaille en garde de 12 heures effectue environ 150 gardes (une garde de 12 heures étant décomptée 12 heures). Dans beaucoup de départements les SPP effectuent un régime mixte (X gardes de 12 heures et Y gardes de 24 heures, dont le total est égal à 1607 heures de travail), ce qui les amènent à effectuer autour de 120 gardes par an.

³²⁵ CE, 8 décembre 1948, *Demoiselle Pasteau*, Rec.

³²⁶ CE, Sect., 3 mai 1950, *Demoiselle Jamet*, Rec.

³²⁷ CE, avis, 3 mai 2000, *Melle Marteaux*, Req. N°217017, Rec.

³²⁸ DORD Olivier (2021), *Droit de la fonction publique*, PUF, Collection Thémis, 4^{ème} édition, p.243 ; CE, 5 mai 1911, *Giraud*, Req. N°40541, Rec. ; CE, Sect., 30 juin 1950, *Sieur Quéralt*, Req. N°99882, Rec.

³²⁹ CE, Sect., 10 novembre 1944, *Sieur Langneur*, Req. N°71856, Rec.

³³⁰ CE, 3 mai 1961, *Sieur Pouzelgues*, Req. N°48762 et CE, 21 juillet 1995, *Bureau d'aide sociale de la ville de Paris*, Req. N°22616.

³³¹ Décret n°85-603 relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail ainsi qu'à la médecine professionnelle et préventive dans la fonction publique territoriale, article 5-1.

³³² CE, 16 décembre 2009, *ministre de la Défense c/Mme Touati*, Req. N° 320840.

pompiers faisant en partie exception à ce principe, puisque le droit de retrait en intervention leur est refusé³³³.

Le devoir de confidentialité³³⁴ repose sur le secret professionnel et la discrétion professionnelle. Le secret professionnel est établi par la loi pénale, qui sanctionne ainsi sa violation³³⁵. La discrétion professionnelle trouve quant à elle à s'appliquer de manière extensive, sa contravention relevant de la sanction disciplinaire. L'article 40 du code pénal, imposant à toute autorité constituée de porter à la connaissance du Procureur tout crime ou tout délit, va néanmoins permettre de développer le statut de « lanceur d'alerte » consacré par la loi 2016-1691 du décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

L'obligation de loyalisme³³⁶ consacre enfin l'obligation de fidélité et d'obéissance qui doit prévaloir entre l'agent public, fonctionnaire ou pas, et l'État.

2. Les droits

Le premier des droits est le droit à rémunération³³⁷. Il est consacré par l'article 20 du Statut général et conditionné par le « service fait ». Il est complété par le droit à pension. Cette pension peut-être une pension de retraite ou une pension d'invalidité³³⁸, « accordée au fonctionnaire qui se trouve dans l'impossibilité d'assurer ses fonctions à la suite d'un accident de service, d'une maladie contractée dans le service ou de blessures résultant de l'accomplissement d'un acte de dévouement d'intérêt public (...) Elle est constatée par la commission de réforme (...) et elle est cumulable avec la pension de retraite ». Lorsque l'invalidité n'est pas définitive le fonctionnaire peut toucher une allocation temporaire d'invalidité. La pension d'invalidité est ainsi conditionnée par la survenance d'un accident de service, dont l'imputabilité peut être présumée.

³³³ Arrêté du 15 mars 2001 portant détermination des missions de sécurité des personnes et des biens incompatibles avec l'exercice du droit de retrait dans la fonction publique territoriale.

³³⁴ DORD Olivier (2021), *Droit de la fonction publique*, PUF, Collection Thémis, 4^{ème} édition, p.249 et suivantes.

³³⁵ Code pénal, Art. 226-13.

³³⁶ DORD Olivier (2021), *Droit de la fonction publique*, PUF, Collection Thémis, 4^{ème} édition, p.253.

³³⁷ Ibid., p.258 et suivantes.

³³⁸ Ibid., p.264 et suivantes.

Le droit à l'assurance chômage est octroyé par le code du travail³³⁹ à tous les agents publics involontairement de leur emploi. Tout fonctionnaire révoqué ou en disponibilité d'office a ainsi droit à percevoir l'allocation de retour à l'emploi (ARE).

Le droit à la protection fonctionnelle³⁴⁰ : elle permet à tout fonctionnaire ou ancien fonctionnaire de bénéficier d'une protection organisée par la collectivité publique qui l'emploie à la date des faits en cause. Il s'agit donc d'une garantie professionnelle, nécessitant l'existence d'un lien incontestable entre les atteintes et les fonctions exercées. Elle est accordée *intuitae personae* par l'autorité territoriale.

Le droit à l'exercice des libertés collectives constitue enfin le dernier bloc en matière de droits du sapeur-pompier professionnel. Il sera renvoyé aux développements relatifs à la liberté syndicale et au droit de grève dans des ouvrages de droit la fonction publique³⁴¹. Il conviendra néanmoins de noter que l'exercice d'une liberté collective peut néanmoins engendrer des contentieux de situation réglementaire individuelle (par exemple sur des questions de calcul de traitement sur des journées de grève).

Les agents non titulaires, recrutés sous le statut de sapeur-pompier professionnel, ont les mêmes droits et les mêmes devoirs que leurs collègues ayant la qualité de fonctionnaire. Il existe de plus pour le sapeur-pompier, au-delà des droits et des devoirs, un socle éthique important.

3. Un corpus éthique particulièrement fourni pour les sapeurs-pompiers

La charte nationale des sapeurs-pompiers volontaires (SPV), annexe prévue à l'article D723-8 du code de la sécurité intérieure, permet de fonder l'action disciplinaire menée contre les sapeurs-pompiers volontaires ayant contrevenu aux principes posés ce texte. Il est signé par le sapeur-pompier volontaire lors de son premier engagement. Reprenant en grande partie le corpus des droits et des devoirs du fonctionnaire il le précise en plusieurs points, en l'adaptant au statut particulier du SPV. Il prévoit notamment qu'en « tant que sapeur-pompier volontaire, je m'engage à servir avec honneur, humilité et dignité au sein du corps

³³⁹ Code du travail, article L.5424-1.

³⁴⁰ DORD Olivier (2021), *Droit de la fonction publique*, PUF, Collection Thémis, 4^{ème} édition, p.270 et suivantes.

³⁴¹ Ibid., p.276 et suivantes.

(départemental, communal ou intercommunal ou du service de l'État investi à titre permanent des missions de sécurité civile) (...) et à avoir un comportement irréprochable lorsque je porte la tenue de sapeur-pompier (...) En tant que sapeur-pompier volontaire, j'œuvrerai collectivement avec courage et dévouement (...) En tant que sapeur-pompier volontaire, je respecterai toutes les victimes dans leur diversité ; je serai particulièrement attentionné face à leur détresse et j'agirai avec le même engagement, la même motivation et le même dévouement. En tant que sapeur-pompier volontaire, je ferai preuve de discrétion et de réserve dans le cadre du service et en dehors du service. Je respecterai une parfaite neutralité pendant mon service et j'agirai toujours et partout avec la plus grande honnêteté. En tant que sapeur-pompier volontaire, je m'attacherai à l'extérieur de mon service à avoir un comportement respectueux de l'image des sapeurs-pompiers ». Cette charte initiale a été complétée plus tard par une seconde charte, à portée plus générale.

Par une note de service du 30 janvier 2023 (IGSC N°25), le préfet directeur général de la sécurité civile a diffusé la charte de la sécurité civile, destinée à rappeler les valeurs partagées par cette communauté et l'exemplarité qui doit animer son action. Cette charte s'applique notamment à tous les sapeurs-pompiers, professionnels et volontaires, servant dans les SDIS. Elle comprend 19 articles découpés en 4 parties : les obligations incombant à l'autorité hiérarchique, les valeurs et devoirs des personnels investis d'une mission de sécurité civile permanente ou temporaire, la nécessaire exemplarité des personnels de la sécurité civile, le contrôle de l'action. Elle fixe ainsi des règles de déontologie communes à tous les acteurs des missions de sécurité civile. D'effet immédiat pour les personnels du ministère de l'intérieur, elle nécessite d'être adoptée par délibération au sein des SDIS, mais aussi portée à connaissance de l'ensemble de leurs agents.

Il est enfin à noter que certains SDIS ont adopté dans le cadre d'une démarche managériale une charte des valeurs, permettant de proclamer les comportements vertueux qui vont imprimer la conduite des agents dans les transformations de leurs établissements publics³⁴². Si elles ne peuvent fonder un système de régulation des comportements, voire une action disciplinaire, à contrario des textes à portée réglementaire présentés supra, elles facilitent la matérialisation des contraventions à certains devoirs.

³⁴² La charte des valeurs du SDIS 62, proclamée en 2022, retient ainsi quatre valeurs phares : engagement, bienveillance, cohésion, efficacité.

II. La cessation définitive des fonctions du sapeur-pompier professionnel

La cessation définitive des fonctions est spécifiée à l'article 24 du titre 1^{er} du statut général des fonctionnaires. La radiation des cadres doit être prononcée par une décision motivée, prise par l'autorité investie du pouvoir de nomination, à la suite de quatre évènements : l'admission à la retraite (a), la démission, le licenciement, la révocation et d'autres procédures moins courantes (b).

a. L'admission à la retraite est prononcée à l'atteinte de la limite d'âge ou à l'initiative de l'administration, elle peut aussi être demandée par l'agent

Conformément au décret 2011-2103 du 30 décembre 2011 le sapeur-pompier professionnel est un fonctionnaire qui appartient à la catégorie active. Cette dernière lui offre la possibilité d'un départ anticipé à la retraite, fixé à l'âge de 59 ans. Chaque agent peut néanmoins demander son admission à la retraite avant la limite d'âge s'il justifie au minimum de dix-sept années de service. Cette mise à la retraite anticipée n'est pas généralement un droit et entraîne, si elle est accordée, le versement de la pension à partir de l'âge légal de départ à la retraite (59 ans pour les sapeurs-pompiers professionnels). La loi n°2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites a également fixé un plafond qui a été progressivement repoussé de 65 à 67 ans, âge à partir duquel l'administration devra prononcer d'office la mise en retraite par compétence liée.

Une décote est appliquée à tous ceux qui partent en retraite avant la limite d'âge sans avoir atteint le nombre de trimestres nécessaires au bénéfice d'une pension à taux plein, comme une « surcote » pour ceux totalisant une durée d'assurance supérieure à la durée de service exigée pour obtenir une retraite à taux plein. Cette « surcote » est de 1,25 % par trimestre supplémentaire cotisé au-delà de l'âge mentionné à l'article L.161-17-2 du code de la sécurité sociale. L'article 1-3 de la loi n° 84-834 du 13 septembre 1984 modifié, relatif à la limite d'âge dans la fonction publique, autorise de plus les personnels soumis à une limite d'âge inférieure à 65 ans, à être maintenus en activité, sur demande et sous réserve de

l'aptitude médicale. Il prévoit expressément de plus que cette période de maintien en activité est prise en compte dans la constitution des droits à pension et ouvre droit à la « surcote »³⁴³.

L'admission à la retraite à l'initiative de l'administration est quant à elle génératrice d'un contentieux fourni. Elle intervient toujours dans « l'intérêt du service » pour trois raisons. La première raison est l'atteinte de la limite d'âge, éventuellement repoussée en fonction de certaines dispositions réglementaires. L'autorité d'emploi se trouve dès lors dans une situation de compétence liée. Le contenu de la décision administrative est alors totalement prédéterminé par la loi qui définit certains éléments de fait nécessaires à la prise de décision. La seconde raison est l'invalidité de l'agent. L'administration saisit alors le conseil médical qui va se prononcer sur la mise à la retraite de la personne concernée, l'avis rendu n'étant que consultatif. L'administration est tenue dans ce cas de verser une rente si elle est à l'origine de l'invalidité. La troisième et dernière raison est la commission d'une faute, la mise à la retraite d'office constituant une sanction disciplinaire du quatrième groupe.

b. Les autres modalités d'admission à la retraite

La cessation de fonction et à la mise à la retraite peut également intervenir : en cas de démission (1), de licenciement (2) ou pour des raisons plus rares (3).

1. La démission est un mode de rupture développé par la loi n°2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique.

Toute démission doit être régulièrement acceptée par l'administration³⁴⁴. Elle peut éventuellement donner lieu à une indemnité de départ volontaire³⁴⁵, si le choix de la démission est dû par la restructuration du poste de travail ou la suppression de l'emploi lors de la restructuration du service. La démission est une modalité de départ de la fonction

³⁴³ Assemblée nationale, 14^{ème} législature, réponse du ministre de l'Intérieur à la question n°1682 du 24/07/2012.

³⁴⁴ Code général de la fonction publique (CGFP), Art. L.551-1 et L.551-2.

³⁴⁵ CGFP, Art. L.442-9 ; décret n°2008-368 du 17 avril 2008 instituant une indemnité de départ volontaire ; arrêté du 26 février 2019 fixant les modalités de détermination du montant de l'indemnité de départ volontaire dans la fonction publique d'État.

publique pour le sapeur-pompier professionnel de plus en plus courant, même s'il n'existe pas encore à ce jour de statistiques officielles en la matière.

La rupture conventionnelle, mise en place par l'article 72 de la loi n°2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique, a quant à elle permis de moderniser l'indemnité de départ volontaire³⁴⁶.

2. Le licenciement peut être prononcé pour insuffisance professionnelle, pour inaptitude physique ou pour abandon de poste.

Comme le note Olivier Dord, « le système de la carrière ne protège en réalité que du licenciement économique »³⁴⁷. Il existe en effet au sein de chacune des fonctions publiques trois types de licenciement. Le licenciement pour insuffisance professionnelle doit s'appuyer sur des faits qui peuvent être déconnectés d'un manquement à une obligation légale ou réglementaire³⁴⁸. Codifié à l'article L.553-1 du code général de la fonction publique (CGFP), il impose à l'employeur de démontrer l'insuffisance professionnelle, définie par l'inaptitude d'un agent à exercer les fonctions d'un grade par rapport aux exigences de capacité que l'administration est en droit d'attendre d'un fonctionnaire d'un tel grade³⁴⁹. Elle remet en cause le comportement général dans les relations de travail, observé de manière continue et ne pouvant être caractérisé par des défaillances occasionnelles³⁵⁰. L'insuffisance professionnelle peut ainsi consister en l'accumulation de négligences, de carences³⁵¹ ou de lenteur dans l'exécution des missions, relevées par des rappels à l'ordre itératifs³⁵². Elle peut également résulter du comportement individuel de l'agent, dans ses relations avec ses collègues³⁵³ de travail ou avec le public.

³⁴⁶ Décret n° 2008-368 du 17 avril 2008 instituant une indemnité de départ volontaire, Art. 58.

³⁴⁷ DORD Olivier (2021), *Droit de la fonction publique*, PUF, Collection Thémis, 4^{ème} édition, p.177 et suivantes.

³⁴⁸ CE, 27 septembre 2000, *CNRS*, Req. N°198071, Rec.

³⁴⁹ CE, 31 mai 1968, *Dame Duprerré*, Req. N°67050.

³⁵⁰ CE 19 février 1954, *Couture*, Req. N°18198.

³⁵¹ CAA de Marseille, 9 mars 2004, Req. N°00MA01575.

³⁵² CAA de Marseille, 21 novembre 2000, Req. N°97MA11685.

³⁵³ CE, 20 mai 2016, *Communauté Urbaine de Strasbourg*, Req. N°387105, Rec. ; CAA de Lyon, 20 novembre 2000, Req. N°98LY00498.

Le licenciement pour inaptitude physique oblige quant à lui l'administration à préalablement reclasser l'agent sur sa demande³⁵⁴, ce reclassement ne pouvant être imposé³⁵⁵. Enfin, le licenciement pour abandon de poste³⁵⁶ n'est pas une procédure disciplinaire : l'agent ne peut arguer des traditionnels droits de la défense. L'absence doit être totale et prolongée, sans aucune justification, constatée après une mise en demeure de reprendre le service. Cette dernière doit être un courrier recommandé avec accusé de réception, enjoignant l'agent à reprendre avant une date limite³⁵⁷. Il est à noter que ce licenciement n'ouvre pas droit à l'allocation de retour à l'emploi (ARE), sauf si l'agent parvient à démontrer que cet abandon n'était pas de son fait.

3. Il existe d'autres cas de radiation de cadre, plus rares

Les cas sont les suivants³⁵⁸ : la révocation disciplinaire qui entraîne une indemnisation chômage³⁵⁹, la perte de la nationalité française par un naturalisé, la déchéance des droits civiques, l'interdiction judiciaire d'exercer un emploi public, la non-réintégration à la suite d'une période de disponibilité.

La cessation définitive des fonctions du sapeur-pompier professionnel, si elle est en tout point conforme aux dispositions du code général de la fonction publique (CGFP), n'en demeure pas moins, quelle qu'en soit l'origine, un événement économique important qui, s'il n'est pas préparé, peut être source d'un différend : le salaire d'un soldat du feu est en effet à la hauteur de la dangerosité de son engagement.

§2. Un statut particulier avantageux au point de vue économique

La rémunération des sapeurs-pompiers reflète le caractère dangereux de cette profession, car elle dispose d'un régime indemnitaire particulièrement avantageux. Cette

³⁵⁴ CE, 2 octobre 2002, *Chambre de commerce et d'industrie de Meurthe et Moselle*, Req. N°227868, Rec.

³⁵⁵ CE, 26 février 2007, *ANPE*, Req. N°276863.

³⁵⁶ CGFP, art. L.553-1.

³⁵⁷ TA Cergy-Pontoise, 24 octobre 2022, *Commune de Bezon*, Req. N°2212929.

³⁵⁸ DORD Olivier (2021), *Droit de la fonction publique*, PUF, Collection Thémis, 4^{ème} édition, p.180 et suivantes

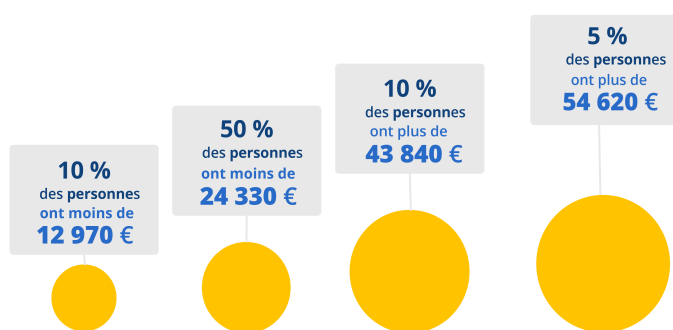
³⁵⁹ Code général de la fonction publique, Art. L.5422-2, L.5422-3 et L.5424-1 ; Question de M. GENEST Jacques (Ardèche - Les Républicains) publiée dans le JO Sénat le 05/11/2015, p.2556.

particularité économique est génératrice de différends avec l'administration (A), notamment quand la protection sociale du sapeur-pompier professionnelle suit un régime de droit commun qui peut générer de fortes variations de revenu, temporaires ou durables (B).

A. La rémunération du sapeur-pompier professionnel : une particularité « économique »

Les fonctionnaires ont droit, après service fait, à une rémunération comprenant le traitement, l'indemnité de résidence, le supplément familial de traitement qui constituent les éléments obligatoires de la rémunération ou traitement. Les indemnités instituées par un texte législatif ou réglementaire, qui constituent les compléments de rémunération, sont plus communément dénommés le régime indemnitaire. Il varie d'une collectivité à une autre.

La rémunération des sapeurs-pompiers professionnels (SPP) est la somme du traitement et du régime indemnitaire. Elle représente au point de vue microéconomique un îlot particulier dans le paysage de la fonction publique territoriale, qui se caractérise avant tout par une forte prévalence d'agents de catégorie C aux niveaux de rémunération plutôt positionnés dans les bas salaires³⁶⁰. Pour rappel, la distribution des niveaux de vie en 2022 est la suivante :



Distribution des niveaux de vie en France en 2022³⁶¹

³⁶⁰ INSEE, Définitions, 2024, Bas salaires = Par convention, les bas salaires sont les salaires inférieurs aux deux tiers du salaire médian de l'ensemble de la population.

³⁶¹ INSEE, Tableau de bord de l'économie française, 2022.

Les SPP des trois catégories (A, B et C) se démarquent en effet des autres agents de la FPT grâce à un niveau de rémunération élevé, dû à un régime indemnitaire important. A titre d'exemple au SDIS62, en 2025, la rémunération annuelle nette peut être d'environ : pour un caporal de 25 ans de 28 000 €, pour un adjudant de 45 ans de 38 000 €, pour un commandant de 45 ans de 65 000 €.

La rémunération du SPP s'inscrit néanmoins dans la structure de droit commun en matière de rémunération des fonctionnaires : le traitement de base (I), auquel est rajouté un régime indemnitaire (II).

I. Les éléments obligatoires de la rémunération : le traitement

Le « traitement » est ici défini comme la somme des éléments obligatoires de la rémunération : le traitement de base, l'indemnité de résidence et le supplément familial de traitement. Le montant du traitement de base est fixé en fonction du grade de l'agent et de l'échelon auquel il est parvenu. À chaque échelon est associé un indice brut qui détermine la position de l'agent sur une échelle indiciaire. À chaque indice brut correspond un indice majoré permettant le calcul de la rémunération. Les liens entre indices bruts et indices majorés sont fixés par décret³⁶².

L'indemnité de résidence est quant à elle versée aux agents de la fonction publique travaillant sur certains territoires. Cette indemnité est calculée sur la base du traitement brut

³⁶² Voir décret n° 82-1105 du 23 décembre 1982 modifié relatif aux indices de la fonction publique, décret n° 90-850 du 25 septembre 1990 modifié portant dispositions communes à l'ensemble des sapeurs-pompiers professionnels, décret n° 2012-520 du 20 avril 2012 modifié portant statut particulier du cadre d'emplois des sapeurs et caporaux de sapeurs-pompiers professionnels, décret n° 2012-521 du 20 avril 2012 modifié portant statut particulier du cadre d'emplois des sous-officiers de sapeurs-pompiers professionnels, décret n° 2012-522 du 20 avril 2012 modifié portant statut particulier du cadre d'emplois des lieutenants de sapeurs-pompiers professionnels, décret n° 2016-604 du 12 mai 2016 modifié fixant les différentes échelles de rémunération pour les fonctionnaires de catégorie C de la fonction publique territoriale, décret n° 2016-1176 du 30 août 2016 modifié portant statut particulier du cadre d'emplois des infirmiers de sapeurs-pompiers professionnels, décret n° 2016-1177 du 30 août 2016 modifié portant statut particulier du cadre d'emplois des cadres de santé de sapeurs-pompiers professionnels, décret n° 2016-1236 du 20 septembre 2016 modifié portant statut particulier du cadre d'emplois des médecins et des pharmaciens de sapeurs-pompiers professionnels, décret n° 2016-2002 du 30 décembre 2016 modifié portant statut particulier du cadre d'emplois de conception et de direction des sapeurs-pompiers professionnels, décret n° 2016-2003 du 30 décembre 2016 modifié relatif à l'emploi de directeur départemental et de directeur départemental adjoint des services d'incendie et de secours, décret n° 2016-2008 du 30 décembre 2016 modifié portant statut particulier du cadre d'emplois des capitaines, commandants et lieutenants-colonels de sapeurs-pompiers professionnels

(soumis aux retenues pour pension) et fixée par un taux variable (1, 2 ou 3%). Pour déterminer sa zone d'indemnité de résidence, le sapeur-pompier professionnel doit prendre en compte le lieu de l'établissement où il exerce ses fonctions (affectation) et non pas celui de l'établissement employeur. Les zones éligibles à l'indemnité de résidence sont fixées par décret³⁶³.

Le supplément familial de traitement (SFT) est enfin versé à un agent public en fonction du nombre d'enfants à charge selon les conditions fixées pour le versement des allocations familiales. Il se compose d'un élément fixe et d'un élément proportionnel au traitement brut de l'agent dans la limite de montants plancher et plafond³⁶⁴. Aux éléments de base de la rémunération peuvent être adjoints des compléments, liés aux statuts ou aux aménagements opérés par chaque SDIS.

II. Les éléments complémentaires de la rémunération ou « régime indemnitaire »

Les compléments de rémunération ou « régime indemnitaire » sont constitués par l'ensemble des sommes perçues par un agent, en contrepartie ou à l'occasion du service qu'il exécute dans le cadre des fonctions définies par le statut particulier dont il relève. Le régime indemnitaire se définit donc comme un complément du traitement, distinct des éléments de rémunération obligatoires : son caractère est facultatif. Il découle de l'article 88 de la loi du 26 janvier 1984 et du décret n° 91-875 du 6 septembre 1991 pris pour l'application du premier alinéa de l'article 88 de la loi du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, qui dispose que « l'assemblée délibérante de la collectivité ou le conseil d'administration de l'établissement fixe, dans les limites prévues à l'article 1er, la nature, les conditions d'attribution et le taux moyen des indemnités applicables aux fonctionnaires de ces collectivités ou établissements ». Ainsi, il appartient à l'assemblée délibérante de fixer les modalités de maintien du régime indemnitaire durant certaines situations de congés.

³⁶³ Décret n° 85-1148 du 24 octobre 1985 modifié relatif à la rémunération des personnels civils et militaires de l'État, des personnels des collectivités territoriales et des personnels des établissements publics d'hospitalisation

³⁶⁴ Ibid.

Le régime indemnitaire versé au sein des SDIS se compose des éléments liés aux statuts des sapeurs-pompiers professionnels (a)³⁶⁵, mais aussi des éléments propres à chaque SDIS (b). Certains de ses éléments ont un rapport direct avec l'aptitude opérationnelle du SPP, qui peut être limitée ou retirée au cours de sa vie professionnelle en fonction de l'évolution de sa santé physique et psychique. Cette modulation en fonction de l'aptitude à servir est une source importante de différends entre le SPP et l'administration.

a. Les éléments liés au statut de sapeur-pompier professionnel

Les éléments liés au statut des sapeurs-pompiers professionnels (SPP) sont l'indemnité de feu, l'indemnité de logement, l'indemnité de responsabilité, l'indemnité de spécialité et éventuellement la nouvelle bonification indiciaire. L'indemnité de feu, communément dénommée par les SPP « prime de feu », est un des éléments majeurs de leur régime indemnitaire.

Comme le stipule l'article 6-3 du décret n° 90-850 du 25 septembre 1990 portant dispositions communes aux sapeurs-pompiers professionnels : « Les sapeurs-pompiers-professionnels peuvent percevoir, dans les conditions fixées par l'article 17 de la loi n°90-1067 du 28 novembre 1990 relative à la fonction publique territoriale et portant modification de certains articles du code des communes, une indemnité de feu d'un taux de 25% du traitement soumis à retenue pour pension ». L'indemnité de feu, dite souvent « prime de feu », est ainsi intégrée de manière exceptionnelle au traitement de base, rentrant ainsi dans l'assiette des cotisations relatives à l'assurance retraite. Cette prime de feu mensuelle est égale pour un caporal de SPP au 1^{er} échelon à 401,83 €³⁶⁶.

L'article 6-6 du décret n°90-850 dispose que les SPP peuvent percevoir en sus de l'indemnité de résidence une indemnité de logement, égale au maximum à 10% du traitement de base. Cet article aménage également un encadrement de ce taux, puisqu'aucun « officier, sous-officier ou gradé ne peut percevoir, à ce titre, une indemnité supérieure au double de

³⁶⁵ Voir décret n°90-850 du 25 septembre 1990 portant dispositions communes à l'ensemble des sapeurs-pompiers professionnels.

³⁶⁶ Source : SDIS62, Chiffres d'avril 2022.

l'indemnité d'un caporal, 1^{er} échelon ». Cette indemnité mensuelle est égale, pour un caporal de SPP au 1^{er} échelon, à 160,73 €³⁶⁷.

Comme le stipule l'article 6-4 du décret n°90-850 du 25 septembre 1990 : « une indemnité de responsabilité, variable en fonction du grade et de l'emploi, peut être attribuée aux sapeurs-pompiers professionnels ». Lorsqu'ils occupent plusieurs emplois, un seul de ceux-ci peut être pris en compte pour le calcul de cette indemnité. L'indemnité de responsabilité, non soumise à retenue pour pension, est calculée en pourcentage du traitement indiciaire brut moyen de chaque grade. Un arrêté conjoint du ministre de l'Intérieur et des ministres chargés du budget et de la fonction publique fixe, pour chaque grade, l'indice brut minimal et l'indice brut maximal applicables. Pour information, l'indemnité de responsabilité pour un caporal de SPP au 1^{er} échelon, occupant les fonctions d'équipier, est égale à 98,69 € par mois.

L'article 6-5 du décret n°90-850 stipule que « Les sapeurs-pompiers professionnels, à l'exclusion de ceux occupant des emplois de chef de groupement, de directeur adjoint ou de directeur, peuvent bénéficier d'une indemnité de spécialité s'ils sont titulaires des diplômes et des niveaux de formation définis par arrêté du ministre de l'intérieur et exercent réellement les spécialités correspondantes. Le nombre de spécialités pouvant être pris en compte pour le calcul de l'indemnité est limité à deux ». La liste des spécialités opérationnelles (plongeur, spécialiste en risques chimiques, radiologiques, milieux périlleux, sauvetage aquatique, etc.) ouvrant droit à cette indemnité, les niveaux de spécialisation³⁶⁸ et les taux maxima correspondants sont fixés par les annexes du même décret. Par ailleurs, par analogie avec les fonctions de chef de groupement, les agents exerçant les fonctions de médecin-chef, médecin-chef adjoint, pharmacien-chef et infirmier de chefferie ne peuvent pas prétendre à l'attribution des indemnités de spécialité. Lorsque l'exercice d'une spécialité nécessite l'inscription sur une liste annuelle départementale (liste opérationnelle, liste d'aptitude ou d'habilitation, etc.) l'octroi de l'indemnité afférente est subordonné à l'inscription préalable de l'agent sur ladite liste. Enfin, en fonction de l'organisation opérationnelle des SDIS, l'exercice de certaines spécialités peut être lié au lieu d'affectation des agents. A titre

³⁶⁷ Ibid.

³⁶⁸ Il existe en fonction des spécialités trois, quatre ou cinq niveaux de spécialité, le niveau 1 étant toujours le plus basique.

informatif il convient de noter que l'indemnité de spécialité pour un SPP, quel que soit le grade et l'échelon, s'élève, pour un plongeur de niveau 2 ou un technicien dans la lutte contre le risque radiologique de niveau 2, à 66.59 €³⁶⁹ par mois ; pour un technicien dans la lutte contre le risque radiologique de niveau 3 ou un technicien de lutte contre le risque chimique de niveau 3, à 95.12³⁷⁰ par mois.

Instituée par l'article 27 de la loi n°91-73 du 18 janvier 1991 portant dispositions relatives à la santé publique et aux assurances sociales, la nouvelle bonification indiciaire (NBI) a été conçue comme un outil de gestion des ressources humaines visant à attribuer une majoration de rémunération aux fonctionnaires qui exercent des fonctions comportant une responsabilité ou une technicité particulière. La NBI constitue un élément obligatoire de la rémunération dès lors que l'agent exerce les fonctions y ouvrant droit, elle rentre ainsi dans l'assiette des cotisations retraite. La liste des fonctions est limitativement fixée par la réglementation. Les sapeurs- pompiers professionnels pouvant percevoir la NBI sont les adjudants de sapeurs-pompiers professionnels³⁷¹ exerçant des fonctions de commandement de véhicules d'intervention comprenant au moins deux équipes ou de responsable de salle opérationnelle (centre de traitement de l'alerte ou centre opérationnel de direction incendie et secours)³⁷². Les emplois supérieurs de direction occupant les fonctions de directeur et de directeur départemental adjoint³⁷³ y sont également éligibles. Il convient cependant de noter que les agents inaptes temporairement ou définitivement, mais aussi les SPP affectés sur des postes en service hors rang (SHR) identifiés dans l'organigramme mais non concernés par l'exercice de responsabilités visées par le décret n°2006-779 ne doivent plus percevoir cette indemnité, au motif qu'ils n'exercent pas de manière effective les fonctions adéquates.

³⁶⁹ Source : SDIS62, Chiffres d'avril 2022.

³⁷⁰ Source : SDIS62, Chiffres d'avril 2022.

³⁷¹ Décret n°2006-779 du 3 juillet 2006 portant attribution de la nouvelle bonification indiciaire à certains personnels de la fonction publique territoriale.

³⁷² La NBI pour un adjudant de SPP occupant les fonctions de chef d'agrès tout engin (c'est-à-dire notamment en mesure d'occuper les fonctions de responsable du fourgon ou de l'échelle aérienne) est de 16 points. Le point étant en avril 2022 de 4.68602 € la NBI qui lui est versée est de 74.98 €.

³⁷³ Décret n° 2016-2003 du 30 décembre 2016 relatif à l'emploi de directeur départemental et directeur départemental adjoint des services d'incendie et de secours, article 14.

Après avoir examiné les compléments de rémunération propres au statut de sapeur-pompier professionnel, il convient d'examiner ensuite les compléments propres à chaque SDIS.

b. Les éléments propres à chaque SDIS

Les éléments du régime indemnitaire propres à chaque SDIS sont divers. Ils peuvent être de manière non exhaustive : l'indemnité départementale, l'indemnité d'administration et de technicité, l'indemnité forfaitaire pour travaux supplémentaires, l'indemnité horaire pour travaux supplémentaires, l'indemnité d'astreinte pour la chaîne de commandement opérationnel (officiers en astreinte opérationnelle), les autres primes servies en fonction de certaines activités.

La prime départementale n'existe pas dans tous les SDIS, puisqu'elle ne concerne généralement que les SDIS ayant bénéficié, avant la loi n° 96-369 du 3 mai 1996 relative aux services d'incendie et de secours, de transfert de personnels en provenance du conseil général, ayant pu à cette occasion bénéficier du maintien de cette prime alors en vigueur au sein de la collectivité départementale. Tous les agents des SDIS où cette prime existe, quelle que soit leur affectation et leur cadre d'emploi, bénéficient de cette indemnité. Elle évolue avec la position de l'agent (temps partiel, congé de maladie à demi-traitement ...) et est attribuée au prorata du nombre de jours travaillés. Il s'agit ici d'un avantage acquis collectivement avant la publication de la loi du 26 janvier 1984. Il n'est donc pas possible d'en modifier les montants, les critères d'évolutions et les critères d'attributions³⁷⁴.

Le décret n° 2003-1013 du 23 octobre 2003 modifiant le régime indemnitaire des fonctionnaires territoriaux prévoit que les sapeurs-pompiers professionnels de catégories C et B dont l'indice brut est inférieur ou égal à 380, sont éligibles à l'indemnité d'administration et de technicité (IAT). L'IAT a quant à elle été instituée par le décret n°2002-61 du 14 janvier 2002. Le montant moyen de l'indemnité est calculé par application à un montant de référence annuel, fixé par catégorie d'agents, d'un coefficient multiplicateur compris entre 1 et 8. Ce montant de référence annuel est indexé sur la valeur du point fonction publique. Il peut être

³⁷⁴ Le montant de la prime départementale pour les SPP et les personnels des filières administratives et techniques du SDIS62 est en avril 2022 : de 144.69 € pour les personnels de catégorie C, de 153.10 € pour les personnels de catégorie B, de 166.91 € pour les personnels de catégorie A.

majoré lorsque les personnels occupent des fonctions impliquant des responsabilités ou des sujétions particulières, ou lorsqu'ils sont affectés dans des zones géographiques dont l'attractivité insuffisante affecte les conditions d'exercice des fonctions. L'IAT peut enfin être modulée en fonction de la manière de servir de l'agent dans l'exercice de ses fonctions³⁷⁵. A titre indicatif les montants de base et les montant totaux de l'IAT sont, quel que soit le grade de la catégorie C avec l'application d'un taux 5, les suivants³⁷⁶:

Grade	Montant de base	IAT au taux 5
Sapeur	37.89 €	189.45 €
Caporal	39.61 €	198.05 €
Caporal-chef	40.15 €	200.75 €
Sergent	41.32 €	206.60 €
Adjudant	41.32 €	206.60 €

Le décret n° 2003-1013 du 23 octobre 2003 modifiant le régime indemnitaire des fonctionnaires territoriaux prévoit que les sapeurs-pompiers professionnels relevant des cadres d'emplois d'officiers de catégories A et B (Indice brut > 380), peuvent prétendre au versement d'indemnités forfaitaires pour travaux supplémentaires (IFTS), dans les conditions fixées par le décret n° 2002-63 du 14 janvier 2002³⁷⁷. Cette indemnité ne peut être cumulée ni avec l'indemnité d'administration et de technicité ni avec un logement en casernement octroyé par nécessité absolue de service (NAS)³⁷⁸. Le montant annuel moyen est affecté d'un coefficient variant de 1 à 8. Ainsi, la modulation individuelle attribuée par l'autorité d'emploi ne peut pas excéder huit fois le montant moyen annuel, attaché à la catégorie d'appartenance. Cette modulation varie suivant le supplément de travail fourni et l'importance des sujétions auxquelles le bénéficiaire est appelé à faire face dans l'exercice effectif de ses fonctions. Les

³⁷⁵ Décret n°2002-61 du 14 janvier 2002 relatif à l'indemnité d'administration et de technicité, article 5.

³⁷⁶ Source SDIS62, Chiffres d'avril 2022. Ces taux sont néanmoins rarement uniformes, évoluant à la hausse au fur et à mesure de la progression dans l'échelle des grades.

³⁷⁷ Décret n°2002-63 du 14 janvier 2002 relatif à l'indemnité forfaitaire pour travaux supplémentaires des services déconcentrés.

³⁷⁸ Elle est revanche compatible avec le régime de la concession d'un logement par utilité de service, conformément au décret n° 2012-752 du 9 mai 2012 modifié portant réforme du régime des concessions de logement, qui permet de concéder à un agent soumis à des astreintes un logement contre le paiement d'une redevance d'occupation égale à 50% de la valeur locative réelle du logement.

montants de base de l'IFTS sont les suivants, ce qui donne pour un SDIS qui les servirait quelque soit le grade de la catégorie à un taux 5 :

Grades	Montant de base	IFTS au taux 5
Lieutenant de 2 ^{ème} classe (à partir du 3 ^{ème} échelon), Lieutenant de 1 ^{ère} classe, Lieutenant hors classe	72.34 €	361.70 €
Capitaine, Infirmiers, Cadre de santé de 2 ^{ème} classe...	90.97 €	454.85 €
Commandant, Lieutenant-colonel, Colonel, Contrôleur général, Médecin ou pharmacien de SPP	124.07 €	620.35 €

Le décret n°2002-60 du 14 janvier 2002 modifié relatif aux indemnités horaires pour travaux supplémentaires (IHTS) a institué un régime d'indemnisation des heures supplémentaires pour les SPP de catégorie B et C. Ce régime est incompatible avec le régime forfaitaire d'indemnisation des heures supplémentaires, mais compatible avec le régime du logement par nécessité absolue de service (NAS). Les heures supplémentaires dont il est ici question sont celles intervenant, à la demande du chef de service, en dépassement des bornes horaires du cycle. Elles sont ainsi subordonnées à la mise en œuvre par l'employeur de moyens de contrôle, qui peuvent être de manière exceptionnelle basés sur un système déclaratif. Le contingent des heures supplémentaires est fixé à 25 heures par mois. Des dérogations peuvent intervenir pour une période limitée lorsque des circonstances exceptionnelles le justifient. D'autres dérogations peuvent être mises en place, de manière plus pérenne, par arrêté interministériel mais dans le respect des garanties minimales de durée de travail et repos. Le montant de l'IHTS est fonction du traitement annuel de base de l'agent, les heures supplémentaires étant rémunérées différemment selon qu'il s'agit des 14 premières heures ou des heures au-delà, d'heures de nuit ou d'heures effectuées un dimanche ou un jour férié.

Il est de plus possible de verser les astreintes aux sapeurs-pompiers professionnels sujets à des sollicitations opérationnelles particulières. Elles sont fixées dans le cadre du régime d'astreinte spécifié dans le règlement opérationnel de chaque SDIS, conformément à

l'arrêté ministériel du 3 novembre 2015 fixant les taux des indemnités et les modalités de compensation des astreintes et des interventions, pris en application du décret n°2002-147 du 7 février 2002 relatif aux modalités de rémunération ou de compensation des astreintes et des interventions de certains personnels gérés par la direction générale de l'administration du ministère de l'intérieur. L'astreinte s'entend selon l'article 2 du décret n°2005-542 du 19 mai 2005 relatif aux modalités de la rémunération ou de la compensation des astreintes et des permanences dans la fonction publique territoriale comme une période pendant laquelle l'agent, sans être à la disposition permanente et immédiate de son employeur, doit demeurer à son domicile ou à proximité afin d'être en mesure d'intervenir pour effectuer un travail au service de l'administration. Le montant de l'indemnité d'astreinte est différent en fonction du type d'astreinte, qui est de 3 niveaux conformément à l'arrêté du 14 avril 2015 fixant les montants de l'indemnité d'astreinte et la rémunération horaire des interventions aux ministères chargés du développement durable et du logement³⁷⁹.

Chaque SDIS peut enfin servir d'autres indemnités, comme celle des formateurs, fixées par le décret n°2010-235 du 5 mars 2010 relatif à la rémunération des agents publics participant, à titre accessoire, à des activités de formation et de recrutement.

La rémunération des SPP est ainsi atypique par sa structure et son niveau³⁸⁰, notamment grâce à l'indemnité de feu. Elle est par ailleurs accrue par le régime indemnitaire, composé de compléments statutaires mais aussi spécifiques à chaque SDIS. Ce dernier subit par ailleurs des atténuations en fonction des absences des sapeurs-pompiers professionnels, qui peuvent être intégralement ou partiellement compensées par le régime de sécurité sociale et un système de prévoyance, souscrit de manière volontaire par chaque agent.

³⁷⁹ Le montant de l'astreinte pour une semaine complète varie, en fonction du type d'astreinte (astreinte d'exploitation, astreinte de sécurité, astreinte de décision), de 121 € à 159.20 €. Une astreinte peut également être récupérée.

³⁸⁰ Source SDIS 62, 2022 : un jeune caporal de SPP a une rémunération approximative de 1800 € par mois, quand un directeur départemental évolue entre 6000 et 8500 € par mois.

B. La protection sociale du sapeur-pompier professionnel, une source importante de différends

La protection sociale du sapeur-pompier professionnel (SPP) repose sur plusieurs systèmes cumulatifs : le régime général de la sécurité sociale, l'assurance du SDIS pour les accidents de service et éventuellement le régime personnel d'assurance prévoyance. Le SPP relève en effet du régime général (I) et bénéficie du régime particulier des accidents de service (II). Ses problèmes de santé peuvent néanmoins entraîner une inaptitude à l'exercice de ses fonctions, qui peut entraîner un reclassement ou une mise à la retraite d'office (III).

I. Les SPP relèvent du régime général et peuvent voir leur traitement de base diminué

Les fonctionnaires bénéficient d'un statut particulier de sécurité sociale, comme le spécifie l'article 20 du titre I du statut général qui dispose que « les fonctionnaires sont affiliés à des régimes spéciaux de retraite et de sécurité sociale ». Ainsi le code de la sécurité sociale (articles L.712-1 et L.712-3) indique qu'ils ont droit à un régime d'assurance sociale au moins aussi protecteur que celui des professions non agricoles. Ainsi, les fonctionnaires qui sont assujettis à la contribution sociale généralisée (CSG) et à la contribution pour le remboursement de la dette sociale (CRDS) sont « immatriculés d'office à une caisse de sécurité sociale et leurs cotisations sont retenues sur leur traitement, la collectivité publique payant le complément »³⁸¹. Ils bénéficient ainsi de « l'assurance-maladie et de l'assurance maternité dans des conditions plus avantageuses que dans le régime général des salariés. Ils ont droit : à l'assurance invalidité du régime général lorsque l'incapacité n'est pas définitive, aux allocations familiales qui s'ajoutent au supplément familial de traitement, aux allocations prénatale et postnatale, aux allocations de parent isolé, au capital décès, etc. »³⁸². Ils ont également droit à l'assurance chômage, à l'instar des agents non titulaires, dès lors qu'ils sont momentanément privés d'emploi³⁸³. Le congé maladie est de loin le congé le plus

³⁸¹ TAILLEFAIT Antony (2019), *Droit de la fonction publique*, Éditions DALLOZ, 8^{ème} édition, p.291.

³⁸² Ibid., p.292.

³⁸³ Code du travail, article L.5424-1. Voir également la circulaire NOR : BCRF1033362C du 21 février 2011 relative à l'indemnisation chômage des agents du secteur public. Cette indemnisation versée par l'administration est notamment valable pour le fonctionnaire ayant demandé sa réintégration suite à la fin d'une disponibilité pour convenance personnelle, mais auquel l'administration ne peut pas momentanément proposer un emploi.

ordinairement alloué au fonctionnaire et donc au sapeur-pompier professionnel. Il est de trois types.

Le premier type est le congé maladie ordinaire (CMO). La durée des droits à CMO peut atteindre 1 an maximum, le traitement indiciaire étant versé en intégralité pendant 3 mois (consécutifs ou fractionnés). Pendant les 9 mois suivants, le traitement indiciaire est réduit de moitié. En cas de congé maladie fractionné, le calcul des droits à plein traitement (90 jours) prend en compte la durée des congés de maladie ordinaire obtenus au cours des 12 mois précédant le nouvel arrêt maladie. Enfin, le temps passé en CMO est sans effet sur les droits à avancement à l'ancienneté, mais aussi la constitution et la liquidation des droits à pension de retraite.

Le second type est le congé longue maladie (CLM). Le fonctionnaire peut être placé à sa demande en CLM après avis obligatoire du conseil médical. La maladie doit présenter un caractère invalidant et une gravité confirmée, elle doit également nécessiter un traitement et des soins prolongés. Le CLM peut durer 3 ans maximum, le fonctionnaire étant payé à plein traitement pendant la 1^{re} année puis à demi-traitement les 2 années suivantes. Le temps passé en CLM est pris en compte pour l'avancement à l'ancienneté et le droit à la retraite.

Le troisième et dernier type est le congé longue durée (CLD), qui peut être attribué, après avis obligatoire du conseil médical, si le fonctionnaire est atteint d'une maladie grave (cancer, maladie mentale). L'obtention du CLD est soumise à conditions. Il peut prolonger la période à plein traitement d'un congé de longue maladie (CLM). Le congé peut durer jusqu'à 5 ans, pendant lesquels le fonctionnaire continue à être rémunéré et à subir des examens médicaux réguliers, permettant de vérifier si l'agent remplit toujours les conditions ouvrant droit au CLD.

L'avis du conseil médical ne lie pas l'administration³⁸⁴ : il ne s'agit que d'un avis simple permettant de préparer la décision de l'administration³⁸⁵, qui elle seule est susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le tribunal administratif. L'agent ou l'administration peut par ailleurs contester l'avis du conseil médical, en saisissant le conseil

³⁸⁴ Sauf dans quelques cas très particuliers : la reprise des fonctions après un an de congé maladie ordinaire ou après disponibilité d'office, l'octroi d'un temps partiel thérapeutique, la reprise après congé de longue maladie ou de longue durée.

³⁸⁵ CE, 30 juin 1995, *Centre hospitalier Léon Binet de Provins*, Req. N°151902.

médical supérieur³⁸⁶. Le contentieux en matière de prestations sociales relève quant à lui du Tribunal judiciaire, issu de la fusion des Tribunaux de grande instance et des Tribunaux d'instance, compétents pour connaître des litiges relevant des tribunaux des affaires de sécurité sociale supprimés depuis 2019³⁸⁷, le juge administratif étant « compétent à propos des prestations spéciales aux fonctionnaires tel le supplément familial de traitement (...) ou encore lorsque le différend concerne non pas les droits que l'agent considère tenir de sa qualité d'assuré social mais la faute de gestion qu'il impute à son employeur »³⁸⁸ comme le précise la décision TC, 30 avril 2001, *Castellani*.

La protection sociale du sapeur-pompier professionnel est un sujet majeur en matière de contentieux fonction publique, car elle peut avoir des incidences économiques majeures pour les SPP absents du service ou inaptes à exercer leurs fonctions opérationnelles. Conformément aux dispositions de l'article 1er du décret n° 91-875 du 6 septembre 1991 pris pour l'application du premier alinéa de l'article 88 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, « le régime indemnitaire fixé par les assemblées délibérantes des collectivités territoriales et les conseils d'administration des établissements publics locaux pour les différentes catégories de fonctionnaires territoriaux ne doit pas être plus favorable que celui dont bénéficient les fonctionnaires de l'État exerçant des fonctions équivalentes ». Il est par ailleurs précisé dans l'article 2 que « l'assemblée délibérante de la collectivité ou le conseil d'administration de l'établissement fixe, dans les limites prévues à l'article 1er, la nature, les conditions d'attribution et le taux moyen des indemnités applicables aux fonctionnaires de ces collectivités ou établissements ». Il appartient donc à l'assemblée délibérante de fixer les modalités de maintien du régime indemnitaire durant certaines situations de congés.

Le maintien du régime indemnitaire au profit de l'agent territorial placé en congé (annuels, maladie ordinaire, longue maladie, longue durée, maternité, paternité, adoption, ...) n'est en effet pas prévu par l'article 57 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 qui précise uniquement les conditions de maintien du traitement, de l'indemnité de résidence et du supplément familial de traitement. Des textes spécifiques à chaque indemnité peuvent

³⁸⁶ Décret n° 2022-353 du 11 mars 2022 relatif aux conseils médicaux dans la fonction publique de l'État.

³⁸⁷ Cf. Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIème siècle, qui modifie l'organisation judiciaire en France.

³⁸⁸ TAILLEFAIT Antony (2019), *Droit de la fonction publique*, Éditions DALLOZ, 8^{ème} édition, p.291.

néanmoins parfois fixer les conditions particulières de sa modulation ou de sa suppression durant certains congés. Néanmoins l'article 88 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 précise que le régime indemnitaire est maintenu dans les mêmes proportions que le traitement durant le congé de maternité, le congé d'adoption, le congé de paternité et d'accueil de l'enfant.

De plus, en vertu du principe de parité avec la fonction publique d'État (FPE), et sous réserve du contrôle de légalité et de l'appréciation du juge, l'assemblée délibérante peut³⁸⁹ prévoir le maintien du régime indemnitaire aux agents durant certains congés, en s'appuyant sur les dispositions du décret n° 2010-997 du 26 août 2010 relatif au régime de maintien des primes et indemnités des agents publics de l'État et des magistrats de l'ordre judiciaire. Ce décret prévoit pour les fonctionnaires le maintien des primes et indemnités, dans les mêmes conditions que le traitement, durant les congés annuels, les congés de maladie ordinaire, les congés consécutifs à un accident de service ou à une maladie professionnelle, enfin les congés pour invalidité temporaire imputable au service. Ce décret prévoit également que le régime indemnitaire n'est pas versé pendant les congés de longue maladie et de longue durée.

La circulaire n° BCRF 1031314C du 22 mars 2011 relative à l'application du décret n°2010-997 du 26 août 2010 précise néanmoins une règle particulière pour les primes modulables en fonction des résultats et/ou de la manière de servir, comme l'indemnité d'administration et de technicité (IAT) qui, liée aux fonctions exercées par l'agent, a vocation à suivre la règle de décote du traitement de base.

Ainsi de manière plus spécifique en ce qui concerne les sapeurs-pompiers professionnels :

Régime indemnitaire	Prime	Règle d'évolution
<i>Part statutaire</i>	<i>Indemnité de feu</i>	<i>Cette indemnité est attribuée prorata temporis et elle fait l'objet d'un abattement réglementaire à partir du 91ème jour d'arrêt sur une période mobile de référence d'un an</i>
	<i>Indemnité de logement</i>	<i>Idem</i>

³⁸⁹ Au titre du principe de libre administration, les collectivités territoriales et leurs établissements publics peuvent décider de ne pas appliquer les dispositions du décret n°2010-997 du 26 août 2010 et d'arrêter leurs règles internes par délibération, les conditions de maintien ne devant pas être plus favorables que les règles énoncées par le décret n°2010-997 ou discriminatoires en fonction de l'état de santé des agents.

	<i>Indemnité de responsabilité</i>	<i>Cette indemnité est attribuée prorata temporis et elle est assujettie aux abattements réglementaires au-delà de 30 jours d'absence dans l'année mobile de référence</i>
	<i>Indemnité de spécialité</i>	<i>Idem</i>
	<i>NBI</i>	<i>Cette indemnité est attribuée prorata temporis et elle fait l'objet d'un abattement réglementaire à partir du 91^{ème} jour d'arrêt sur une période mobile de référence d'un an</i>
<i>Part propre du SDIS</i>	<i>La prime départementale</i>	<i>Idem</i>
	<i>IAT</i>	<i>Des règles propres à chaque SDIS peuvent moduler le taux de l'IAT en fonction du nombre ou de la fréquence des arrêts de travail, elle peut également faire l'objet si elle est fixe d'un abattement à partir du 91^{ème} jour d'arrêt sur une période de référence</i>
	<i>IFTS</i>	<i>Idem</i>
	<i>IHTS</i>	<i>Sans objet, puisque la perception d'IFTS est conditionnée par la règle du service fait</i>
	<i>Astreintes opérationnelles</i>	<i>Sans objet, puisque l'indemnité d'astreinte est conditionnée par la règle du service fait</i>

Tableau synthétisant la modulation des primes du sapeur-pompier professionnel

L'absence durable du sapeur-pompier professionnel entraîne ainsi une perte de revenu importante, qu'une assurance prévoyance peut néanmoins pallier pendant plusieurs années. Facultative jusqu'à maintenant elle est promue depuis le 1^{er} janvier 2025, à la suite de la réforme de la protection sociale complémentaire (PSC), qui introduit l'obligation de participation de l'employeur suite à l'ordonnance n° 2021-175 du 17 février 2021 relative à la protection sociale complémentaire dans la fonction publique³⁹⁰.

A l'instar de tous les fonctionnaires, les sapeurs-pompiers professionnels (SPP) ont la possibilité de recourir à une assurance dite de « prévoyance ». Ce contrat, souscrit

³⁹⁰ Voir également décret n° 2022-581 du 20 avril 2022 relatif aux garanties de protection sociale complémentaire et à la participation obligatoire des collectivités territoriales et de leurs établissements publics ; Accord collectif national portant réforme de la protection sociale complémentaire des agents publics territoriaux du 11 juillet 2023.

généralement auprès de sociétés mutualistes, permet en effet de compenser tout ou partie de la perte du régime indemnitaire lors du CMO, du CLM ou du CLD. Elle peut également permettre de compenser l'invalidité du SPP, que celle-ci soit temporaire ou permanente.

II. Le régime particulier des accidents de service

Les fonctionnaires bénéficient d'un régime particulier, « en général plus favorable »³⁹¹ à la législation des accidents du travail, qui ne leur est pas applicable³⁹². On parle ainsi d'accident de service en lieu et place d'accident du travail, « la reconnaissance de l'existence d'un accident de service étant subordonnée à deux conditions : soudaineté et violence des effets »³⁹³. L'accident de service est présumé dès lors « qu'il est intervenu dans un lieu de travail (ou assimilé) et au cours d'une activité de travail (ou assimilé) »³⁹⁴, il est ainsi imputable au service³⁹⁵. Néanmoins, la charge de la preuve appartient au fonctionnaire : le sapeur-pompier professionnel, dont les multiples activités au cours d'une garde peuvent générer des accidents de service (sport, montée/descente des escaliers ou des marches d'un camion, chutes, etc.), est ainsi particulièrement exposé à ce risque, mais aussi à des divergences d'interprétation avec son administration sur l'imputabilité de l'accident au service.

Le fonctionnaire en activité a droit à un congé pour invalidité temporaire imputable au service (CITIS) lorsque son incapacité temporaire de travail est consécutive à un accident reconnu imputable au service, à un accident de trajet ou à une maladie contractée en service. Le fonctionnaire conserve ainsi l'intégralité de son traitement jusqu'à ce qu'il soit en état de reprendre son service ou jusqu'à la mise à la retraite. Il a droit, en outre, au remboursement des honoraires médicaux et des frais directement entraînés par la maladie ou l'accident. Si l'accident entraîne une incapacité définitive, l'agent peut être mis (d'office ou à sa demande) à la retraite anticipée pour invalidité. Il a dès lors droit à une pension de retraite, éventuellement majorée en cas de recours à un tiers pour accomplir les actes ordinaires de la vie. En cas d'invalidité d'origine professionnelle, le fonctionnaire a également droit à une rente

³⁹¹ TAILLEFAIT Antony (2019), *Droit de la fonction publique*, Éditions DALLOZ, 8^{ème} édition, p.293.

³⁹² Code la sécurité sociale, Art. L.461-1.

³⁹³ TAILLEFAIT Antony (2019), *Droit de la fonction publique*, Éditions DALLOZ, 8^{ème} édition, p.693.

³⁹⁴ Ibid., p.293.

³⁹⁵ CE, 30 juin 1995, *Caisse des dépôts et consignations*, Req. N°124622, Rec.

d'invalidité. L'accident du SPP est ainsi pris en charge par le SDIS, qui peut soit recourir à l'auto-assurance, soit disposer d'un contrat d'assurance « accident de service » permettant de se subroger en partie ou en totalité aux droits de l'établissement public.

L'imputabilité au service d'une maladie professionnelle relève enfin d'une procédure particulière. Comme le note le professeur Taillefait³⁹⁶, « la reconnaissance du caractère professionnel d'une maladie est soumise à un régime juridique qui varie selon que la maladie figure ou non dans un des tableaux annexés au Code de la sécurité sociale³⁹⁷. Toutefois, quelle que soit la maladie l'agent victime devra apporter la preuve du lien de causalité entre l'affection dont il souffre et l'exercice de ses fonctions »³⁹⁸. Notons enfin que les SDIS sont comme toutes les administrations dans l'obligation de mettre en place à compter du 1^{er} janvier 2025 le suivi médical post professionnel. En effet, certaines expositions à des risques professionnels peuvent avoir des conséquences sur la santé des agents plusieurs années après la fin de l'exposition. La mise en place d'un suivi médical post-professionnel permet à ce titre de dépister le plus précocement possible une pathologie en lien avec l'exposition professionnelle. Il présuppose ainsi la mesure de l'exposition aux substance cancérogènes, mutagènes ou toxiques pour la reproduction (CMR) au cours de l'activité professionnelle du sapeur-pompier.

III. Le reclassement et la mise à la retraite d'office du SPP

Le sapeur-pompier professionnel reconnu inapte à l'exercice de ses fonctions à la suite d'altération de son état physique peut changer d'orientation professionnelle selon diverses voies, en fonction de son âge et de son ancienneté dans le service. De manière générale, l'accès aux corps de la fonction publique d'État ou aux autres cadres d'emplois de la fonction publique territoriale ou hospitalière est ouvert aux SPP par la voie du détachement³⁹⁹, nonobstant les limites d'âge et les critères éventuels d'aptitude médicale, dès lors qu'il remplit les conditions d'ancienneté et/ou de grade.

³⁹⁶ TAILLEFAIT Antony (2019), *Droit de la fonction publique*, Éditions DALLOZ, 8^{ème} édition, p.294.

³⁹⁷ Code de la sécurité sociale, Art. L.461-1 à L.461-8.

³⁹⁸ CE, 14 juin 1995, *Lemarquis*, Req. N°143428.

³⁹⁹ Code général de la fonction publique, Livre V, Titre 1^{er}, Chapitre III, Section 1.

De manière plus spécifique, le sapeur-pompier professionnel âgé d'au moins 50 ans peut demander à bénéficier, après avis du conseil médical, d'un projet de fin de carrière pouvant avoir lieu selon les modalités suivantes⁴⁰⁰ : soit une affectation à des fonctions non opérationnelles au sein du SDIS ; soit un reclassement dans un autre cadre d'emplois, assorti d'une indemnité spécifique égale au montant de l'indemnité de feu remboursée par le SDIS à l'administration accueillant l'agent ; soit un congé pour raison opérationnelle (CRO), s'il a accompli une durée de vingt-cinq années de services effectifs en tant que sapeur-pompier ou de services militaires, lui permettant de percevoir un revenu de remplacement égal à 75% du traitement indiciaire brut et de l'indemnité de feu.

L'agent qui se trouve dans l'impossibilité définitive et absolue de continuer une activité professionnelle par suite de maladie, blessure ou infirmité grave peut enfin être admis à la retraite soit d'office, soit sur demande. La mise à la retraite d'office pour inaptitude définitive à l'exercice de l'emploi est alors appréciée par le conseil médical. Elle ne peut être prononcée qu'à l'expiration des congés de maladie, des congés de longue maladie et des congés de longue durée dont l'agent bénéficie en vertu des dispositions statutaires qui lui sont applicables, sauf si l'inaptitude résulte d'une maladie ou d'une infirmité que son caractère définitif et stabilisé ne rend pas susceptible de traitement. Cette mise à la retraite entraîne un versement des droits à partir de l'âge légal de départ à la retraite des sapeurs-pompiers professionnels, soit 59 ans.

⁴⁰⁰ Code général de la fonction publique, Livre VIII, Titre II, Chapitre VI, Section 3.

Section 2 : Le sapeur-pompier volontaire est un agent public « sui generis » échappant à la « taxonomie statutaire » classique

Le sapeur-pompier volontaire (SPV) est dans une situation réglementaire qui le fait entrer de facto dans un statut « sui generis », dont l'engagement citoyen sert de fondement (§1). Sans être reconnu comme un travailleur par le droit interne, il est néanmoins exposé aux mêmes risques que ses collègues professionnels. Il bénéficie ainsi d'une protection sociale ad hoc, elle-même source de différends entre le SPV et son administration (§2).

§1. Le sapeur-pompier volontaire est dans une situation réglementaire

La situation du sapeur-pompier volontaire (SPV) est une situation particulière d'agent public non titulaire de la fonction publique, dont les contours sont complexes à cerner. Tout d'abord il est nécessaire de rappeler que le SPV n'est pas stricto sensu dans une situation statutaire. L'article L723-5 du Code de la sécurité intérieure (CSI) énonce en effet que « l'activité de sapeur-pompier volontaire, qui repose sur le volontariat et le bénévolat, n'est pas exercée à titre professionnel mais dans des conditions qui lui sont propres ». De plus, comme l'énonce l'article 3 de la loi n° 2011-851 du 20 juillet 2011 relative à l'engagement des sapeurs-pompiers volontaires et à son cadre juridique, « le code du travail comme le statut de la fonction publique ne lui sont pas applicables »⁴⁰¹.

Le Conseil d'État a néanmoins considéré dès 1993 que les SPV étaient des « agents publics contractuels à temps partiel »⁴⁰². Ils sont ainsi fondés à exercer des recours contre le SDIS auprès duquel ils ont souscrit un engagement. Néanmoins il semble possible de qualifier lato sensu la situation des SPV de statutaire, car comme le précise le professeur Olivier Renaudie « il a fallu attendre la loi du 3 mai 1996, modifiée par celle du 20 juillet 2011, pour

⁴⁰¹ Ces dispositions sont reprises dans le code de la sécurité intérieure (CSI), Art. L.723-8.

⁴⁰² CE, Section de l'intérieur, avis, 3 mars 1993, Req. N°353155.

les doter d'un véritable statut »⁴⁰³. Selon ce dernier, la nature juridique du SPV peut même être caractérisée comme étant celle d'un « quasi-agent contractuel de droit public »⁴⁰⁴.

Par le qualificatif de « volontaire », le SPV se rapproche néanmoins du volontariat au sens européen du terme, puisqu'il est « une des dimensions fondamentales de la citoyenneté active » pouvant « contribuer au bien-être des personnes et au développement harmonieux des sociétés européennes »⁴⁰⁵. Ainsi l'article L.723-9 du code de la sécurité intérieure (CSI) dispose que « l'activité de sapeur-pompier volontaire est à but non lucratif ». Elle ouvre cependant droit à des indemnités horaires, mais aussi à des prestations sociales et de fin de service.

La nature de « quasi-agent de droit public » est par ailleurs renforcée par de nombreuses homothéties avec le statut de sapeur-pompier professionnel et la condition d'agent contractuel de droit public : « Comme les agents contractuels de droit public, leur régime est imprégné par de nombreuses règles du droit des fonctionnaires. Tout sapeur-pompier volontaire doit obéissance à ses supérieurs (CSI, art. R.723-35). Une procédure disciplinaire est prévue, notamment pour sanctionner le non-respect de cette obligation (CSI, art. R.723-37 et s.). L'engagement peut être suspendu pour diverses raisons notamment pour des raisons familiales ou pour la poursuite d'études (CSI, art. R.723-46 et s.). L'autorité de gestion peut résilier d'office l'engagement (CSI, art. R.723-53). Ils bénéficient du droit de constituer des organisations syndicales, d'y adhérer ou d'être représentés par ces organisations »⁴⁰⁶.

Néanmoins l'activité de sapeur-pompier volontaire se fait sous le sceau de l'engagement citoyen (A), qui le fait échapper à la relation de travail et au principe de subordination. Astreint à la discipline d'un corps constitué, la puissance publique lui apporte cependant une protection (B).

⁴⁰³ RENAUDIE Olivier (2017), « Les services départementaux d'incendie et de secours. Entre sécurité intérieure et réforme territoriale », Institut universitaire Varenne, Collection Colloques et Essais, p.16.

⁴⁰⁴ Ibid., p.111.

⁴⁰⁵ Décision du Conseil de l'Union européenne du 27 novembre 2009 relative à l'année européenne des activités de volontariat pour la promotion de la citoyenneté active.

⁴⁰⁶ RENAUDIE Olivier (2017), « Les services départementaux d'incendie et de secours. Entre sécurité intérieure et réforme territoriale », Institut universitaire Varenne, Collection Colloques et Essais, p.111.

A. L'engagement citoyen du sapeur-pompier volontaire

Comme le rappelle avec force l'article L.723-5 du code de la sécurité intérieure (CSI) le sapeur-pompier volontaire (SPV) exerce une activité dans des « conditions » qui lui sont propres, dont les contours sont fixés par l'article L.723-6 du même code et épousent le concept de l'engagement citoyen. Le SPV est appelé à participer pleinement aux missions de sécurité civile mais aussi à des actions de formation. Ils perçoivent à ce titre des indemnités incessibles et insaisissables, cumulables avec tout revenu ou prestation sociale⁴⁰⁷. Soumis à la discipline⁴⁰⁸ il échappe de facto au statut de la fonction publique et au code du travail⁴⁰⁹, il dispose néanmoins d'une protection, particulièrement nécessaire à l'exercice de ses missions. Le recrutement du sapeur-pompier volontaire et le renouvellement de son engagement est d'abord abordé (I), avant que ne soit présenté le régime disciplinaire auquel il est soumis (II).

I. Le recrutement en tant que sapeur-pompier volontaire et le renouvellement de l'engagement

Comme l'énonce l'article L.723-3 du CSI « Toute personne, qu'elle soit ou non en activité et quelle que soit son activité professionnelle, peut devenir sapeur-pompier volontaire, sous réserve de satisfaire aux conditions d'engagement ». L'ensemble du processus de recrutement de ces SPV est d'ailleurs codifié au sein du code de la sécurité intérieure (articles L.723-3 à L.723-20), des campagnes régulières, assorties de plans⁴¹⁰, permettant de redynamiser périodiquement un engagement dans le volontariat souffrant des mêmes problématiques que l'engagement associatif⁴¹¹. Le SPV ayant souscrit un engagement

⁴⁰⁷ Loi n° 96-370 du 3 mai 1996 relative au développement du volontariat dans les corps de sapeurs-pompiers, article 11.

⁴⁰⁸ Code de la sécurité intérieure (CSI), Art. R.723-35 à R.723-44.

⁴⁰⁹ CSI, Art. L.723-8.

⁴¹⁰ Plan d'action pour un nouvel élan du volontariat présenté par le ministre de l'Intérieur le 29 septembre 2018, comportant 37 mesures à mettre en place d'ici 2021 pour favoriser l'engagement des jeunes et des femmes, notamment par la mise en place de l'engagement différencié (recrutement sur la seule mission de secours à personne par exemple).

⁴¹¹ Assemblée nationale, Rapport n°2383 du 20 novembre 2014, fait au nom de la commission d'enquête chargée d'étudier les difficultés du monde associatif dans la période de crise actuelle, de proposer des réponses concrètes et d'avenir pour que les associations puissent assurer leurs missions, maintenir et développer les emplois liés à leurs activités, rayonner dans la vie locale et citoyenne et conforter le tissu social.

dans un SDIS peut également demander un transfert dans un autre SDIS, les unités de formation détenues étant uniformes au niveau national⁴¹².

Il est ainsi conditionné par une visite médicale et la signature d'une charte du sapeur-pompier volontaire⁴¹³, fixant les devoirs et les droits de ces derniers. L'article R.723-15 du CSI met en place une période probatoire d'une à trois années suite au premier engagement, consenti pour une période de cinq années. Elle permet au SPV de satisfaire aux obligations de formation initiale de son grade qui, si elles ne sont pas atteintes, peuvent constituer un motif de non renouvellement de l'engagement⁴¹⁴.

II. La discipline à laquelle est soumise le sapeur-pompier volontaire

La charte nationale des SPV réaffirme le régime disciplinaire des sapeurs-pompiers volontaires. Elle constitue ainsi le soubassement de toute action disciplinaire. Comme l'édicte l'article R.723-35 du CSI, tout « sapeur-pompier volontaire doit obéissance à ses supérieurs ». Les sanctions applicables aux sapeurs-pompiers volontaires sont les suivantes⁴¹⁵ : l'avertissement puis le blâme, qui peuvent être infligés de manière unilatérale par le chef de corps départemental après proposition du chef de centre ; l'exclusion temporaire pour un mois au maximum, prononcée par l'autorité de gestion⁴¹⁶ après un entretien hiérarchique préalable avec l'intéressé et sans avis du conseil de discipline départemental ; la suspension des fonctions pour une durée maximale de quatre mois, sans avis préalable du conseil de discipline départemental, prononcée par l'autorité de gestion, pour tout SPV auteur d'une faute grave (manquement aux obligations de SPV ou infraction de droit commun). A l'expiration du délai et dans le cas où les poursuites ne sont pas pénales le SPV est rétabli dans ses fonctions. Les sanctions les plus graves, prononcées par l'autorité de gestion après avis du

⁴¹² Des formations spécifiques peuvent être aménagées de manière complémentaire dans chaque département, cette spécialisation étant due aux risques particuliers et localisés auxquels chaque SDIS doit faire face.

⁴¹³ Décret n° 2012-1132 du 5 octobre 2012 approuvant la charte du sapeur-pompier volontaire.

⁴¹⁴ Le renouvellement de l'engagement quinquennal se fait par reconduction expresse, jusqu'à l'âge de 67 ans, voire plus pour les SPV membres des services de santé et de secours médical.

⁴¹⁵ Code de la sécurité intérieure (CSI), Art. R.723-35 à R.723-44.

⁴¹⁶ Cette autorité de gestion est le maire ou le président de l'intercommunalité gérant un centre de première intervention non intégré au SDIS ou, le plus souvent pour les SPV des SDIS, le président du conseil d'administration, autorité territoriale d'emploi.

conseil de discipline départemental, sont l'exclusion temporaire de fonctions pour six mois au maximum, la rétrogradation ou la résiliation de l'engagement.

Il convient néanmoins de noter que le SPV jouit des mêmes garanties que le sapeur-pompier professionnel dans la procédure disciplinaire : il peut consulter son dossier, avant de voir son cas examiné par un conseil de discipline départemental⁴¹⁷.

B. La protection du sapeur-pompier volontaire

Les sapeurs-pompiers volontaires (SPV) recrutés sont indemnisés et non rémunérés. Ils ne cotisent donc pas aux organismes sociaux et de retraite. Si le SPV ne bénéficie donc pas d'un régime de protection sociale de droit commun, il jouit néanmoins d'une protection sociale spécifique venant en complément de son activité professionnelle.

La protection sociale du sapeur-pompier volontaire émerge dans le cadre de la loi du 5 avril 1851, qui « institue un droit à pension aux sapeurs-pompiers, victimes de leur dévouement dans les incendies, à leurs veuves et à leurs orphelins en cas de décès, en cas d'incapacité temporaire ou permanente »⁴¹⁸. Structurée par la loi du 28 juillet 1927 relative aux subventions aux communes pour les sapeurs-pompiers et le matériel incendie, elle évolue par paliers successifs, de la loi n°75-1528 du 27 décembre 1975 portant réforme du régime d'indemnisation des sapeurs-pompiers communaux non professionnels victimes d'un accident survenu ou d'une maladie contractée en service commandé à la loi n°91-1389 du 31 décembre 1991 relative à la protection sociale des sapeurs-pompiers volontaires en cas d'accident survenu ou de maladie contractée en service⁴¹⁹.

⁴¹⁷ Code de la sécurité intérieure (CSI), Art. R.723-77.

⁴¹⁸ BERAUD Nathalie, Mémoire Master 2 Droit et management publics des collectivités territoriales, Institut de management public et gouvernance territoriale d'Aix-Marseille Université, année de soutenance 2015, p.31.

⁴¹⁹ Cette loi a été précisée par plusieurs décrets : décret n°92-620 du 7 juillet 1992 relatif à la protection sociale du sapeur-pompier volontaire en cas d'accident survenu ou de maladie contractée en service et modifiant le code de la sécurité sociale ; décret n°92-621 portant diverses dispositions relatives à la protection sociale des sapeurs-pompiers volontaires en cas d'accident survenu ou de maladie contractée en service, modifiés par les décrets n°99-697, n°99-698, n°2013-220 et n°2013-221.

Le régime d'indemnisation des sapeurs-pompiers volontaires (RISP)⁴²⁰ est géré par la Caisse des dépôts et consignations (CDC), l'État prenant en charge les indemnités versées aux SPV ou à leurs ayant-cause, lors d'accident survenu ou de maladie survenue à l'occasion du service. Relève ainsi de cette situation le sapeur-pompier volontaire (SPV) qui répond au retentissement de la sirène du centre de secours ou du récepteur d'appel sélectif dont il est doté à titre individuel, afin de se rendre à son centre de secours d'affectation ; celui qui est doté d'un ordre de mission (départ en intervention, déplacement à l'occasion d'une formation ou d'une réunion de service) ; celui enfin qui intervient spontanément dans l'intérêt public ou pour sauver la vie d'une ou plusieurs personnes. Le SPV qui est victime d'un accident ou qui contracte à cette occasion une maladie professionnelle peut dès lors prétendre aux remboursements des frais entraînés par l'accident ou la maladie, à une compensation de perte de revenus et enfin sous certaines conditions à une indemnisation pour invalidité.

Il convient donc de distinguer les modalités financières de ces droits lors d'un accident ou d'une maladie contractée à l'occasion du service (I), puis celles relatives à la cessation de l'activité professionnelle du SPV, enfin dans les cas les plus dramatiques celles liées à son décès (II). Comme pour le SPP, la charge de la preuve appartient au SPV qui a l'obligation de déclarer au SDIS via le chef du centre de secours dont il dépend l'accident, en produisant tout élément susceptible d'établir la matérialité des faits et de transmettre un certificat médical constatant les blessures⁴²¹. Notons enfin que le SPV, comme le sapeur-pompier professionnel, a droit à la protection fonctionnelle (III).

⁴²⁰ Régime d'indemnisation des sapeurs-pompiers volontaires, Instruction à l'usage des directions départementales des services d'incendie et de secours, édition 2002. Le RISP gère les pensions d'invalidité et de réversion (conformément aux prescriptions de la loi n°62-873 de 1962), mais aussi les allocations et les rentes d'invalidité, les rentes de réversion et les pensions temporaires d'orphelins conformément à la loi n°91-1389 de 1991). S'il n'est pas doté de la personnalité juridique son gestionnaire, la Caisse des dépôts et consignations, édite un rapport annuel comportant un rapport de gestion et le bilan des comptes financiers. Cet instrument permet de cerner le degré de mobilisation de ce régime, unique pour les plus de 200 000 SPV en France. La ressource financière nécessaire pour servir les prestations, apportée majoritairement par l'État et marginalement par les tiers responsables d'accident, était ainsi en 2020 de 12,7 millions € (source : rapport annuel 2020 du RISP).

⁴²¹ Les critères qui sont pris en compte afin d'apprécier l'imputabilité au service d'un accident ou d'une maladie contractée en service prennent en compte le lieu et le moment auxquels s'est produit l'accident, l'activité exercée, le lien entre le trouble subi et les fonctions, mais aussi l'état de santé préexistant du sapeur-pompier. Cf. TA Strasbourg, 5 août 2013, *M.M.*, Req. N°1001814.

I. L'indemnisation de l'accident ou de la maladie contractée à l'occasion du service

Si l'indemnisation était à l'origine calculée de manière forfaitaire, la loi de finances rectificative de 1962 met en place un système de parité entre la pension versée au sapeur-pompier et les pensions versées au titre de l'invalidité ou celles perçues par les victimes civiles de la guerre. Par souci d'équité entre les sapeurs-pompiers volontaires (SPV) et les sapeurs-pompiers professionnels (SPP), la loi n°75-1528 rapproche le niveau des indemnités versées aux SPV de celui des indemnités versées aux SPP.

La protection sociale des SPV prend actuellement en charge les conséquences financières des accidents et maladies contractés en service lors d'une intervention, du trajet domicile-centre de secours ou centre de secours-intervention, enfin lors des activités sportives de service ou lors de la formation. La loi n°2021-1520 du 25 novembre 2021 visant à consolider notre modèle de sécurité civile et valoriser le volontariat des sapeurs-pompiers et les sapeurs-pompiers professionnels élargit et clarifie la notion d'accident de service. Ainsi les accidents en services commandés doivent être pris en charge « quelle que soit la cause de l'accident survenu dans le temps et le lieu du service, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de l'activité du sapeur-pompier volontaire ou d'une activité qui en constitue le prolongement normal, en l'absence de faute personnelle ou de toute autre circonstance particulière détachant l'accident du service ».

Comme les sapeurs-pompiers professionnels, le bénéfice du régime de la protection sociale est néanmoins conditionné à la reconnaissance de l'imputabilité au service de l'accident ou de la maladie⁴²². Cette imputabilité au service de l'accident ou de la maladie peut être reconnue par le service départemental d'incendie et de secours soit sans consultation préalable du conseil médical⁴²³, soit après la consultation de cet organe dans les autres situations. Le conseil médical apprécie alors la réalité des infirmités, leur imputabilité au service, les conséquences ainsi que le taux d'invalidité qu'elles entraînent.

⁴²² CE, 16 juin 1997, *Préfet du Morbihan*, Req. N°122264.

⁴²³ Lorsque l'incapacité de travail ne dépasse pas 15 jours. Cf. Décret n°92-620 du 7 juillet 1992 relatif à la protection sociale des sapeurs-pompiers volontaires en cas d'accident survenu ou de maladie contractée en service et modifiant le code de la sécurité sociale.

Dès lors que l'accident ou la maladie est reconnue imputable au service, le sapeur-pompier volontaire (SPV) bénéficie de la gratuité des frais de santé liés à l'évènement⁴²⁴ et du versement, en cas d'arrêt de travail consécutif à une incapacité temporaire de travail (ITT), d'une indemnité journalière⁴²⁵ compensant la perte de revenus subie. Le montant minimum de l'indemnité journalière est fixé à huit fois l'indemnité horaire versée, en cas d'intervention. Elle est servie pendant toute la durée de l'arrêt de travail, son montant ne variant pas en fonction de la durée de ce dernier.

Le SPV est de plus éligible au dispositif de l'invalidité permanente, l'invalidité correspondant à une perte d'intégrité physique ayant elle-même pour conséquence un déficit fonctionnel. Cette invalidité est constatée par un médecin agréé si elle est inférieure à 10%, ou déterminée par conseil médical. Une allocation⁴²⁶ peut être servie au SPV lorsque le taux d'invalidité est compris entre 10 et 50%. Il s'agit d'une rente⁴²⁷ si le taux d'invalidité dépasse les 50%, cette rente étant réversible pour moitié au conjoint ou à défaut aux enfants de moins de 21 ans ou majeurs infirmes. Allocation et rente d'invalidité sont obligatoirement révisées à l'issue d'une période de 3 ans à compter de la date de consolidation⁴²⁸. De même, les ayants-causes d'un SPV décédé en service bénéficient d'une rente de réversion et, le cas échéant, à une pension d'orphelin. Il est enfin nécessaire de noter que le SPV qui est fonctionnaire bénéficie, en cas d'accident survenu ou de maladie contractée dans son service de sapeur-pompier, du régime d'indemnisation fixé par les dispositions statutaires qui le régissent⁴²⁹. Si ces dispositions sont moins favorables pour le SPV que le régime d'indemnisation des SPV, la

⁴²⁴ Frais médicaux, chirurgicaux, de traitement, etc. dans la limite des barèmes du ticket modérateur de la sécurité civile.

⁴²⁵ Cette indemnité journalière est égale pour les sapeurs-pompiers volontaires qui exerçaient une activité salariée à un quatre-vingt-dixième des revenus salariés imposables perçus, au titre des trois mois précédant l'arrêt de travail ; pour les sapeurs-pompiers volontaires qui exerçaient une activité non salariée à un trois-cent-soixante-cinquième des revenus professionnels non-salariés déclarés, au cours de l'année précédant celle de l'arrêt de travail.

⁴²⁶ Pour obtenir le montant mensuel de cette allocation il est nécessaire de multiplier le traitement de l'indice 173 brut par le taux d'invalidité, puis de diviser le tout par douze. Ainsi une invalidité de 20%, sachant que l'indice 173 brut équivaut à un traitement de X € à la date du calcul, correspond à une allocation mensuelle de $(0.2 \times X) / 12$.

⁴²⁷ L'indice de base du calcul est déterminé en fonction du grade et de la durée des services du SPV à la date de l'accident. Pour un SPV ayant accompli moins de 10 ans de service, le traitement de référence est celui du 1^{er} échelon d'un SPP. Pour un SPV ayant accompli plus de 10 ans de service, le traitement de référence est celui correspondant à la moyenne arithmétique des indices majorés de tous les échelons de l'échelle de traitement d'un SPP au même grade que le SPV intéressé.

⁴²⁸ Si le pourcentage d'invalidité révisé est modifié ou l'intéressé conteste le taux accordé, le dossier doit être alors soumis de manière obligatoire à la commission départementale de réforme.

⁴²⁹ Loi n°2021-1520 du 25 novembre 2021 visant à consolider notre modèle de sécurité civile et valoriser le volontariat des sapeurs-pompiers et les sapeurs-pompiers professionnels, article 19.

Caisse des dépôts peut à la demande de l'intéressé verser la différence. Les allocations et les rentes versées prennent effet à la date de consolidation des blessures et sont révisables, incessibles, insaisissables sauf débet envers l'État, non imposables et non rachetables, enfin cumulables avec d'autres revenus de toute nature que ce soit.

Enfin, les sapeurs-pompiers volontaires (SPV) qui subissent, du fait d'un accident de service, un préjudice qui n'est pas réparé par les prestations prévues par la loi du 31 décembre 1991 peuvent également demander au SDIS auprès duquel ils se sont engagé une réparation complémentaire, même en l'absence de faute de celui-ci⁴³⁰. Il convient enfin de noter que les SPV victimes d'un accident ou atteints d'une maladie contractée en service ou à l'occasion du service sont éligibles au dispositif des emplois réservés⁴³¹.

II. L'indemnisation de la cessation de l'activité professionnelle ou du décès d'un SPV, par suite d'un accident survenu ou suite à une maladie contractée en service

Un SPV peut être amené, suite à un accident survenu ou d'une maladie contractée en service ou à l'occasion du service, à cesser définitivement l'activité professionnelle qu'il exerçait. La prestation dont lui ou son ayant-droit peut bénéficier au titre du régime d'indemnisation des SPV (RISP) est alors calculée sur la base des revenus qu'il percevait lors de la cessation de son activité. Cette dernière est établie dès lors que le SPV salarié voit la rupture de son contrat de travail prononcée en raison de son incapacité à continuer à tenir l'emploi qu'il occupait avant son accident ou sa maladie ; que le SPV non salarié se voit radié du système national d'identification et du répertoire des entreprises et de leurs établissements⁴³² ; que le SPV fonctionnaire est radié des cadres pour invalidité en raison de son incapacité.

Le revenu retenu diffère en fonction de la situation du sapeur-pompier volontaire (SPV), il est par ailleurs indexé à l'évolution du traitement annuel brut afférent à l'indice

⁴³⁰ Voir CE, 7 novembre 2019, *M. A. B.*, Req. N°409330 ; DE MONTECLER Marie-Christine (2019), « La fin du forfait de pension pour les sapeurs-pompiers volontaires », DALLOZ actualités du 14 novembre 2019.

⁴³¹ Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre, Art. L.393.

⁴³² Cette radiation peut selon la directive de la Caisse des dépôts et consignations être également prouvée par tout autre moyen probant.

100⁴³³. Si le sapeur-pompier volontaire (SPV) est affilié au régime général de la Sécurité sociale ou au régime de la mutualité sociale agricole, le revenu correspond au salaire annuel⁴³⁴. Si le SPV est non salarié le revenu correspond au revenu fiscal précédant la période d'arrêt de travail. Enfin, si le SPV est fonctionnaire le revenu est égal au montant de la rémunération perçue au cours des douze mois précédant l'arrêt de travail.

En cas de décès une rente⁴³⁵ de réversion est allouée au conjoint survivant ou, à défaut, aux enfants⁴³⁶ reconnus de moins de vingt et un ans ou handicapés, la répartition étant opérée de manière égalitaire entre les ayants-droits. Il est également possible de verser une pension temporaire d'orphelin jusqu'aux 21 ans de chaque enfant reconnu, égale à 10% de l'indice de référence retenu pour le calcul de la rente de réversion. Un capital-décès est enfin alloué aux ayants-causes du SPV, l'indice de base du calcul étant déterminé en fonction du grade et de la durée des services du SPV à la date de l'accident⁴³⁷.

A la protection sociale du SPV s'ajoute également sa protection fonctionnelle.

III. La protection fonctionnelle du SPV

Agents territoriaux non titulaires, ils bénéficient des dispositions de l'article 11 de la loi 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires⁴³⁸. Cette protection fonctionnelle couvre également le droit à la prise en charge par le service départemental d'incendie et de secours (SDIS) des frais exposés par le pompier victime dans une instance

⁴³³ Décret n°48-1108 du 10 juillet 1948 portant classement hiérarchique des grades et emplois des personnels de l'Etat relevant du régime général des retraites ; décret n°85-1148 du 24 octobre 1985 modifié relatif à la rémunération des personnels civils et militaires de l'Etat, des personnels des collectivités territoriales et des personnels des établissements publics d'hospitalisation.

⁴³⁴ Code de la sécurité sociale, Art. L.434-15, R.434-30, R.434-32 et R.436-1 ; voir également décret 75-598 du 29 juin 1973.

⁴³⁵ La rente est calculée de deux manières différentes, selon que le SPV décédé soit cité ou pas à l'ordre de la Nation à titre posthume.

⁴³⁶ L'œuvre des pupilles, association à but non lucratif créée en 1887 et reconnue d'utilité publique en 1928, permet également aux enfants orphelins d'être soutenus financièrement, matériellement et moralement lors du décès d'un de leur parent sapeur-pompier.

⁴³⁷ Les modalités de calcul sont identiques à celles d'un sapeur-pompier professionnel, voir décret 90-850 du 25 septembre 1990 portant dispositions communes à l'ensemble des sapeurs-pompiers professionnels.

⁴³⁸ Voir l'article 112 de la loi n°2003-239 du 18 mars 2003 modifiée pour la sécurité intérieure, codifié à l'article L.113-1 du code de la sécurité intérieure, précisant que la protection dont bénéficient les sapeurs-pompiers professionnels est étendue aux sapeurs-pompiers volontaires.

civile ou pénale⁴³⁹, lorsque le conflit n'a pas été élevé⁴⁴⁰. Cette obligation de protection est plus large puisque la loi dispose que « la collectivité publique est tenue de protéger les fonctionnaires contre les menaces, violences, voies de fait, injures, diffamations ou outrages dont ils pourraient être victimes à l'occasion de leurs fonctions, et de réparer le cas échéant, le préjudice qui en résulte ». Cependant, « la réparation du harcèlement n'ouvre pas droit à la protection fonctionnelle »⁴⁴¹, conformément à la décision CE, 21 oct. 2013, *Commune de Cannes*, Req. N°364098.

Il convient néanmoins de noter que cette protection fonctionnelle peut être étendue au contentieux administratif : « Même si c'est rare, cette obligation implique parfois des procès administratifs »⁴⁴².

Par ailleurs le décret n° 2017-97 du 26 janvier 2017 relatif aux conditions et aux limites de la prise en charge des frais exposés dans le cadre d'instances civiles ou pénales par l'agent public ou ses ayants droit permet de cadrer la demande de protection fonctionnelle, qui est un acte créateur de droit ne pouvant être retiré au motif d'illégalité que dans un délai de quatre mois⁴⁴³. Il permet également de préciser de quelle manière il est possible de doubler la convention liant l'agent et l'avocat d'une convention liant l'administration et l'avocat.

Enfin, le SDIS peut exercer en cas de faute personnelle de l'agent, détachable de la faute de service, une action récursoire : « Si les fonctionnaires et agents des collectivités publiques ne sont pas pécuniairement responsables envers ces collectivités des conséquences dommageables de leurs fautes de service, il ne saurait en être ainsi lorsque le préjudice qu'ils ont causé à ces collectivités est imputable à des fautes personnelles détachables de l'exercice de leurs fonctions »⁴⁴⁴.

Un SPV est ainsi fondé à demander la protection fonctionnelle suite aux agissements répréhensibles d'autres SPV. Si le degré de gravité de ces derniers est faible mais que leur fréquence est importante l'autorité territoriale d'emploi peut alors menacer les

⁴³⁹ Sénat, rapport d'information du n°193 du 11 décembre 2019 sur la sécurité des sapeurs-pompiers, p.37.

⁴⁴⁰ Un conflit est élevé lorsque le tribunal des conflits est saisi par l'une des parties afin que la juridiction administrative soit dessaisie du dossier.

⁴⁴¹ ROUQUETTE Rémi (2016), *Petit traité du procès administratif*, édition DALLOZ, collection PRAXIS, pp.332.111.

⁴⁴² Ibid.

⁴⁴³ CE 22 janvier 2007, *min. des Affaires étrangères c/Maruani*, Req. N°285710.

⁴⁴⁴ CE 17 décembre 1999, 7/10 SSR, Req. N°199598, Rec.

contrevenants de procédures disciplinaires, cette perspective les inclinant parfois à mettre fin à leur activité.

§2. La fin des fonctions de sapeur-pompier volontaire

Le sapeur-pompier volontaire (SPV) peut mettre fin à son activité soit en la suspendant (A), soit en mettant un terme à ses fonctions (B).

A. La suspension de l'engagement

Les articles R.723-46 à R.723-50 du code de la sécurité intérieure (CSI) permettent d'organiser la suspension du SPV, qui ne peut excéder cinq années sur toute la durée des engagements contractés par l'intéressé. Cette suspension peut tout d'abord être prononcée à la demande du SPV, pour une durée minimale de 6 mois, notamment pour des raisons familiales, scolaires ou professionnelles.

La suspension peut également être prononcée par le service en cas d'incompatibilité avec certaines fonctions électives. La fonction de membre du conseil d'administration avec voix délibérative⁴⁴⁵, de maire dans la commune de plus de 3500 habitants siège du centre de secours ou d'adjoint au maire dans la commune de plus de 5000 habitants siège du centre de secours est en effet incompatible avec l'activité de sapeur-pompier volontaire⁴⁴⁶, alors que de telles sujétions ne pèsent pas sur les sapeurs-pompiers professionnels⁴⁴⁷.

La suspension peut aussi être prononcée en cas d'incapacité médicale supérieure à 3 mois. Elle peut néanmoins être évitée en cas d'arrêt de travail consécutif à un accident survenu en service ou à une maladie contractée en service ou à l'occasion du service, en cas d'incapacité partielle. Dans ce cas le médecin de sapeur-pompier compétent peut en effet

⁴⁴⁵ Code général des collectivités territoriales (CGCT), Art. L.1424-24.

⁴⁴⁶ CGCT, Art. L.2122-5-1.

⁴⁴⁷ Réponse du Ministère de l'intérieur publiée au journal officiel du Sénat le 14/11/2019 (p : 5275) à la question écrite n°09042 de Mr Jean-Louis Masson : « Concernant les fonctions exécutives municipales (maire et adjoint), si aucune disposition ne vient limiter la liberté des sapeurs-pompiers professionnels, les sapeurs-pompiers volontaires sont soumis à une incompatibilité de fonction dans certaines communes ».

autoriser le positionnement de l'agent sur des tâches non opérationnelles. Néanmoins « les dispositions des articles R.723-47 et R.723-50 du code de la sécurité intérieure, qui n'envisagent l'affectation du sapeur-pompier volontaire inapte sur des missions ou tâches non opérationnelles que comme une faculté, ne peuvent en outre être regardées comme obligeant l'autorité de gestion à chercher à reclasser un sapeur-pompier volontaire inapte (CAA Nancy, 14 mai 2019, n°18NC02042 et 18NC02043) »⁴⁴⁸.

La suspension peut enfin être prononcée en cas de procédure disciplinaire, à titre conservatoire, pour une durée maximale de quatre mois.

B. Le terme des fonctions de SPV et la prestation de fin de service

Le terme de l'engagement de sapeur-pompier volontaire est codifié dans les articles R.723-52 à R.723-55 du code de la sécurité intérieure (CSI). Il peut être prononcé à quatre occasions.

La première est celle qui la plus commune, puisqu'il s'agit de la résiliation de plein droit lorsque le SPV atteint la limite d'âge. Cette dernière est différenciée en fonction de la qualité du SPV⁴⁴⁹ (60 ans avec possibilité d'extension à 65 ans pour les SPV, 70 ans pour les médecins de SPV), qui a la faculté de pouvoir avancer ce terme à l'âge de 55 ans. Le SPV peut dès lors accéder à la qualité de sapeur-pompier volontaire honoraire au grade immédiatement supérieur à celui qu'il détenait pendant son engagement⁴⁵⁰.

La seconde est la résiliation d'office de l'engagement du SPV par l'autorité de gestion⁴⁵¹. Cette résiliation peut être prononcée dans diverses situations : en cas d'insuffisance dans l'aptitude ou dans la manière de servir pendant la période probatoire, en cas d'inaptitude physique ou médicale, en cas de non-réalisation de la visite périodique d'aptitude médicale, en cas de non-reprise de l'activité à l'issue de la fin d'une période de suspension de l'engagement, en cas de non validation de la formation initiale, en cas d'activité

⁴⁴⁸ Code la sécurité intérieure (CSI), DALLOZ, 4^{ème} édition 2021, Commentaire sous l'article R.723-47, p.1566.

⁴⁴⁹ CSI, Art. R.723-52.

⁴⁵⁰ CSI, Art.R.723-61.

⁴⁵¹ CSI, Art.R.723-53.

insuffisante⁴⁵², enfin en cas d'une procédure disciplinaire prononçant la résiliation d'office de l'engagement.

La troisième est le non renouvellement par l'autorité de gestion de l'engagement du sapeur-pompier volontaire (SPV)⁴⁵³. Cette décision *intuiti personae* doit être prise en considération d'éléments factuels permettant de la justifier. L'autorité de gestion est tenue d'en informer l'intéressé par lettre recommandée avec demande d'avis de réception six mois au moins avant la fin de la période quinquennale d'engagement. L'intéressé peut demander à être entendu par l'autorité de gestion et, dans les deux mois à compter de la réception de la lettre mentionnée au premier alinéa, demander que son cas soit examiné par le comité consultatif compétent. La décision motivée de l'autorité de gestion sur le non-renouvellement de l'engagement du sapeur-pompier volontaire doit être notifiée à l'intéressé un mois au moins avant le terme de l'engagement en cours. Cette voie génère fréquemment des contentieux, le non renouvellement pouvant souvent être considéré par des managers comme le moyen le plus aisé de se séparer d'un agent⁴⁵⁴.

La quatrième et dernière occasion est enfin la résiliation de l'engagement par le SPV lui-même⁴⁵⁵.

Le SPV qui est au terme de son activité peut avoir droit à la prestation appelée « nouvelle prestation de fidélisation et de reconnaissance » (nouvelle PFR) s'il est âgé d'au moins 55 ans et a effectué au moins 20 ans de service (ou 15 ans si l'incapacité opérationnelle a été reconnue médicalement). La Nouvelle PFR est versée une seule fois par an, son montant différant selon le nombre d'années de services effectués. Elle est servie par l'association nationale pour la prestation de fidélisation et de reconnaissance (APFR). Les prestations annuelles au titre de la nouvelle PFR des SPV d'un corps départemental sont prises en charge et financées par le SDIS, dernière autorité de gestion au moment de la cessation de l'engagement. L'État participe néanmoins à hauteur de 50% de ce financement, un arrêté annuel du ministre chargé de la sécurité civile fixant cette contribution. Ainsi, un SDIS ne

⁴⁵² Lorsque, sans motif valable, le sapeur-pompier volontaire qui n'a pas accompli d'activité depuis au moins trois mois ne reprend pas son activité sous un délai de deux mois après mise en demeure par lettre recommandée avec accusé de réception.

⁴⁵³ Code de la sécurité intérieure (CSI), Art. R.723-54.

⁴⁵⁴ Voir à titre d'exemple : CAA NANCY, 5^{ème} chambre, 19 décembre 2024, Req. N°21NC00929.

⁴⁵⁵ CSI, article R.723-55.

financera que les prestations dues pour ses propres SPV cessant leur engagement au cours de l'exercice concerné : il n'y a pas de provision, ni de capitalisation. La nouvelle PFR est ainsi équivalent à un système de retraite par répartition, où 50% des cotisations sont prises en charge par l'État. Le montant annuel de PFR perçue par les SPV est donc fonction de leur ancienneté de service, le grade détenu n'entrant pas en ligne de compte. Il est fixé chaque année par arrêté⁴⁵⁶ : pour au moins 20 ans de service à 498 €, pour au moins 25 ans de service à 996 €, pour au moins 30 ans de service à 1 494 €, pour au moins 35 ans de service à 1 992 €.

⁴⁵⁶ Arrêté du 30 décembre 2021 fixant le montant de la nouvelle prestation de fidélisation et de reconnaissance des sapeurs-pompiers volontaires.

Conclusion du chapitre 2

Ce deuxième chapitre a permis de dresser un état du droit du statut de sapeur-pompier professionnel (SPP) et des règles qui encadrent le recrutement ainsi que l'emploi des sapeurs-pompiers volontaires (SPV). Il aura ainsi démontré que la situation particulière de ces derniers, qui les fait entrer dans la catégorie des agents publics non permanents échappant à toute situation statutaire par l'engagement qu'ils souscrivent auprès de la collectivité, est néanmoins « homothétique » à la situation de leurs collègues fonctionnaires. Ce rapport particulier peut ainsi d'ores et déjà expliquer le fait que le contentieux soulevé par les SPP et par les SPV se nourrissent mutuellement, comme nous pourrons le constater ultérieurement.

Ce chapitre aura également permis de mettre des chiffres en face des dispositions statutaires ou normatives encadrant les sapeurs-pompiers, afin de sensibiliser à la dimension éminemment économique qui est attachée au statut de sapeur-pompier professionnel (SPP) ou à la condition de sapeur-pompier volontaire (SPV). Mise à jour lors de différents événements jalonnant la vie du service (accidents, maladies, discipline, qualité de la vie au service, etc.), elle s'appréhende en effet difficilement. Plusieurs sources documentaires « synthétiques » permettent néanmoins de l'aborder partiellement : le rapport annuel sur les indicateurs nationaux des services d'incendie et de secours (INSIS), la banque nationale des données de la Caisse nationale de retraite des agents des collectivités locales (CNRACL) et ses statistiques annuelles sur l'accidentalité des SPP et des SPV, le rapport annuel du régime d'indemnisation des sapeurs-pompiers volontaires (RISP), enfin les rapports parlementaires d'examen du projet de loi de finances initiale.

Ce chapitre aura enfin permis de démontrer l'extrême complexité des processus d'avancement de carrière et de rémunération, mais aussi de protection sociale. Ces champs, qui s'entrecoupent parfois, sont très régulés par la norme, dont le degré de précision est parfois redoutable. Il peut alors amener parfois en droit à traiter des litiges dont la complexité technique devient foisonnante, militant pour une solution alternative.

Conclusion du titre 1

Le sapeur-pompier est un agent du service départemental d'incendie et de secours, qui est un établissement public administratif par détermination de la loi, administré par le département, les intercommunalités et les communes qui n'ont pas transféré la compétence incendie à l'établissement public de coopération intercommunale (EPCI) dont elles sont un des membres. Ce système institutionnel est ainsi à rebours de la structure militaire ou paramilitaire à laquelle l'imagerie populaire rattache le sapeur-pompier, car il relève du droit commun des établissements publics administratifs, adapté néanmoins à la spécificité du sapeur-pompier en général et du sapeur-pompier volontaire en particulier.

Les sapeurs-pompiers, qu'ils soient professionnels (SPP) ou volontaires (SPV), évoluent cependant dans un cadre législatif et réglementaire d'une grande complexité, relevant entre autres du code général de la fonction publique, du code général des collectivités territoriales et du code de la sécurité intérieure. Leur activité, considéré comme un métier à risque pour les sapeurs-pompiers professionnels, impose des contraintes d'emploi et des contraintes physiologiques importantes. Elle est ainsi rémunérée de manière « exorbitante » par rapport à l'activité des grands cadres d'emploi de la fonction publique territoriale comme la filière administrative ou technique, notamment grâce à la prime de feu pour les sapeurs-pompiers professionnels, mais aussi au système des vacations pour les sapeurs-pompiers volontaires.

Toute évolution de la santé physique ou mentale du sapeur-pompier, mais aussi de ses conditions d'emploi (s'il est SPP) ou d'engagement (s'il est SPV) par l'autorité de gestion, est ainsi susceptible d'avoir pour lui des conséquences économiques certaines. Si cette raison n'est pas la seule, elle est fréquemment à l'origine du développement de différends entre le sapeur-pompier et son administration d'emploi, qui dégénèrent parfois en litiges s'ils s'inscrivent dans le temps, voire en contentieux si ces derniers s'enkystent. Quel que soit le degré de conflictualité ces épisodes laissent toujours des marques, que ce soit au niveau de l'agent concerné ou, de manière plus complexe, de l'administration. Si les traces « émotionnelles » du conflit sont souvent minimales pour les services centraux, chargés d'instruire le dossier contentieux, elles peuvent être plus profondes chez les managers de

proximité et dans les collectifs de travail. En parallèle, la complexité des règles applicables aux sapeurs-pompiers, qu'ils soient professionnels ou volontaires, voire qu'ils cumulent les deux statuts, peut amener à gérer des litiges et des contentieux particulièrement complexes à démêler au point de vue technique.

Le titre 2 a ainsi vocation à présenter les avantages et les limites de la médiation administrative.

Titre 2 : L'intérêt d'un développement de la médiation administrative

Quand bien même les délais de jugement constatés au sein de la juridiction administrative sont légèrement plus courts que ceux constatés au sein de la juridiction judiciaire, il pourrait être utile pour l'administration de résoudre le plus rapidement possible les litiges nés de situations de conflit entre un agent et son administration : tout d'abord pour économiser les ressources publiques dévolues au traitement du différend, ensuite pour ne pas négliger les effets du différend sur le collectif de travail. En effet, si un conflit en matière de droit du travail peut souvent voir le contrat rompu avant la judiciarisation de l'affaire, il n'en est pas de même en droit de la fonction publique. La situation particulière du fonctionnaire et d'un agent contractuel ou quasi-contractuel est avant tout celle d'une personne attachée durablement à son administration : plus le litige dure, plus la reprise de l'agent au sein de son service est compliquée, les tensions entre les différents protagonistes de l'affaire étant exacerbées par les procédures inhérentes à toute résolution contentieuse.

Le premier chapitre s'attachera à démontrer que si la médiation administrative constitue aujourd'hui une promesse à court terme pour alléger les rôles des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, elle pourrait également faciliter la résolution des différends soulevés par le sapeur-pompier. Elle est en effet à la fois un processus qui permet de rétablir le dialogue, un échange contractuel et une véritable maïeutique en matière de recherche de solutions permettant de sortir du conflit.

Le deuxième chapitre mettra l'accent sur les freins qui doivent être levés afin d'améliorer le développement de la médiation administrative, comme la peur de la hiérarchie ou de l'autorité, la logique de l'honneur qui prévaut notamment chez les sapeurs-pompiers ou la faiblesse de l'approche économique dans la logique procédurale du litige.

Chapitre 1 : La médiation pour faciliter la résolution du contentieux fonction publique soulevé par le sapeur-pompier

La médiation administrative en matière de résolution des différends est une notion complexe, tant au point de vue du fond que de la forme, car elle est à la fois une procédure et un processus, pouvant aboutir à un accord homologué par le juge administratif ou à une transaction (Section 1). Promue par le législateur et la juridiction administrative, elle permet de mettre à jour la dimension économique, sociologique, linguistique et culturelle du différend pour trouver en équité un accord préférable à une décision juridictionnelle inéquitable. Elle est en cela un outil permettant de restaurer les liens par essence vulnérables entre le sapeur-pompier et son administration (Section 2).

Section 1 : La notion de médiation administrative

La médiation administrative est un mode alternatif de règlement des différends qui est un procédé de dialogue, aux formes multiples, organisé par un médiateur compétent (§1). Elle peut aboutir à un accord de médiation, qui peut être homologué par le juge administratif, ainsi qu'à une transaction, notamment pour renoncer à un recours ultérieur (§2).

§1. Un mode alternatif de règlement des différends (MARD)

La médiation appartient à la vaste famille des « Modes alternatifs de règlement des différends » (MARD), « apparue au milieu des années 1990 comme un équivalent français à la notion américaine *d'Alternative Dispute Resolution* »⁴⁵⁷. Cette loi fédérale américaine, originellement « Alternative Resolution Act of 1998 », « limite les modes alternatifs aux méthodes qui impliquent une tierce partie neutre choisie pour aider à résoudre les points en conflit en dehors de la juridiction »⁴⁵⁸. Cependant ces modes recoupent des réalités plurielles,

⁴⁵⁷ CADIET Loïc et CLAY Thomas (2019), *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Éditions DALLOZ, 3^{ème} édition, p.31.

⁴⁵⁸ Ibid., p.33.

car « les termes mêmes sont multiples : il est question de modes alternatifs de règlement des conflits, de modes alternatifs de règlements des litiges, de modes de règlement des différends, de modes conventionnels, de modes non-juridictionnels, de modes amiables. Les formules sont nombreuses, proches sans être synonymes »⁴⁵⁹. Il existe néanmoins comme le souligne Anne-Laure Ponsard un dénominateur commun à tous ces modes de résolution, car « au-delà de leurs profondes différences, l'arbitrage, la transaction, la conciliation, la médiation et le recours administratif principalement, présentent tous cette caractéristique de permettre de régler un litige sans faire appel au juge étatique dans sa mission de *jurisdictio* »⁴⁶⁰.

La doctrine a ainsi élaboré plusieurs types de classification pour ces modes, distinguant les modes alternatifs de règlement des différends (MARD), les modes alternatifs de règlement des litiges (MARL), les modes fonction du caractère conventionnel ou pas des procédés, les modes faisant intervenir ou non un tiers, les modes communs ou non au droit privé et au droit public, etc⁴⁶¹. Distinguer le MARL du MARD et du MARC est par conséquent aujourd'hui d'une très grande difficulté : « Conflit ? Litige ? Différend ? Contestation, voire dispute, mot devenu désuet en France dans le langage du droit mais utilisé en *common law* (*dispute resolution*) ? Ces différents termes sont généralement employés l'un pour l'autre ; la terminologie ne varie pas seulement d'un auteur à l'autre, mais aussi d'un texte à l'autre, parfois même à l'intérieur de la même disposition comme le montre à l'envi l'article L132-1 du Code de procédure civile »⁴⁶², qui dispose que le juge saisi d'un *litige* peut désigner une tierce partie afin de trouver une solution au *conflit*. Cependant, « sans entrer (...) dans une discussion trop byzantine, disons simplement que, si les notions de conflit, de litige et de différend sont parfois employées comme synonymes, l'expression MARL, pour modes alternatifs de règlement/résolution des litiges, ou MARD, pour modes alternatifs de règlement/résolution des différends, étant parfois préférée à celle de MARC, ces notions ne sont pas équivalentes. La notion de conflit est générale et a donc vocation à englober la notion de litige »⁴⁶³. Le différend peut néanmoins s'entendre de différentes façons au point de vue *conflictuel*, rendant son utilisation sémantique complexe. Parce que d'une part « tout conflit n'est pas un

⁴⁵⁹ PONSARD Anne-Laure (2015), *La transaction administrative*, Thèse de droit public, p.3.

⁴⁶⁰ Ibid., p.4.

⁴⁶¹ Voir les développements d'Anne-Laure Ponsard dans sa thèse citée supra.

⁴⁶² CADIET Loïc et CLAY Thomas (2019), *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Éditions DALLOZ, 3^{ème} édition, p.24.

⁴⁶³ Ibid., p.26.

litige »⁴⁶⁴ mais aussi que d'autre part « un litige peut être juridiquement réglé sans que le conflit qui y a donné naissance ne le soit »⁴⁶⁵ il est donc décidé de classer la médiation dans le champ qui nous apparaît le plus large possible, c'est-à-dire celui du différend. La médiation administrative est donc un MARD.

Si la médiation administrative est un procédé de dialogue entre les parties litigantes (A), elle a différentes formes (B).

A. La médiation administrative, procédé de dialogue

Les fondements épistémologiques de la médiation sont pluriels. La médiation en tant que mode alternatif de résolution des litiges est en effet un procédé, « voire des procédures, des procédures sans procès ainsi qu'on a pu en qualifier certaines ; ils sont aussi présentés comme des processus, comme dans l'article 1530 du Code de procédure civile⁴⁶⁶ »⁴⁶⁷. La médiation est donc un mode amiable éminemment processuel : « C'est une autre forme de justice, une justice différente, une autre justice »⁴⁶⁸. Cette forme atypique de la justice « remplit une fonction fondamentale de rétablissement ou d'établissement de la communication »⁴⁶⁹, elle peut donc se situer dans la théorie de la communication de Niklas Luhmann, qui considère avant tout le droit comme un système social⁴⁷⁰.

La médiation repose en effet sur un socle de valeurs dont les références sont plurielles⁴⁷¹. Elle met néanmoins en relief la supériorité de la réflexion ternaire, qui permet de sortir de toute pensée binaire (le blanc/le noir, le vrai/le faux, le juste/l'injuste, etc.) en

⁴⁶⁴ Ibid., p.26.

⁴⁶⁵ Ibid., p: 27. Cette dimension du conflit non éteint par l'extinction du litige est fondamentale dans le choix de la médiation comme mode de pacification des relations. Elle est même au fondement de la médiation, qui est un procédé pour réparer le lien.

⁴⁶⁶ L'article 1530 du Code de procédure civile définit la conciliation et la médiation conventionnelle comme « tout processus structuré, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence ».

⁴⁶⁷ CADIET Loïc et CLAY Thomas (2019), *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Éditions DALLOZ, 3^{ème} édition, p.18.

⁴⁶⁸ Ibid., p.19.

⁴⁶⁹ GUILLAUME-HOFNUNG Michèle (2020), *La médiation*, Que sais-je, 8^{ème} édition, p.68.

⁴⁷⁰ Voir K. SOSOE Lukas (2015), *Le droit-un système social, un commentaire coopératif de Niklas Luhmann*, Ed. OLMS.

⁴⁷¹ GUILLAUME-HOFNUNG Michèle (2020), *La médiation*, Que sais-je, 8^{ème} édition, p.88-89 et suivantes.

considérant dans une perspective hégélienne qu'en « tant qu'esprit, l'homme n'est pas immédiat mais essentiellement un être qui retourne à soi »⁴⁷². Parce que l'homme est ainsi médiat dans une société immédiate ponctuée par l'impératif de l'efficacité, elle permet d'ouvrir un champ de construction et de réflexion à l'aide d'un tiers réflexif.

Il existe deux types de médiation⁴⁷³ : la médiation extrajudiciaire, conçue initialement comme une alternative à la solution judiciaire du litige ; la médiation judiciaire, prolongement naturel de la médiation extrajudiciaire qui a fini par s'installer progressivement devant le juge. La médiation extrajudiciaire est un mode alternatif se déroulant « en dehors de l'institution judiciaire (*out of court*), entendue au sens large des institutions publiques chargées de rendre la justice, ce qui inclut aussi bien la justice judiciaire, stricto sensu, que la justice administrative (...) la contrepartie de ce choix est que la force obligatoire de la décision adoptée est moindre que celle d'une décision de justice judiciaire ou arbitrale »⁴⁷⁴. La médiation extrajudiciaire est ainsi un processus conventionnel « assurément polymorphe »⁴⁷⁵, aussi bien en matière privée qu'en matière publique.

La médiation judiciaire est « une modalité de la conciliation, la Cour de cassation l'avait ainsi jugé en 1993⁴⁷⁶. C'est une conciliation judiciaire déléguée, qui intervient en cours d'instance⁴⁷⁷. Comme le précise l'arrêt de 1993 de la Cour de cassation, « il entre dans la mission du juge de concilier les parties ». C'est ainsi que la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative et le décret n°96-652 du 22 juillet 1996 relatif à la conciliation et à la médiation judiciaires introduisent et regroupent la conciliation et la médiation dans un même titre du Code de procédure civile (Titre VI, Livre 1^{er}). Un dispositif identique est introduit dans le code de justice administrative (CJA) par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle⁴⁷⁸. A l'instar de la médiation civile, la médiation administrative peut être de plusieurs types, le médiateur et ses compétences étant la clé de voûte de ce dispositif

⁴⁷² HEGEL Georg (1837), *La Raison de l'histoire*, chapitre 2.1

⁴⁷³ CADIET Loïc et CLAY Thomas (2019), *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Éditions DALLOZ, 3^{ème} édition, p.45.

⁴⁷⁴ Ibid, p.74.

⁴⁷⁵ Ibid, p.78.

⁴⁷⁶ Civ. 2^{ème}, 16 juin 1993, Req. N°91-15.332.

⁴⁷⁷ CADIET Loïc et CLAY Thomas (2019), *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Éditions DALLOZ, 3^{ème} édition, p.107.

⁴⁷⁸ Code de justice administrative (CJA), Art. L. et R.213-1 et suivants.

maïeutique (I). Si la justice administrative est gratuite, la médiation administrative signe une forme d'engagement qui doit concilier l'intérêt des parties avec l'intérêt général (II).

I. Les types de médiation et le rôle clé du médiateur

La médiation se caractérise de différentes manières (a). Si elle peut parfois prendre la forme d'une transaction, elle diffère de la conciliation et de l'arbitrage (b). Le tiers médiateur et ses compétences jouent un rôle clé dans ce dispositif maïeutique (c).

a. Les différents types de médiation administrative

La médiation administrative se définit selon l'article L.213-1 du code de justice administrative (CJA) comme « tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par la juridiction ». De plus, « la loi J21 du 18 novembre 2016 a, non pas institué, mais procédé à une réforme en profondeur du régime de la médiation en matière administrative, en distinguant la médiation à l'initiative des parties de celle à l'initiative du juge »⁴⁷⁹.

La médiation à l'initiative des parties (MIP)⁴⁸⁰ prend place en dehors de toute procédure juridictionnelle, « ce sont alors en principe les parties qui organisent elles-mêmes la mission de médiation et désignent la ou les personnes qui en sont chargées. Elles peuvent également confier cette mission au président du tribunal administratif ou de la cour administrative d'appel territorialement compétent »⁴⁸¹. Une telle mesure, comme toutes les mesures de médiation administrative, suspend les prescriptions et interrompt le délai de recours contentieux⁴⁸². Cette MIP peut donc se faire sous le contrôle du juge administratif, ce

⁴⁷⁹ DELPECH Xavier (2017), « Précisions réglementaires sur la médiation administrative », Actualité juridique Contrats d'affaires : concurrence, distribution, 2017, 05, p.196.

⁴⁸⁰ Code de justice administrative (CJA), Art. L.213-5 à L.213-6 et R.213-4.

⁴⁸¹ Le président du tribunal administratif ou de la cour administrative d'appel dispose pour cela d'un registre de médiateurs tenu par le greffe.

⁴⁸² CJA, Art. L.213-6.

qui peut rassurer les parties, mais aussi sans le contrôle du juge⁴⁸³ : elle est alors une médiation conventionnelle, reposant sur la rédaction et l'acceptation d'une convention de médiation entre l'administration et l'agent.

La médiation préalable obligatoire (MPO), expérimentée de 2018 à 2021 suite à la loi J21⁴⁸⁴, est aujourd'hui largement instituée grâce aux articles 27 et 28 de la loi n°2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire et le décret n° 2022-433 du 25 mars 2022 relatif à la procédure de médiation préalable obligatoire applicable à certains litiges de la fonction publique et à certains litiges sociaux. Prévue à l'article L.213-11 et régie par les articles R.213-10 à R.213-13 du code justice administrative (CJA), elle permet d'interrompre le délai de recours contentieux et de suspendre les délais de prescription pour tous les recours formés par les agents publics à l'encontre des décisions administratives individuelles défavorables en matière de rémunération, de détachement ou de placement en disponibilité, de réintégration à l'issue d'un détachement ou d'un placement en disponibilité ou d'un congé parental, de classement à l'issue d'un avancement de grade ou d'un changement de cadre d'emploi, de formation professionnelle tout au long de la vie, de mesures appropriées prises par les employeurs publics à l'égard des travailleurs handicapés, d'aménagement des conditions de travail des fonctionnaires qui ne sont plus en mesure d'exercer leurs fonctions. Si la médiation préalable obligatoire peut paraître antinomique au regard de ce qu'est la médiation⁴⁸⁵, c'est-à-dire un processus structuré reposant avant tout sur la liberté des parties, elle a su démontrer⁴⁸⁶ qu'elle permettait à la fois de désengorger les tribunaux mais aussi de respecter la liberté des médiés. En effet, cette dernière « réside essentiellement dans le contenu du dialogue mené et la possibilité d'y mettre fin (...), le caractère obligatoire concerne seulement l'espace de dialogue : les médiés demeurent libres de l'investir »⁴⁸⁷, mais aussi de le délaissier. La MPO est également un avantage majeur pour l'agent, car elle est totalement gratuite en ce qui le concerne.

⁴⁸³ L'article L.213-5 du code de justice administrative (CJA) dispose que « lorsque le président de la juridiction ou son délégué est chargé d'organiser la médiation et qu'il choisit de la confier à une personne extérieure à la juridiction, il détermine s'il y a lieu d'en prévoir la rémunération et fixe le montant de celle-ci ». Le CJA reste néanmoins muet sur la fixation du montant de la rémunération du médiateur si le juge n'intervient pas, puisqu'elle relève exclusivement d'une entente entre les parties.

⁴⁸⁴ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

⁴⁸⁵ BOUSTA Rhita (2021), *La notion de médiation administrative*, Ed. L'Harmattan, p.132.

⁴⁸⁶ CE, 2022, Expérimentation de la médiation préalable obligatoire – Bilan final.

⁴⁸⁷ BOUSTA Rhita (2021), *La notion de médiation administrative*, Ed. L'Harmattan, p.140.

La médiation à l'initiative du juge (MIJ)⁴⁸⁸ s'inscrit dans le cadre de recours pour excès de pouvoir et de recours de plein contentieux. Elle est proposée par le président de la formation de jugement aux parties, en fonction de la nature, de l'étendue et de la compatibilité du conflit avec le processus de la médiation. Si les parties l'acceptent le juge administratif ordonne alors une médiation pour tenter de parvenir à un accord, désigne un médiateur⁴⁸⁹ et fixe les frais de médiation. Il peut à nouveau intervenir en cas de désaccord sur la répartition des frais, qui sont alors répartis à parts égales, « à moins que le juge n'estime qu'une telle répartition est inéquitable au regard de la situation économique des parties »⁴⁹⁰.

La médiation est donc, quel que soit son type, un espace au sein duquel il est possible de trouver trois à quatre personnages clés : le demandeur, le défenseur, le médiateur et le juge. Dans une définition de ce qu'elle n'est pas, la médiation doit ainsi être clairement distinguée de l'arbitrage, mais aussi de la conciliation et de la transaction, qui sont d'autres MARD.

b. La médiation, l'arbitrage, la conciliation et la transaction

L'arbitrage « est un mode contentieux de règlement des conflits faisant appel à un juge conventionnel, désigné par les parties, et donnant lieu à une sentence arbitrale (...) En principe, les personnes publiques ne peuvent recourir à l'arbitrage ni par la voie du compromis ni par celle de la clause compromissoire (CE, avis, 6 mars 1986, n° 339710) »⁴⁹¹. La sentence arbitrale est revêtue de l'autorité de la chose jugée. Les personnes publiques ne peuvent cependant recourir à ce mode alternatif, que ce soit par la voie du compromis⁴⁹² ou la voie de la clause compromissoire⁴⁹³, « ni pour les litiges de nature commerciale, ni pour ceux qui sont

⁴⁸⁸ Code de justice administrative (CJA), Art. L.213-7 à L.213-10 et R.213-5 à R.213-9.

⁴⁸⁹ Le président de la formation de jugement dispose d'un registre de médiateurs tenu par le greffe.

⁴⁹⁰ CJA, Art. L.213-8.

⁴⁹¹ L'arbitrage, Fiches d'orientation, DALLOZ, décembre 2021.

⁴⁹² Le compromis, Fiches d'orientation, DALLOZ, septembre 2021 : « Le compromis et la clause compromissoire sont les deux formes que peut revêtir une convention d'arbitrage. Le premier désigne la convention par laquelle les parties à un litige déjà né décident de recourir à un arbitre qu'elles désignent pour trancher le litige. La seconde est la convention par laquelle des parties à un contrat consentent à soumettre leur différend à un arbitre en cas de litige futur ».

⁴⁹³ CE, avis, 6 mars 1986, Req. N°339710. L'article L311-6 CJA énumère néanmoins les dérogations à l'interdiction, pour la plupart relative à des contrats de commande publique.

de nature administrative »⁴⁹⁴. Des dérogations ponctuelles ont cependant été aménagées par le législateur, dès lors que les conflits nécessitaient de la souplesse, de l'expertise technique ou une résolution rapide : « Certaines ont visé des personnes publiques déterminées, comme la SNCF, la Poste, ou RFF. D'autres dérogations ont visé des matières, comme celle concernant les litiges nés de l'exécution ou de l'interprétation des contrats conclus pour la réalisation d'opérations d'intérêt national entre plusieurs personnes publiques et des entreprises étrangères »⁴⁹⁵. Elles restent néanmoins marginales.

La conciliation « consiste à demander à un tiers d'aider les parties à trouver une solution à un litige. La conciliation est toujours possible en matière administrative mais sa pratique est extrêmement rare, par suite des réticences de l'administration voire des parties privées. Elle ne représente un mode de règlement des litiges significatifs que dans le contentieux contractuel et depuis quelques années dans celui des accidents médicaux, grâce à une organisation spécifique »⁴⁹⁶. Le pouvoir de concilier a été reconnu aux tribunaux administratifs par la loi n°86-14 du 6 janvier 1986 fixant les règles garantissant l'indépendance des membres des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel, puis il a été étendu aux cours administratives d'appel par la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles. Il peut être délégué⁴⁹⁷, comme c'est le cas avec la Commission de conciliation et d'indemnisation en cas d'accident médical, infection nosocomiale ou affection iatrogène⁴⁹⁸.

La transaction est « un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, mettent fin à une contestation née ou à naître. Elle participe des modes alternatifs de règlement des conflits (...) Une transaction peut être passée pour mettre fin à un litige ou pour éliminer une incertitude, qui peut être non contentieuse, existant dans les relations juridiques entre les parties. À ce titre, on distingue les transactions extrajudiciaires, qui interviennent avant toute instance, des transactions judiciaires, qui interviennent en cours d'instance mais avant qu'une décision définitive n'ait été rendue »⁴⁹⁹. Si la transaction est de nature civile

⁴⁹⁴ CE, 2009, Colloque du 30 septembre 2009 organisé par la Chambre nationale pour l'arbitrage privé et public, intervention de M. Jean-Marc Sauvé, Vice-président du Conseil d'État

⁴⁹⁵ Ibid.

⁴⁹⁶ ROUQUETTE Rémi (2016), *Petit traité du procès administratif*, édition DALLOZ, collection PRAXIS, pp.241.201.

⁴⁹⁷ Code de justice administrative (CJA), Art. R621-1 ; CE, Section, 11 février 2005, *Organisme de gestion du cours du Sacré Cœur*, Rec.

⁴⁹⁸ Code de la santé publique, Art. L.1142-4 à L.1142-8.

⁴⁹⁹ La transaction, Fiches d'orientation, DALLOZ, juin 2022.

comme l'énonce la décision TC, 18 juin 2007, Req. N°07-03.600, « la possibilité de transiger fut reconnue aux personnes publiques par le Code civil de 1804, du moins pour les communes et les établissements publics »⁵⁰⁰. Ainsi, « dès 1893, a été posée une règle fondamentale, celle de l'interdiction de pratiquer des libéralités »⁵⁰¹, le contrôle du juge administratif sur les transactions des personnes publiques étant essentiel sur ce point⁵⁰². Comme le rappellent deux circulaires de 1995⁵⁰³ et 2009⁵⁰⁴ le contrat de transaction « a, entre les parties, l'autorité de la chose jugée et est exécutoire de plein droit ».

Ainsi, « la transaction et l'arbitrage ont en commun de mettre fin à un litige au moyen d'un acte juridique supposé bénéficier de l'autorité de la chose jugée, ce qui a pu faire dire qu'ils présentent tous deux une dimension juridictionnelle. La transaction est ainsi définie par les articles 2044 et 2052 du code civil comme un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître et disposant de l'autorité de la chose jugée. Quant à l'arbitrage, il consiste [...] à faire trancher un litige par des juges qui rendent une sentence statuant sur les droits et obligations respectifs des parties et ayant l'autorité de la chose jugée. Aux termes de l'article 1476 du nouveau Code de procédure civile dès lors qu'elle est rendue, la sentence arbitrale est dotée de l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation à laquelle il est mis fin »⁵⁰⁵.

A contrario, « la médiation et la conciliation constituent des outils de dialogue et de négociation, des procédés et non des actes juridiques. Elles permettent aux parties de se rapprocher afin d'aboutir à une solution. En cas de succès, elles laissent place à d'autres instruments comme une transaction qui formalisent l'accord des parties »⁵⁰⁶.

Il existe cependant de nombreuses interférences entre les modes non contentieux de règlement des litiges et la médiation. Deux configurations se présentent ainsi dans les rapports entre la médiation et les modes alternatifs de règlement des différends (MARD). La première

⁵⁰⁰ PONSARD Anne-Laure (2015), *La transaction administrative*, Thèse de droit public, p.21 ; CE, 23 décembre 1887, *de Dreux-Brézé, évêque de Moulins*, Rec. ; CE, 17 mars 1893, *Compagnie du Nord, de l'Est et autres contre ministre de la guerre*, Rec.

⁵⁰¹ PONSARD Anne-Laure (2015), *La transaction administrative*, Thèse de droit public, p.23.

⁵⁰² Voir CE, sect., 19 mars 1971, *Mergui*, Req. N°79962, Rec.

⁵⁰³ Circulaire du 6 février 1995 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits.

⁵⁰⁴ Circulaire du 7 septembre 2009 relative au recours à la transaction pour la prévention et le règlement des litiges portant sur l'exécution des contrats de la commande publique.

⁵⁰⁵ PONSARD Anne-Laure (2015), *La transaction administrative*, Thèse de droit public, p.7.

⁵⁰⁶ *Ibid.*, p.7.

englobe « les configurations nettes qui n'engendrent pas d'équivoque. Les techniques classiques de règlement non juridictionnel (la conciliation, la transaction, l'amiable composition, l'arbitrage) sont présentées comme telles »⁵⁰⁷, la médiation faisant l'objet d'une définition précise. La seconde a plutôt trait à une nébuleuse « médiation-conciliation ». Ce terme de nébuleuse « traduit l'embarras de celui qui veut faire un tableau de la médiation. Dans un certain nombre de travaux, la médiation se voit associée à la conciliation »⁵⁰⁸.

Michèle Guillaume-Hoffnung illustre ainsi l'émergence du couple « médiation-conciliation » dès l'étude adoptée par l'assemblée du Conseil d'État le 4 février 1993, « Régler autrement les conflits ». Ce couple est repris dans les thèses de François Munoz⁵⁰⁹ et d'Anne-Laure Ponsard, au regard de la différence fondamentale existant entre l'arbitrage d'un côté et la médiation-conciliation d'un autre. En effet l'arbitrage « est un instrument de résolution des litiges tout à fait remarquable en ce que les parties vont s'accorder pour soumettre leur litige à une instance juridictionnelle non étatique. Plus précisément, elles vont charger un jury arbitral de trancher le litige. Cette justice est donc à la fois juridictionnelle et privée (...) Au contraire, la médiation et la conciliation accordent aux parties un rôle de premier plan, puisque, dans tous les cas, elles vont, aidées par un tiers, tâcher de parvenir à une solution acceptable pour chacune. Toute la différence entre la conciliation et la médiation repose sur le degré d'implication de ce tiers »⁵¹⁰.

Si une médiation aboutit à une transaction comme nous l'examinerons plus loin, elle est avant tout un dialogue rendu possible par l'intervention d'un tiers médiateur. La médiation est en effet « un acte de volonté impliquant les médiés et le médiateur, c'est donc un contrat, c'est-à-dire un acte au sens juridique du terme »⁵¹¹. Dans le cadre d'une définition négative rappelons ici ce que la médiation n'est pas.

Tout d'abord, la médiation n'est pas une conciliation, qui fait partie des missions du juge judiciaire et administratif et qui confère au conciliateur « le pouvoir de se rendre sur les lieux entendre toute personne dont l'audition lui paraît utile. Même s'il doit obtenir l'accord des parties, cette possibilité de mettre en doute l'exactitude des points de vue exprimés par

⁵⁰⁷ GUILLAUME-HOFFNUNG Michèle (2020), *La médiation*, Que sais-je, 8^{ème} édition, p.47.

⁵⁰⁸ Ibid.

⁵⁰⁹ MUNOZ François (1997), *La conciliation : du droit privé au droit public*, Thèse, Paris I.

⁵¹⁰ PONSARD Anne-Laure (2015), *La transaction administrative*, Thèse de droit public, p.9.

⁵¹¹ Ibid., p.63-64.

elles introduit de la « verticalité » dans la relation avec le conciliateur, à la différence de l'horizontalité qui caractérise l'intervention du médiateur »⁵¹².

Ensuite, la médiation n'est pas une transaction, « convention par laquelle les parties, au moyen de concessions réciproques, terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître »⁵¹³. La transaction « a toujours un objet pécuniaire »⁵¹⁴ et consiste en l'abandon mutuel de prétentions, réglant à la différence de la médiation définitivement le litige⁵¹⁵. Une médiation administrative peut néanmoins aboutir à une transaction administrative, qui peut être homologuée par le juge administratif.

La médiation n'est également pas un arbitrage, qui est une « dérogation partielle au monopole de la justice d'État, d'une juridiction à base conventionnelle, composée de personnes privées choisies par les parties »⁵¹⁶ : qu'elle soit à l'initiative du juge ou des parties, elle débouche sur un accord de médiation, qui doit être homologué par le juge administratif afin d'être revêtu de l'autorité de la chose jugée.

Enfin, la médiation n'est pas une négociation, qui peut se faire à trois sous l'égide d'un négociateur, voire deux. Cependant « l'étymologie de la négociation la resitue dans l'univers du marchandage. Il y a discussion en vue de se rapprocher. Mais le but de la médiation n'est pas nécessairement d'arriver à une solution médiane »⁵¹⁷.

Le médiateur est ainsi au cœur de la médiation, qui « bénéficie de critères précis, rendant injuste l'accusation de flou conceptuel qui la frappe »⁵¹⁸. Le critère le plus évident est l'intervention même de ce médiateur, qui doit amener cette personne à être un tiers extérieur au litige, mais aussi un tiers étranger aux médiés. Elle est alors chargée d'un « rôle important, comme dans de nombreuses théories, qu'il s'agisse du dépassement du rapport dialectique pour Hegel, de la figure du tiers impartial pour Simmel »⁵¹⁹. Le tiers est ainsi celui qui met en œuvre « un processus vraiment ternaire (l'absence de pouvoir institutionnel du tiers). Tout

⁵¹² Ibid., p.75.

⁵¹³ Code civil, Art. 2044.

⁵¹⁴ GUILLAUME-HOFNUNG Michèle (2020), *La médiation*, Que sais-je, 8^{ème} édition, p.76.

⁵¹⁵ Voir l'article 10 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, qui dispose que le litige ne peut plus être dès lors soumis à un tribunal.

⁵¹⁶ GUILLAUME-HOFNUNG Michèle (2020), *La médiation*, Que sais-je, 8^{ème} édition, p.77.

⁵¹⁷ Ibid., p.78.

⁵¹⁸ Ibid., p.69.

⁵¹⁹ Ibid., p.69.

troisième n'est pas tiers. En effet, dans le langage juridique, l'extériorité constitue le signe distinctif du tiers »⁵²⁰.

D'autres critères permettent de garantir la qualité du médiateur dans l'exécution de sa mission, les conditions entourant la médiation administrative étant « calquées sur celles de la médiation judiciaire (impartialité, compétence, diligence et, si les parties l'acceptent, confidentialité »⁵²¹.

c. Le tiers médiateur doit être indépendant, neutre, impartial, compétent, diligent, dénué de tout pouvoir institutionnel, garant de la confidentialité et respectueux de l'ordre public

Les recommandations du comité des ministres aux États membres du Conseil de l'Europe sur les modes alternatifs de règlement des litiges entre les autorités administratives et les personnes privées ont insisté dès 2001 sur « les principaux avantages des modes alternatifs (qui) peuvent être, éventuellement et selon les cas, des procédures simplifiées et assouplies avec une plus grande célérité et un moindre coût, le règlement à l'amiable, le règlement par des spécialistes, le recours à l'équité et non pas seulement à la légalité stricte, et une plus grande discrétion »⁵²². Elles mettent également en relief que ces modes alternatifs ne doivent pas être « un moyen pour l'administration et les personnes privées de contourner leurs obligations et le principe de légalité » et qu'ils doivent donc « se conformer aux principes d'égalité, d'impartialité et respecter le droit des parties ».

Le régime de la médiation administrative, calqué sur les principes de la médiation judiciaire principalement, est en gestation dès le séminaire de Créteil des 20-22 septembre 2000, organisé dans le cadre de la présidence française de l'Union européenne et intitulé « Médiation sociale et nouveaux modes de résolution des conflits de la vie quotidienne », où les participants « adoptèrent des principes communs à tout type de médiation : le respect des

⁵²⁰ Ibid., p.70.

⁵²¹ CADIET Loïc et CLAY Thomas (2019), *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Éditions DALLOZ, 3^{ème} édition, p.84.

⁵²² Conseil de l'Europe, Comité des Ministres, 5 septembre 2001, Recommandation Rec(2001)9 du Comité des Ministres aux États-membres sur les modes alternatifs de règlement des litiges entre les autorités administratives et les personnes privées.

droits de l'Homme, la clarté et la sincérité du processus, le libre consentement des médiés, la confidentialité, la subsidiarité ainsi que la compétence du médiateur. La directive européenne du 21 mai 2008 relative à certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale évoque, quant à elle, les principes d'efficacité, d'impartialité et de compétence »⁵²³. Le code de conduite européen pour les médiateurs de 2004 va quant à lui préciser les principes cardinaux de toute médiation : indépendance, compétence, impartialité et confidentialité.

La pratique a depuis affiné les principes constituant le régime de la médiation administrative, énoncé à l'article L.213-2 du code de justice administrative (CJA)⁵²⁴ : indépendance, neutralité, impartialité, compétence, diligence, absence de tout pouvoir institutionnel, garantie de la confidentialité, respect de l'ordre public.

L'indépendance du tiers médiateur est la première exigence en matière de médiation. Elle s'apprécie au regard de l'absence de soumission hiérarchique, mais aussi de pression politique, morale ou financière. Le médiateur doit aussi « veiller à son indépendance fonctionnelle : sa saisine dépend-elle de la volonté d'un pouvoir ? N'est-il pas incité à rendre compte à une autorité du déroulement d'une médiation ? (...) Le médiateur peut-il accepter qu'une procédure stéréotypée et préétablie lui soit imposée, notamment le respect d'un délai comme pour certains médiateurs en assurance ? »⁵²⁵. Il sera noté incidemment qu'un juge administratif dispose d'un pouvoir juridictionnel lui permettant seulement dans le cadre d'une ordonnance insusceptible de recours de désigner un médiateur et de lui fixer un délai pour la médiation, éventuellement renouvelable. L'indépendance du médiateur présuppose ainsi qu'il ne connaisse pas du tout les parties, « néanmoins, dans des univers professionnels spécialisés ou dans une région géographique donnée, tout le monde connaît tout le monde,

⁵²³ BOUSTA Rhita (2021), *La notion de médiation administrative*, Ed. L'Harmattan, p.93.

⁵²⁴ Code de justice administrative (CJA), Art. L.213-2 : « Le médiateur accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence. Sauf accord contraire des parties, la médiation est soumise au principe de confidentialité. Les constatations du médiateur et les déclarations recueillies au cours de la médiation ne peuvent être divulguées aux tiers ni invoquées ou produites dans le cadre d'une instance juridictionnelle ou arbitrale sans l'accord des parties. Il est fait exception au deuxième alinéa dans les cas suivants : 1° En présence de raisons impérieuses d'ordre public ou de motifs liés à la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant ou à l'intégrité physique ou psychologique d'une personne ; 2° Lorsque la révélation de l'existence ou la divulgation du contenu de l'accord issu de la médiation est nécessaire pour sa mise en œuvre.

⁵²⁵ GUILLAUME-HOFNUNG Michèle (2020), *La médiation*, Que sais-je, 8^{ème} édition, p.70.

cela implique de choisir un médiateur extérieur (...) Attention donc aux médiateurs de proximité »⁵²⁶.

Le médiateur doit être neutre et impartial : « L'impartialité concerne la relation entre le médiateur et les médiés, c'est une attitude à l'égard des personnes ; la neutralité concerne l'issue de la médiation, c'est une attitude à l'égard du résultat »⁵²⁷. Le médiateur doit donc préserver l'autonomie de la médiation et la liberté des médiés, « c'est pourquoi il faut éviter de choisir des médiateurs spécialistes du fond car ils résistent mal à la posture d'expert »⁵²⁸. Or comme le souligne Rhita Boust, « dans les médiations administratives, le médiateur est souvent spécialiste de la matière »⁵²⁹, ce qui peut militer pour une médiation avec un tiers point de vue, pourquoi pas basé sur l'économie et la psychologie. La neutralité et l'impartialité ont également une définition pratique⁵³⁰. La neutralité se définit en effet comme la capacité du médiateur à mettre sa subjectivité à l'écart au moment où il aborde les médiés et leurs problématiques, elle présuppose un travail sur soi via un apprentissage progressif, réfléchi et raisonné. L'impartialité se définit quant à elle comme « la capacité perçue comme telle par les personnes à ne jamais prendre parti ni privilégier un point de vue sur un autre, ni avantager une personne par rapport à une autre. Cette exigence déontologique demande une maîtrise de techniques rhétoriques et comportementales »⁵³¹.

Le médiateur doit ainsi être compétent. Or la profession de médiateur n'existe pas, malgré la résolution du Parlement européen du 13 septembre 2011 sur la mise en œuvre de la directive relative à la médiation dans les États membres⁵³², qui « reconnaît l'importance d'établir des normes communes pour l'accès à la profession de médiateur en vue de promouvoir une médiation de meilleure qualité et de garantir des normes élevées en matière de formation professionnelle et d'accréditation dans l'Union européenne ». Cependant, si « la loi française, copiant la directive européenne, exige que le médiateur agisse avec compétence,

⁵²⁶ BENSIMON Stephen, BOURRY D'ANTIN Martine, PLUYETTE Gérard, (2018), *Art et techniques de la médiation*, collection Droit & Professionnels, Ed. Lexis Nexis, 2^{ème} édition, p.37.

⁵²⁷ Ibid., p.71.

⁵²⁸ Ibid., p.72.

⁵²⁹ BOUSTA Rhita (2021), *La notion de médiation administrative*, Ed. L'Harmattan, p.109.

⁵³⁰ Collectif (2014), *La neutralité, une nécessité éthique, mille difficultés pratiques*, Ed. Médias et Médiations.

⁵³¹ BENSIMON Stephen, BOURRY D'ANTIN Martine, PLUYETTE Gérard, (2018), *Art et techniques de la médiation*, collection Droit & Professionnels, Ed. Lexis Nexis, 2^{ème} édition, p.34.

⁵³² 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.

aucun texte n'impose, à ce jour, au médiateur, conventionnel ou judiciaire, une obligation de formation, initiale et continue »⁵³³. Il existe ainsi un volontarisme fort pour faire reconnaître cette compétence, qui exige bien plus que des qualités humaines et des compétences juridiques⁵³⁴. Un volume de formation en théorie et pratique d'au moins deux cents heures est ainsi préconisé par la Fédération française des centres de médiation et le Conseil national des barreaux⁵³⁵, afin de notamment assurer un travail de qualité dans les délais impartis.

En effet, le médiateur doit être diligent, car « il a été fait le choix de remplacer l'exigence d'efficacité du médiateur prévue par la directive 2008/52/CE par celle de diligence. Tandis que l'efficacité suggère que le médiateur est tenu à une obligation de résultat (...) la diligence implique que le médiateur est tenu à une véritable obligation de moyens pour mener à bien le processus de médiation »⁵³⁶. Il est en effet nécessaire ici de rappeler que la qualité d'une médiation administrative ne s'estime pas au regard de la conclusion d'une transaction administrative, mais surtout en ce qu'elle permet de rétablir un dialogue entre les médiés.

L'absence de tout pouvoir institutionnel du tiers médiateur est à ce titre un élément fondamental de la médiation. La seule ou tout du moins la principale responsabilité du médiateur est celle « de garantir l'existence et l'authenticité de la médiation tout au long du processus »⁵³⁷. Parce que « la médiation est un contrat qui repose sur l'autonomie de la volonté des médiateurs et du médiateur »⁵³⁸ le médiateur peut en son âme et conscience mettre fin à la médiation quand il estime que les fondamentaux de ce mode alternatif de règlement des différends (MARD) ne sont plus respectés.

Le médiateur a cependant une obligation majeure, puisqu'il doit être le garant de la confidentialité si cette dernière est exigée. Cette règle est issue de l'article 21-3 de la loi n°95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative. Elle est réaffirmée avec force par l'article L.213-2 du code de justice

⁵³³ BENSIMON Stephen, BOURRY D'ANTIN Martine, PLUYETTE Gérard, (2018), *Art et techniques de la médiation*, collection Droit & Professionnels, Ed. Lexis Nexis, 2^{ème} édition, p.206.

⁵³⁴ Voir sur ce point BENSIMON Stephen, BOURRY D'ANTIN Martine, PLUYETTE Gérard, (2018), *Art et techniques de la médiation*, collection Droit & Professionnels, Ed. Lexis Nexis, 2^{ème} édition, p.9,14,206,218 ; BOUSTA Rhita (2021), *La notion de médiation administrative*, Ed. L'Harmattan, p.110 à 128.

⁵³⁵ BENSIMON Stephen, BOURRY D'ANTIN Martine, PLUYETTE Gérard, (2018), *Art et techniques de la médiation*, collection Droit & Professionnels, Ed. Lexis Nexis, 2^{ème} édition, p.9.

⁵³⁶ Ibid., p.207.

⁵³⁷ GUILLAUME-HOFNUNG Michèle (2020), *La médiation*, Que sais-je, 8^{ème} édition, p.72.

⁵³⁸ Ibid., p.73.

administrative (CJA), qui rappelle que les constatations du médiateur et les déclarations recueillies au cours de la médiation ne peuvent être divulguées ou invoquées dans le cadre d'une instance à venir sans l'accord des parties, sauf en cas de motifs d'ordre public ou liés à l'intérêt supérieur de l'enfant, voire à l'intégrité physique et psychologique d'une personne.

Le médiateur administratif doit en effet garantir que l'ordre public est respecté dans les échanges et dans l'accord qui pourrait être trouvé entre les médiés. En effet, « le respect de la loi s'impose absolument à tous, à plus forte raison au médiateur, garant du déroulement irréprochable des échanges entre les parties (...) sans être systématiquement soupçonneux, le médiateur doit s'interroger sérieusement sur ce qui amène les parties à la médiation »⁵³⁹. L'homologation de l'accord de transaction par le juge administratif⁵⁴⁰, si elle est requise par les parties, amènerait ainsi ce dernier à relever d'office les moyens d'ordre public identifiés dans l'accord, comme nous le verrons ultérieurement. Les compétences du médiateur doivent donc être plurielles. Cette expertise a ainsi un coût, dont l'acceptation revêt une forme d'engagement.

II. La médiation comme un engagement où l'intérêt des parties doit être concilié avec l'intérêt général

Alors que la justice administrative est gratuite, le coût de la médiation est généralement supporté par les parties, ce qui signe en soi une forme d'engagement (a). Le médiateur va alors être garant de l'égalité de traitement entre les médiés, mais aussi rechercher à concilier leurs intérêts personnels sans nuire à l'intérêt général (b).

a. *Parce que la justice administrative est gratuite, la médiation administrative a un coût signant une forme d'engagement*

S'il est un fait que « depuis l'origine, la médiation est une intervention rémunérée, sous toutes ses formes et sous toutes les latitudes »⁵⁴¹, elle a en France un coût qui la rend

⁵³⁹ BENSIMON Stephen, BOURRY D'ANTIN Martine, PLUYETTE Gérard, (2018), *Art et techniques de la médiation*, collection Droit & Professionnels, Ed. Lexis Nexis, 2^{ème} édition, p.36.

⁵⁴⁰ CJA, Art. L.213-4.

⁵⁴¹ BENSIMON Stephen, BOURRY D'ANTIN Martine, PLUYETTE Gérard, (2018), *Art et techniques de la médiation*, collection Droit & Professionnels, Ed. Lexis Nexis, 2^{ème} édition, p.36.

prohibitive, notamment au regard du fait que la justice administrative est gratuite. L'article L.213-8 du code de justice administrative (CJA) dispose ainsi que le juge administratif fixe la répartition des frais entre les parties en cas de désaccord, la médiation pouvant être prise en charge par l'État pour les parties éligibles à l'aide juridictionnelle. Le coût d'une médiation est en effet compris entre 1500 et 2000€⁵⁴².

De multiples débats doctrinaux sont ainsi relatifs au coût de cette médiation⁵⁴³, qui peut être prohibitif pour les parties, notamment au regard du fait que le processus ne comporte pas la promesse d'une solution. Certains pensent que ce coût ne doit pas venir alourdir démesurément le coût du règlement du différend, d'autres que l'administration doit supporter, notamment dans la médiation administrative relative à des cas de contentieux fonction publique, l'intégralité du coût de cette démarche. Il convient cependant de rappeler qu'il existe une homothétie entre la médiation et le contrat, qui tous les deux requièrent « la rencontre de deux volontés, l'offre et la demande (...) Par elle-même, l'existence des médiateurs constitue l'équivalent d'une offre »⁵⁴⁴. L'accord de médiation, qui est un contrat, exhausse encore plus la nature contractuelle de cet échange dynamique où « toute altération de ce que le juriste appelle l'*animus* (ici la volonté claire de médier) entraîne la nullité du contrat et l'impossibilité personnelle de médier »⁵⁴⁵. Dès lors l'engagement financier de chacune des parties, en fonction de leurs capacités propres, est à même de matérialiser et de conforter cet *animus*. Parce que l'*animus* est la condition d'une médiation de qualité, il est au centre d'un grand débat sur la question de l'égalité des médiés.

b. Médiation, égalité de traitement et préservation de l'intérêt général

De nombreux analystes et théoriciens dénoncent en matière de médiation administrative l'inégalité de fait entre les médiés, l'un étant l'administration, forte de ses prérogatives exorbitantes du droit commun, l'autre ou les autres étant des citoyens, des

⁵⁴² BOUSTA Rhita (2021), *La notion de médiation administrative*, Ed. L'Harmattan, p.100 ; entretien avec Me Elsa Costa, magistrate administrative en disponibilité et médiatrice.

⁵⁴³ BENSIMON Stephen, BOURRY D'ANTIN Martine, PLUYETTE Gérard, (2018), *Art et techniques de la médiation*, collection Droit & Professionnels, Ed. Lexis Nexis, 2^{ème} édition, p.147.

⁵⁴⁴ GUILLAUME-HOFNUNG Michèle (2020), *La médiation*, Que sais-je, 8^{ème} édition, p.84.

⁵⁴⁵ Ibid., p.84.

usagers ou des agents de l'administration. Ainsi, la professeur Michèle Guillaume -Hofnung affirme que « le développement de la médiation en droit public n'est pas souhaitable »⁵⁴⁶, notamment au regard du fait qu'il existe un « contexte d'inégalité entre les particuliers incarnant l'intérêt privé et les personnes publiques qui caractérise le droit administratif, alors que la médiation ne peut se vivre que dans l'égalité des partenaires »⁵⁴⁷. Cette position pourrait ainsi être renforcée par le caractère particulier du contentieux fonction publique, opposant l'administration à un de ses agents, obligatoirement en situation de subordination⁵⁴⁸. Elle pourrait encore plus être aggravée dans le milieu des sapeurs-pompiers, où le poids de la chaîne hiérarchique est omniprésent.

Rhita Boustia nuance néanmoins cette position en partant d'une posture plus pragmatique que théorique, grâce à de nombreux entretiens menés dans le cadre de son habilitation à diriger les recherches relatives à la notion de médiation administrative. Ainsi « il ne s'agit pas d'ignorer le fait que la position de l'administration publique par rapport au citoyen-administré influe sur le déroulé de la médiation. Simplement, certains cas nuancés, voire infléchissant cette idée ne doivent pas être passés sous silence »⁵⁴⁹. En partant du principe que le dialogue n'est pas incompatible avec l'existence de prérogatives de puissance publique, mais aussi que l'asymétrie de position est de fait entre un citoyen et un médecin ou un citoyen et un policier, elle rappelle que la médiation s'inscrit dans un conflit avant tout caractérisé par la rupture du dialogue. Par conséquent, « l'inégalité entre les médiés n'est pas le propre du droit public »⁵⁵⁰.

Ce faisant, il est également nécessaire de déconstruire l'intuition selon laquelle « un accord de médiation avec l'administration publique est susceptible de nuire à l'intérêt général. En effet, en acceptant de remanier son point de vue ou sa décision, l'administration compromettrait l'application égalitaire d'une norme (or) nos entretiens ont révélé un usage parfois galvaudé de l'intérêt général. Cette expression, tout comme celle de légalité, se convertit fréquemment en une rhétorique à l'appui d'un refus de médier ou de conclure un

⁵⁴⁶ Ibid., p.57.

⁵⁴⁷ Ibid., p.57.

⁵⁴⁸ Voir CE, 2019, Assises nationales de la médiation administrative, 18 décembre 2019, Intervention de Philippe Blazy, directeur adjoint de la direction générale de l'administration et de la fonction publique, p.66, qui déclare : « la difficulté, sans doute, c'est qu'il peut y avoir une méfiance envers un processus qui peut aboutir à un traitement différencié des agents ».

⁵⁴⁹ BOUSTA Rhita (2021), *La notion de médiation administrative*, Ed. L'Harmattan, p.172.

⁵⁵⁰ Ibid., p.73.

accord de la part de l'administration »⁵⁵¹. Or comme le rappelle Philippe Blazy « s'il s'agit d'appliquer des règles, il n'y a pas forcément d'espace pour la médiation »⁵⁵², alors que cette dernière peut aider « à déjudiciariser et déjuridiciser la relation entre l'administration et l'agent », s'inscrivant par là même « dans ce que nous souhaitons faire en termes de transformation de la fonction publique, notamment celle engagée par la loi du 6 août (2019) »⁵⁵³. Il voit ainsi dans la suppression des avis obligatoires des commissions administratives paritaires (CAP) sur les mobilités et dans la mise en place de la rupture conventionnelle des « espaces naturels de médiation »⁵⁵⁴, notamment aménagés par les innovations apportées par la loi n°2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique.

La médiation est donc un processus construit et structuré par des principes forts, pouvant prospérer dans le vaste champ de l'action administrative et notamment dans la gestion statutaire des agents de l'administration. Il n'existe néanmoins pas une médiation, mais un ensemble de médiations.

B. Les formes de médiation administrative

Si la médiation administrative en tant que procédure juridique est correctement définie, elle est plus complexe à circonscrire en tant que processus permettant de renouer le dialogue entre les parties. Le dictionnaire critique d'action sociale⁵⁵⁵ la définit comme « un processus formel par lequel un tiers, à travers l'organisation d'échanges entre les parties qui y consentent librement, permet à celles-ci de confronter leurs points de vue et de rechercher une solution qui, en dernier lieu, leur appartient ». La médiation administrative, comme toute médiation, est souvent représentée comme un cycle⁵⁵⁶ par la roue de Fiutak:

⁵⁵¹ Ibid., p.177-178.

⁵⁵² Voir CE, 2019, Assises nationales de la médiation administrative, 18 décembre 2019, Intervention de Philippe Blazy, directeur adjoint de la direction générale de l'administration et de la fonction publique, p.66.

⁵⁵³ Ibid., p.66.

⁵⁵⁴ Ibid.

⁵⁵⁵ BARREYRE Jean-Yves, BOUQUET Brigitte, CHANTREAU André, LASSUS Pierre (1999), « La médiation », Dictionnaire critique d'action sociale, Bayard éditions, Paris.

⁵⁵⁶ DUPONT Bérangère (2019), « Processus créatif et processus de médiation », TIERS la revue de la médiation familiale, N°24, juin 2019, p.147.



La roue de Futiak⁵⁵⁷

La médiation s'inscrit ainsi dans une situation « où les personnes en conflit sont dans l'incapacité de communiquer de manière sereine et constructive : leurs échanges sont soit inexistants, soit emprunts d'une telle violence qu'au mieux ils empêchent la résolution, au pire ils la nourrissent »⁵⁵⁸. Si la personnalité du médiateur, son « bon naturel – l'intuition, l'improvisation, le goût pour la paix, un esprit de composition ou encore le charisme...- peut s'avérer une aide précieuse, force est de reconnaître que cela ne suffit guère : il importe alors de disposer d'outils méthodologiques avérés pour incarner la posture de tiers et permettre

⁵⁵⁷ <https://apprendre-reviser-memoriser.fr/roue-de-thomas-fiutak-mediation/>

⁵⁵⁸ BENSIMON Stephen, BOURRY D'ANTIN Martine, PLUYETTE Gérard, (2018), *Art et techniques de la médiation*, collection Droit & Professionnels, Ed. Lexis Nexis, 2^{ème} édition, p.59.

aux personnes de s'engager avec certitude sur le chemin de la résolution amiable des différends »⁵⁵⁹. Ces outils et ces méthodes sont nombreuses. Il existe ainsi différentes taxonomies possibles afin de catégoriser toutes les nuances de la médiation.

Les médiations peuvent d'abord être classées selon les courants auxquels elles se réfèrent, c'est-à-dire les idées qui sous-tendent l'organisation conceptuelle de la médiation : médiation facilitative, médiation d'expertise⁵⁶⁰, médiation évaluative, médiation pédagogique⁵⁶¹, médiation transformative. Elles peuvent également être classées selon leur genre, c'est-à-dire le type de groupes auxquels elle s'adresse, par exemple médiation familiale, médiation sur intérêt, etc. Elles peuvent aussi être classées en fonction de leur style, c'est-à-dire la part d'expression qui est laissée à la liberté de chacun et/ou la part significative de savoir professionnel que le médiateur va utiliser en phase de médiation : un avocat médiateur aura ainsi un prisme juridique qu'un psychologue du travail médiateur n'aura pas, et vice et versa. Cette profusion de médiations amenant souvent les médiateurs à dire qu'il y a autant de type de médiation que de médiateurs, un renvoi vers l'abondante littérature en la matière est ici opéré⁵⁶².

Quelle que soit la catégorie à laquelle elle appartient, toute médiation suit à peu près la même logique (I). De même, parce que la médiation est par essence non directive, il sera fait une présentation exhaustive de la médiation transformative (II).

I. La logique générale de la médiation

La médiation est un processus caractérisé par des étapes incontournables, quel que soit le type de médiation. Une médiation se concrétise en effet par 3 à 4 rencontres entre le médiateur et les médiés, sur une durée moyenne d'un an⁵⁶³.

⁵⁵⁹ Ibid., p.59.

⁵⁶⁰ L'article R.621-1 du code de justice administrative (CJA) permet au président de la juridiction administrative compétente pour en connaître de confier à l'expert une mission de médiation contrairement à ce que prescrit en matière judiciaire l'article 240 du code de procédure civile.

⁵⁶¹ BOUSTA Rhita (2021), *La notion de médiation administrative*, Ed. L'Harmattan, p.183.

⁵⁶² Voir notamment BENSIMON Stephen, BOURRY D'ANTIN Martine, PLUYETTE Gérard, (2018), *Art et techniques de la médiation*, collection Droit & Professionnels, Ed. Lexis Nexis, 2^{ème} édition ; BEN MRAD Fathi (2008), *Sociologie des pratiques de médiation. Entre principes et compétences*, collection Le travail du social, Éditions L'Harmattan ; BOUSTA Rhita (2021), *La notion de médiation administrative*, Ed. L'Harmattan.

⁵⁶³ Entretiens avec Elsa Costa, magistrate administrative en disponibilité et médiatrice administrative.

La première étape est celle du déclenchement de la médiation, c'est-à-dire la saisine du médiateur. A contrario de la médiation judiciaire qui prévoit explicitement la nécessité d'arrêter un accord de médiation, préalable à toute médiation conventionnelle (sans l'intervention d'un juge), le Code de justice administrative ne prévoit que peu de chose sur l'initiation de la médiation. Comme cela a déjà été vu, deux cas peuvent se présenter en matière de médiation administrative appliquée au contentieux fonction publique : soit il est désigné par un juge dans le cadre d'une médiation juridictionnelle, soit il est directement sollicité par les deux protagonistes (administration et agent) dans le cadre d'une médiation conventionnelle.

Dans le premier cas, deux configurations sont alors possibles. La première configuration est celle où les deux parties ont donné leur accord, le juge administratif prend une ordonnance qui ordonne la médiation et interrompt l'instruction de l'affaire. Cette ordonnance peut parfois spécifier une durée accordée à la médiation, renouvelable une fois, bien que le code de justice administrative ne prévoient pas que le juge doive fixer un tel délai. La seconde configuration est celle où seulement une des deux parties a signifié son accord au greffe du tribunal ou de la cour. Le juge peut alors prendre une ordonnance de recueil d'accord (ORA, dite également ordonnance deux en un). Dans ce cadre le juge désigne un médiateur et lui demande de recueillir l'accord de la partie qui ne l'a pas encore exprimé. Le médiateur désigné prend alors attache avec la partie muette, afin de lui expliquer en quoi consiste la médiation et les bénéfices possibles, mais aussi d'explorer dans le même temps les demandes et les attentes des parties.

Dans le second cas, un écrit simple de la part de chacune des parties, matérialisant de manière très expressive l'accord des parties, fait office d'acte générateur du processus de médiation.

Quels que soient les cas le médiateur doit alors « se faire expliquer soigneusement la situation, faire préciser les attentes, expliquer à son tour en quoi consiste la médiation. Il ne doit jamais oublier cette mise au point sur sa fonction sous peine de malentendu. L'un ou l'autre ou les deux peuvent en effet souhaiter le piéger, lui faire jouer un rôle d'arbitre, de juge ou d'expert, de thérapeute, de conseiller juridique »⁵⁶⁴. En fonction de son ressenti, le

⁵⁶⁴ GUILLAUME-HOFNUNG Michèle (2020), *La médiation*, Que sais-je, 8^{ème} édition, p.80-81

médiateur peut refuser la médiation, car son indépendance est totale : « sans cette condition de base, la médiation glisse irrésistiblement vers la manipulation et devient un art »⁵⁶⁵. Refuser une médiation avant qu'elle ne débute est donc une possibilité, notamment au motif des conflits d'intérêt pouvant exister entre le médiateur et l'une des parties, ou entre le médiateur et le conseil d'une des parties. Interrompre une médiation est tout aussi envisageable, notamment si la médiation ne se déroule pas correctement à cause du comportement des parties ou bien s'il y a violation flagrante de la confidentialité par l'une des deux parties.

La seconde étape consiste pour le médiateur à forger le pacte initial de médiation, entre les partenaires, c'est-à-dire les médiés et le médiateur. Il est ici nécessaire d'observer le glissement sémantique à l'œuvre, puisque les parties au litige deviennent les partenaires de la médiation⁵⁶⁶. Cette étape imprime « d'une manière décisive un style de relation entre les partenaires dont le médiateur fait partie »⁵⁶⁷, ce qui permet de consacrer le caractère ternaire de la médiation. Cette étape ne se concrétise généralement que par le changement de langage que va opérer le médiateur, qui peut se doubler d'un changement de lieu de rencontre.

La troisième étape consiste pour le médiateur à élaborer sa stratégie, qui diffère d'une médiation à une autre. Il doit ainsi s'interroger sur la pertinence de recevoir pour une première fois les parties ensemble ou séparées : « s'il préfère les voir séparément, dans quel ordre va-t-il opérer ? Va-t-il recevoir ou aller voir les partenaires ? »⁵⁶⁸. Néanmoins, « selon la majorité des médiateurs interrogés, il est recommandable d'éviter la confrontation physique des médiés au début du processus »⁵⁶⁹. Le tiers médiateur doit ensuite, sur la base des informations que les partenaires lui auront communiquées, « se poser la question des causes du conflit ou de la situation (...) il doit repérer les mots importants, les traduire explicitement, car à la base des malentendus, il y a les mal-dits, les imprécisions de langage par manque de vocabulaire ou par peur »⁵⁷⁰. La professeure Michèle Guillaume-Hofnung conseille à ce titre de s'inspirer de la lecture inspirante du livre de Pierre Bourdieu intitulé « Ce que parler veut

⁵⁶⁵ BENSIMON Stephen, BOURRY D'ANTIN Martine, PLUYETTE Gérard, (2018), *Art et techniques de la médiation*, collection Droit & Professionnels, Ed. Lexis Nexis, 2^{ème} édition, p.249.

⁵⁶⁶ La seule part commune entre deux parties en conflit, c'est le différend...voir GUILLAUME-HOFNUNG Michèle (2020), *La médiation*, Que sais-je, 8^{ème} édition, p.80.

⁵⁶⁷ Ibid., p.82.

⁵⁶⁸ Ibid., p.82.

⁵⁶⁹ BOUSTA Rhita (2021), *La notion de médiation administrative*, Ed. L'Harmattan, p.198.

⁵⁷⁰ GUILLAUME-HOFNUNG Michèle (2020), *La médiation*, Que sais-je, 8^{ème} édition, p.82.

dire »⁵⁷¹. Les champs de la sociologie, de l'histoire et de la psychologie sont ici convoqués, les biais de perception étant souvent le produit d'une culture propre. Parce que « quand on a l'esprit en forme de marteau on voit les problèmes en forme de clou » (Einstein) et « qu'entre ce que je pense, ce que je veux dire, ce que je crois dire, ce que je dis, ce que vous avez envie d'entendre, ce que vous croyez entendre, ce que vous entendez, ce que vous avez envie de comprendre, ce que vous comprenez, il y a dix possibilités qu'on ait des difficultés à communiquer »⁵⁷², la médiation est outil permettant de jeter des ponts entre des cultures, des traditions et des histoires différentes.

La quatrième étape est celle où « le processus de médiation rejoint celui de la maïeutique. Le médiateur doit amener les interlocuteurs à découvrir la part de vérité, comme la part d'erreur, ainsi que les éléments de solution qu'ils portent en eux sans toujours le savoir ou sans pouvoir le dire »⁵⁷³. Dans cette étape décisive où le médiateur doit faire émerger une solution autonome qui n'est pas forcément la sienne « le travail sur les mots est un élément fondamental »⁵⁷⁴, mais aussi le recours à un ensemble d'outils qui permettent d'arriver à la conclusion de la médiation. Le premier objectif du tiers médiateur dans cette étape va être d'éliminer les a priori nés de longs mois ou de longues années de blocage entre l'agent et l'administration, « pour cela les médiateurs s'accordent sur un rétablissement du dialogue autour de la véracité des faits. Les éléments de droit sont discutés par la suite et parfois même de manière résiduelle »⁵⁷⁵. La qualité de la personne ou des personnes représentant l'administration est alors fondamentale, car il doit s'agir pour le médiateur de maîtriser le pouvoir de blocage de l'administration. C'est ainsi que le comptable public peut être associé en amont de la médiation, afin « d'éviter tout blocage lors de l'exécution de l'accord obtenu »⁵⁷⁶, tandis que certains médiateurs sollicitent « un représentant de l'administration ayant un pouvoir de décision : souvent le supérieur hiérarchique, tel que le directeur général des services, le directeur des ressources humaines, voire le maire en personne »⁵⁷⁷. Cette

⁵⁷¹ BOURDIEU Pierre (1982), *Ce que parler veut dire*, Fayard. Cette suggestion a été suivie par cette thèse, qui a compulsé dans le détail cet ouvrage majeur, mais aussi BOURDIEU Pierre (1979), *La distinction – critique sociale du jugement*, Collection Le sens commun, Éditions de Minuit.

⁵⁷² WERBER Bernard (2000), *L'encyclopédie du savoir relatif et absolu*, Albin Michel.

⁵⁷³ GUILLAUME-HOFNUNG Michèle (2020), *La médiation*, Que sais-je, 8^{ème} édition, p.82.

⁵⁷⁴ Ibid., p.83.

⁵⁷⁵ BOUSTA Rhita (2021), *La notion de médiation administrative*, Ed. L'Harmattan, p.201-202.

⁵⁷⁶ Ibid., p.202.

⁵⁷⁷ Ibid., p.202.

technique, qui associe plus ou moins directement l'autorité territoriale d'emploi peut apporter « parfois des solutions auxquelles les concernés n'avaient jamais pensé »⁵⁷⁸. La présence de l'avocat de chacune des parties peut également aider au processus de médiation⁵⁷⁹.

Les modalités pour parvenir à la cinquième et dernière étape du processus de médiation, c'est-à-dire la solution, sont ainsi plurielles. Elles permettent ainsi de classer les médiations en deux grands types : les médiations directives et les médiations non directives.

II. Les médiations et la médiation transformative

Il existe différents types de médiation, presque autant que de médiateurs⁵⁸⁰. Néanmoins, il est possible d'établir une « Summa divisio » dans les courants de la médiation, fonction du parti pris des médiateurs et du « ton » donné à la médiation. Si « en médiation le tiers n'est ni juge, ni arbitre (et que) son autorité se limite à les aider à dialoguer sur les éléments du différend et à instaurer un climat communicationnel favorable aux échanges et à la compréhension réciproque »⁵⁸¹, force est de constater que si l'impartialité du médiateur est aisée à définir, la neutralité l'est beaucoup moins. En effet, si « l'impartialité se décline autour de l'indépendance du médiateur par rapport aux acteurs et aux conflits qui lui sont soumis »⁵⁸², la neutralité souffre d'une définition beaucoup plus imprécise.

Le principe de neutralité, qui « vise à éviter les attitudes d'évaluation des médiateurs à l'égard des médiés »⁵⁸³ est ainsi difficile à atteindre, car « les comportements sociaux sont en effet souvent évalués, de manière plus ou moins consciente, à partir des normes et valeurs

⁵⁷⁸ Ibid., p.202.

⁵⁷⁹ Cette présence n'est pas obligatoire, elle peut de plus ne pas être souhaitée par le médiateur. En effet, « certains médiateurs y voient une gêne dans leurs efforts pour favoriser une expression libre des médieurs », alors que « seul le conseil peut à bon droit se permettre de réfréner les élans de sincérité de son client en médiation, ou au contraire l'encourager à jouer cartes sur table », voir BENSIMON Stephen, BOURRY D'ANTIN Martine, PLUYETTE Gérard, (2018), *Art et techniques de la médiation*, collection Droit & Professionnels, Ed. Lexis Nexis, 2^{ème} édition, p. 31, 93 et suivants.

⁵⁸⁰ BARUCH BUSH Robert A., FOLGER Joseph P. (2019), *La médiation transformative – une approche non directive du conflit*, traduit de l'américain par Pauline et Olivier Chambert-Loir, collection trajets, Edition Erès, Partie 1.

⁵⁸¹ BEN MRAD Fathi (2006), « Équité, neutralité, responsabilité. À propos des principes de la médiation », *Négociations*, vol. n°1, pp. 51-65.

⁵⁸² Ibid.

⁵⁸³ Ibid.

liées à l'appartenance sociale et à tous les traits consécutifs de la socialisation (familiale, scolaire ou sociale). Autrement dit, la difficulté d'échapper aux processus de comparaison sociale entre le médiateur et les médiés constitue une probable entrave à l'application de ce principe. Le médiateur peut-il renoncer à ses croyances, à ses attentes, bref, à se désincarner socialement ? Il est difficile de répondre par l'affirmative sans tomber dans l'angélisme apologétique »⁵⁸⁴.

Ainsi, il existe des biais naturels rendant difficile une approche totalement neutre, compensés par un rôle plus ou moins grand du médiateur dans la recherche d'une solution managériale, pratique et juridique au litige. Il existe ainsi deux grands courants en matière de pratique de la médiation, les médiations directives et les médiations non directives (a). Parmi ces dernières il convient de noter l'intérêt de la médiation transformative (b).

a. Les médiations directives et non directives

Les médiations qui voient une implication forte du médiateur dans la recherche d'une solution sont qualifiées de médiation directive. Cette implication est à analyser au prisme des types de conflit pouvant naître entre des agents, la taxonomie en la matière étant ancienne, complexe et évolutive :

« Sociologists and social psychologists together have produced a variety of typologies and taxonomies of types of conflicts, specifying such variations as material versus non material (value or needs based) conflicts; perceptual, behavioral and attitudinal conflicts; malleability or changeability of the *res* in conflict »⁵⁸⁵.

⁵⁸⁴ Ibid.

⁵⁸⁵ MENKEL-MEADOW Carrie (2004), "From legal disputes to conflict resolution and human problem solving: legal dispute resolution in a multidisciplinary context, Journal of legal education", March 2004, Vol. 54, No. 1, pp.7-29. Traduction : « Les sociologues et les psychologues sociaux ont produit ensemble une variété de typologies et de taxonomies des types de conflits, spécifiant des variations telles que les conflits matériels par rapport aux conflits non matériels (basés sur les valeurs ou les besoins) ; les conflits perceptuels, comportementaux et attitudinaux ; la malléabilité ou la capacité de changement de la personne en conflit ».

Le médiateur va néanmoins s'appuyer dans ce cadre sur l'une des trois grandes théories du conflit pour tenter de trouver une issue favorable au dialogue, en se fondant « sur l'idée qu'il se fait de la théorie du conflit à laquelle adhère ce client »⁵⁸⁶.

La première théorie est la théorie du pouvoir. Selon cette théorie, le conflit « est perçu comme une lutte pour la domination ou contre l'assujettissement »⁵⁸⁷ et le soutien apporté par le médiateur « est une aide à l'organisation et à la mobilisation de soutien et de ressources de toutes sortes pour cette lutte »⁵⁸⁸. Cette médiation de conflit ou médiation réparatrice a vocation à se substituer à un procès où « les parties n'ont que rarement la possibilité de s'expliquer, de s'exprimer, de dire tout ce qu'elles ont sur le cœur et de vider leur querelle »⁵⁸⁹. Ce type de configuration peut amener le médiateur dans de fortes situations de tension, il doit alors « savoir laisser les parties partir ou repartir au combat judiciaire quand c'est en conscience la meilleure ou la moins mauvaise des sorties du conflit »⁵⁹⁰.

La seconde théorie est la théorie des droits, selon laquelle « le conflit est perçu comme une lutte entre deux parties faisant valoir des droits différents, en référence à une série de principes directeurs, et l'aide nécessaire est l'analyse et l'arbitrage par un expert sur l'ensemble de ces principes directeurs »⁵⁹¹.

La troisième et dernière théorie est la théorie des besoins, selon laquelle « le conflit est perçu comme un problème dans la manière de répondre à des besoins apparemment contradictoires avec des ressources limitées, et l'aide nécessaire est une assistance à la résolution des problèmes par un expert en méthodes de résolution de problèmes gagnant-gagnant »⁵⁹². Dans cette pratique, le médiateur doit amener chaque partie à « renoncer à trouver son bonheur dans le malheur de l'autre »⁵⁹³.

⁵⁸⁶ BARUCH BUSH Robert A., FOLGER Joseph P. (2019), *La médiation transformative – une approche non directive du conflit*, traduit de l'américain par Pauline et Olivier Chambert-Loir, collection trajets, Edition Erès, Partie 1.

⁵⁸⁷ Ibid.

⁵⁸⁸ Ibid.

⁵⁸⁹ BENSIMON Stephen, BOURRY D'ANTIN Martine, PLUYETTE Gérard, (2018), *Art et techniques de la médiation*, collection Droit & Professionnels, Ed. Lexis Nexis, 2^{ème} édition, p.17.

⁵⁹⁰ Ibid.

⁵⁹¹ BARUCH BUSH Robert A., FOLGER Joseph P. (2019), *La médiation transformative – une approche non directive du conflit*, traduit de l'américain par Pauline et Olivier Chambert-Loir, collection trajets, Edition Erès, Partie 1.

⁵⁹² Ibid.

⁵⁹³ BENSIMON Stephen, BOURRY D'ANTIN Martine, PLUYETTE Gérard, (2018), *Art et techniques de la médiation*, collection Droit & Professionnels, Ed. Lexis Nexis, 2^{ème} édition, p.19.

A contrario, les médiations qui accordent une place centrale à la recherche d'une solution par les parties sont qualifiées de médiation non directive. Cette négociation entre les parties est animée par un médiateur qui part du principe que chacune d'entre elles – ou les avocats qui les conseillent – ne cherchent pas forcément à recourir à des stratégies compétitives pour maximiser leur gain, car comme le rappelle Carrie Menkel-Meadow : « by 1984 there appeared to be some recognition of at least two ways of negotiating and that not all lawyers always sought to maximize their client's gain using competitive strategies »⁵⁹⁴.

Il y a en effet deux façons d'envisager la négociation, la première étant celle qui l'envisage selon le modèle « winner takes all »⁵⁹⁵ : « a dance of offers, counter demands, threats, concessions, and compromises – all intended to maximise the client's gain, seen this way in part because so much of the literature on legal negotiation is based on litigation models of winner-takes-all »⁵⁹⁶.

Dans ce type de négociation trois éléments cruciaux rentrent en compte :

« Information - knowing about the other side and their needs, time – deadlines and the pressure to get things done within certain constraints; and power – the authority that one side has to make the other side do something »⁵⁹⁷.

L'information relative aux besoins de la partie adverse, la connaissance des effets du temps qui passe sur l'autre partie, mais aussi le pouvoir hiérarchique ou l'autorité d'une partie sur l'autre sont ainsi savamment utilisés et composés afin qu'une des parties prenne un avantage sur l'autre, plusieurs ouvrages explicitant les meilleures stratégies en la matière :

« Generally lower initial demands and faster concessions by one party make agreement more likely and more rapidly reached. If agreement is reached, large initial

⁵⁹⁴ MENKEL-MEADOW Carrie (1983), "Legal negotiation: a study of strategies in search of a theory", American bar foundation research journal, Autumn 1983, Vol. 8, N°. 4, pp. 905-937. Traduction de l'extrait : « En 1984, deux façons de négocier ont semblé être reconnues, mais il est aussi apparu que tous les avocats ne cherchaient pas toujours à maximiser les gains de leurs clients en recourant à des stratégies concurrentielles ».

⁵⁹⁵ Traduction : « le gagnant remporte tout ».

⁵⁹⁶ MENKEL-MEADOW Carrie (1983), "Legal negotiation: a study of strategies in search of a theory", American bar foundation research journal, Autumn 1983, Vol. 8, N°. 4, pp. 905-937. Traduction de l'extrait : « une valse d'offres, de contre-propositions, de menaces, de concessions et de compromis – tous tentés afin de maximiser le gain du client, émaillent une littérature relative à la transaction fortement imprégnée du modèle le gagnant-remporte-tout ».

⁵⁹⁷ Ibid., traduction : « l'information - la connaissance de l'autre partie et de ses besoins, le temps - les délais et la pression pour faire avancer les choses dans certaines limites, et le pouvoir - l'autorité dont dispose une partie pour obliger l'autre partie à faire quelque chose ».

demands and smaller concessions will yield a larger outcome. Demand little, get little. Demand a lot, get nothing (...) Aspiration levels are likely to be set by the intensity of need, the perception of power, time pressures, and the degree of anger (...) Concessions seem to be more likely when the parties like each other, are similar, have a future interest in their relationship, or are able to verbalize and understand the other party's positions »⁵⁹⁸.

La deuxième façon d'envisager une médiation est celle qui consiste à penser qu'elle va permettre de réconcilier les intérêts des parties par une approche coopérative ou coordinatrice, de type « win-win »⁵⁹⁹. Ces stratégies, analysées grâce à la théorie des jeux et des cas d'école, démontrent que chacune des parties évolue selon une courbe de Pareto : « when more than one issue is at stake or when parties have different value structures, trade-offs and exchanges of issues can produce a number of possible solutions along the Pareto optimal frontier »⁶⁰⁰. Cette médiation non directive regroupe en son sein différentes méthodes, dont l'une d'entre elle pourrait mériter une attention toute particulière : la médiation transformative vise en effet à développer « l'autonomisation »⁶⁰¹ des médiés.

b. Une médiation non directive : la médiation transformative

La médiation transformative, pratiquée et théorisée par Robert A. Baruch Bush et Joseph P. Folger, est un processus où « le médiateur part de la conviction que s'il s'en tient à son rôle, les participants feront le reste à mesure qu'ils esquissent des mouvements d'empowerement individuel et de reconnaissance mutuelle, transformant par-là la qualité de

⁵⁹⁸ Ibid., traduction : « En général, des exigences initiales moins élevées et des concessions plus rapides de la part d'une partie rendent un accord plus probable et plus rapide. Si un accord est conclu, des exigences initiales élevées et des concessions plus modestes permettront d'obtenir un résultat plus important. Exiger peu, obtenir peu. Exiger beaucoup, ne rien obtenir (...) Les niveaux d'aspiration sont probablement déterminés par l'intensité du besoin, la perception du pouvoir, les contraintes de temps et le degré de colère (...) Les concessions semblent plus probables lorsque les parties s'apprécient, se ressemblent, ont un intérêt futur dans leur relation ou sont capables de verbaliser et de comprendre les positions de l'autre partie ».

⁵⁹⁹ Cette expression peut être traduite par « gagnant-gagnant ».

⁶⁰⁰ MENKEL-MEADOW Carrie (1983), « Legal negotiation: a study of strategies in search of a theory », American bar foundation research journal, Autumn 1983, Vol. 8, N°. 4, pp.921, traduction : « lorsque plusieurs questions sont en jeu ou lorsque les parties ont des structures de valeur différentes, les compromis et les échanges de questions peuvent produire un certain nombre de solutions possibles le long de la frontière optimale de Pareto »

⁶⁰¹ L'autonomisation pourrait être ici traduit par le terme « empowerment ».

leur interaction et de tout résultat qui en découlera »⁶⁰². Ce type de médiation part du postulat que ce que « les gens trouvent le plus important dans le conflit n'est pas tant qu'il contrarie le respect d'un droit, la satisfaction d'un intérêt ou l'atteinte d'un objectif, aussi importants soient-ils, mais bien ce qu'il les amène, voire les force, à se comporter envers eux-mêmes et les autres d'une manière qui les dérange »⁶⁰³. Bon nombre de personnes en conflit se sentent ainsi impuissantes ou mises à l'écart par la partie adverse car « d'abord le conflit génère, chez presque toutes les personnes qu'il affecte, un sentiment de déstabilisation et d'incapacité par rapport à leur état avant le conflit (...) En même temps, le conflit génère un sentiment de fermeture : chaque partie focalise davantage son attention sur elle-même – devient plus auto protectrice, plus suspicieuse, hostile fermée et imperméable »⁶⁰⁴.

La médiation transformative met ainsi en relief « la spirale négative du conflit », au sein duquel la fermeture des parties engendre leur déstabilisation qui, à son tour, accroît la fermeture et l'incapacité à s'ouvrir au discours de l'autre. Or les parties en conflit ne souhaitent pas qu'un accord, « mais également tourner la page, surmonter leur expérience amère du conflit et passer à autre chose »⁶⁰⁵. Or les personnes en conflit sont fragilisées et déconnectées par la spirale du conflit avant tout à cause de leur isolement, or « si le sentiment profond d'identité d'une personne est lié à la fois à son sentiment d'autonomie et à son sentiment de connexion aux autres, et que les deux sont compromis exactement au même moment, il est parfaitement évident que l'expérience sera profondément dérangeante »⁶⁰⁶.

Le médiateur transformatif va ainsi avoir pour objectif de mettre fin à la spirale négative du conflit en s'appuyant sur « l'humanité de base des personnes, leur force intérieure, leur décence et leur compassion fondamentale en tant qu'êtres humains »⁶⁰⁷. La médiation transformative est ainsi différente de la médiation « classique », définie souvent « comme un processus au cours duquel un tiers neutre aide les parties à trouver des solutions mutuellement acceptables à tout ou partie des questions en litige, et où le rôle du médiateur est d'établir les règles de base, d'identifier les problèmes, d'élaborer un ordre du jour, de

⁶⁰² BARUCH BUSH Robert A., FOLGER Joseph P. (2019), *La médiation transformative – une approche non directive du conflit*, traduit de l'américain par Pauline et Olivier Chambert-Loir, collection trajets, Edition Erès, Introduction.

⁶⁰³ Ibid., partie 1.

⁶⁰⁴ Ibid., partie 1.

⁶⁰⁵ Ibid., partie 1.

⁶⁰⁶ Ibid., partie 1.

⁶⁰⁷ Ibid., partie 1.

soumettre des options, et pour finir de persuader les parties d'accepter les termes d'un accord »⁶⁰⁸. En effet, la médiation transformative a une vision différente de la médiation, du rôle du médiateur et de ses objectifs. Elle est ainsi définie « comme un processus au cours duquel un tiers travaille avec les participants en conflit pour les aider à changer la qualité de leur interaction conflictuelle, de négative et destructrice à positive et constructive, tout en explorant et en discutant les solutions possibles »⁶⁰⁹. Si elle n'élude pas la nécessité pour le médiateur de poser un cadre d'échange entre les parties mais aussi de synthétiser différentes solutions envisageables, elle insiste particulièrement sur l'amélioration de la relation entre les parties. Le rôle du médiateur est en effet d'aider les participants à effectuer ces sauts positifs grâce aux processus de reconnaissance mutuelle et d'empowerement, qui favorisent à leur tour la mise en œuvre de leurs forces intérieures et de leurs capacités d'ouverture à l'autre. L'intérêt d'une approche économique⁶¹⁰ du conflit peut constituer à ce titre une autre manière de concevoir les choses pour retrouver langue, l'analyse théorique des médiations baignant comme nous venons de le voir dans l'univers sémantique de la microéconomie.

Au-delà de cet objectif conceptuel l'action du médiateur transformatif pendant les médiations est double.

Il s'agit tout d'abord de « soutenir les mouvements d'empowerment et de reconnaissance en appuyant – sans jamais les supplanter – la délibération et la prise de décision de chaque participant, à chaque moment de la session où un choix peut se présenter »⁶¹¹. Il s'agit également d'appuyer « les mouvements de reconnaissance, en encourageant et en soutenant – sans jamais les forcer – les efforts délibérément consentis par chaque participant pour se former une nouvelle compréhension du point de vue de l'autre »⁶¹². Le médiateur transformatif va alors suivre pour parvenir à ses fins plusieurs principes. Il ne doit notamment pas tenter d'obtenir des parties qu'elles sortent de leur état

⁶⁰⁸ Ibid., partie 1.

⁶⁰⁹ Ibid., partie 1.

⁶¹⁰ Cette approche peut également être doublée d'une approche sociologique si l'on se réfère à la notion de capital culturel mise en relief par Pierre Bourdieu. L'approche économique de la médiation sous-tend quoiqu'il en soit ce travail de recherche, qui postule que l'analyse économique du droit permet d'analyser la médiation administrative, mais aussi de donner des clés de lecture aux médiés, ainsi qu'aux médiateurs qui ignorent les fondamentaux de cette matière.

⁶¹¹ BARUCH BUSH Robert A., FOLGER Joseph P. (2019), *La médiation transformative – une approche non directive du conflit*, traduit de l'américain par Pauline et Olivier Chambert-Loir, collection trajets, Edition Erès, partie 1.

⁶¹² Ibid.

de fermeture, ce qui aurait alors pour conséquence de les priver d'interactions directes, seules à même pour chacun d'eux de développer un empowerment progressif.

Cette évolution du conflit nécessite cependant que les participants à la médiation se libèrent de leur état de déstabilisation et regagnent plus de force intérieure, condition sine qua non de transformation de l'interaction conflictuelle en un lien humanisant et constructif :

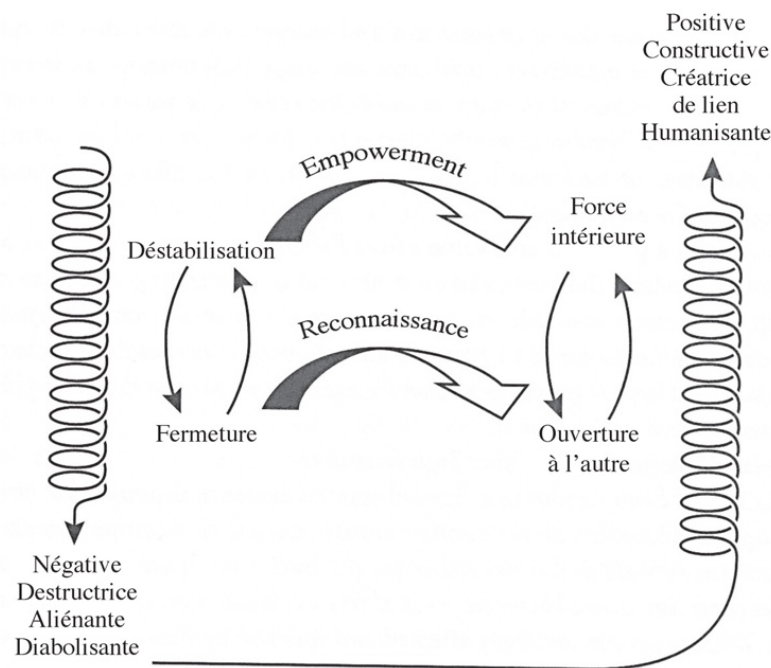


Schéma tiré de Robert A. Baruch Bush et Joseph P. Folger⁶¹³

De plus, le médiateur doit être conscient que « le chemin vers la transformation du conflit est loin d'être doux et régulier »⁶¹⁴, mais aussi qu'il ne peut pas être que dans une posture facilitateur. En effet, « le modèle transformatif n'ignore pas pour autant qu'il est important de résoudre des problèmes spécifiques »⁶¹⁵.

Toute médiation est ainsi un long processus. Une médiation en contentieux fonction publique s'étale ainsi sur une année, où vont se préciser et se remodeler au fil du temps des postures, des discours et des actes.

⁶¹³ Ibid., partie 1.

⁶¹⁴ Ibid., partie 1.

⁶¹⁵ Ibid., partie 1.

§2. L'homologation de l'accord de médiation et le renoncement au recours

La médiation administrative, mode alternatif de règlement des différends, est un ensemble de procédés permettant de renouer le dialogue et de trouver une solution contractuelle (A). Elle peut aboutir également à une transaction, permettant de renoncer au recours pour excès de pouvoir sur le différend qu'elle va résoudre (B).

A. La transaction, l'homologation de l'accord de médiation et la notion d'ordre public

Les parties à une médiation peuvent saisir la juridiction pour « homologuer et donner force exécutoire à l'accord issu de la médiation »⁶¹⁶. L'accord issu d'une médiation, qui n'est pas nécessairement écrit, « reste couvert par le principe de confidentialité qui entoure l'intégralité du processus de médiation et il ne saurait dès lors être rendu public, même partiellement, sans l'accord express de toutes les parties »⁶¹⁷. De plus, « même si la pratique est encore très répandue, l'accord issu de médiation ne doit pas nécessairement prendre la forme d'une transaction au sens du code civil »⁶¹⁸.

Si la distinction entre médiation et transaction est ciselée (I), cette dernière permet d'éteindre la perspective de tout nouveau conflit sur l'objet du différend (II).

I. Accord de médiation et transaction : une distinction ciselée

Médiation et transaction sont en effet étroitement liées, mais pas indissociables. En effet, « contrairement à un accord transactionnel, un accord de médiation ne requiert pas nécessairement de concessions réciproques (exemple de « médiations pédagogiques » où la médiation aboutit à un accord sans modification de la décision ou de l'acte contesté). De

⁶¹⁶ Code de justice administrative (CJA), Art. L.213-4.

⁶¹⁷ CE, 2002, Communication, Accords issus de médiation et homologation.

⁶¹⁸ Ibid.

même, un accord de médiation n'est pas toujours écrit (et) peut n'être que partiel »⁶¹⁹, le requérant pouvant se réserver le droit de ne soumettre au juge qu'une partie du litige, la partie adverse ayant alors donné son accord pour scinder ainsi le traitement du différend. Comme le rappelle en effet Anne-Laure Ponsard, « la transaction doit être rapprochée de la médiation et de la conciliation, voire du recours administratif, mais en aucun cas de l'arbitrage. L'arbitrage est un instrument de résolution des litiges (...) en ce que les parties vont s'accorder pour soumettre leur litige à une instance juridictionnelle non étatique (...) Au contraire, la médiation et la conciliation accordent aux parties un rôle de premier plan puisque, dans tous les cas elles vont, aidées par un tiers, tâcher de parvenir à une solution acceptable pour chacun »⁶²⁰.

Si François Munoz établit une différence entre conciliation et médiation, basée sur le degré d'implication des parties dans la recherche d'une solution⁶²¹, Anne-Laure Ponsard et notre recherche, basée sur des considérants à la fois théoriques et pratiques sur la médiation, pensent néanmoins que « la distinction semble ténue, de l'ordre du papier de soie, à tel point qu'elles sont généralement évoquées ensemble »⁶²². Ainsi, la médiation peut s'achever sur une transaction administrative, définie comme une « transaction réglant les litiges qui auraient relevé du juge administratif si les parties avaient opté pour un règlement juridictionnel »⁶²³. L'officialisation de l'accord de médiation est ainsi au cœur des débats doctrinaux sur la différence entre l'accord de médiation et la transaction.

II. L'homologation de l'accord de médiation : un processus à préciser

L'accord qui est conclu par les parties pour mettre fin à leur différend présente un caractère obligatoire, car « en tant qu'il procède d'un engagement conventionnel, il est revêtu

⁶¹⁹ Ibid.

⁶²⁰ PONSARD Anne-Laure (2015), *La transaction administrative*, Thèse de droit public, p.8-9.

⁶²¹ MUNOZ François (1997), *La conciliation : du droit privé au droit public*, Thèse, p.28-29.

⁶²² PONSARD Anne-Laure (2015), *La transaction administrative*, Thèse de droit public, p.11. Il sera également noté que la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle abroge l'article L.211-4 du code de justice administrative relatif à la mission de conciliation que pouvait proposer par le passé le chef de juridiction saisi d'un litige.

⁶²³ Ibid., p.19.

de l'autorité de la chose décidée et exécutoire de plein droit »⁶²⁴. Néanmoins, dans la perspective que l'accord ne soit pas respecté et qu'il s'impose aux parties, ou alors qu'il puisse soulever dans son exécution des difficultés particulières, il est alors nécessaire de revêtir cet accord de l'autorité de la chose jugée par une homologation, prévue à l'article L213-4 du CJA. Selon le jugement TA Poitiers, 28 juin 2018, M. et Mme B..., n°1701757 « il appartient alors au tribunal de vérifier que les parties consentent effectivement à l'accord, que l'objet de celui-ci est licite, qu'il ne porte pas atteinte à des droits dont les parties n'ont pas la libre disposition, qu'il ne constitue pas de la part de la collectivité publique une libéralité et ne méconnaît pas d'autres règles d'ordre public ». Si le contrôle du juge administratif « semble proche du contrôle normal »⁶²⁵, le jugement devant être rendu en formation collégiale⁶²⁶, il sera néanmoins intéressant d'observer les modalités précises d'évolution de ce contrôle « atypique ». En effet, homologuer un accord semble pour l'instant ne pas préjuger des conséquences juridiques attachées à ce qui a été homologué⁶²⁷.

Le juge administratif fait une pleine application de la jurisprudence Mergui, énonçant que tout accord transactionnel soumis à l'examen de la juridiction compétente ne doit méconnaître aucune règle d'ordre public et qu'ainsi « les personnes morales de droit public ne peuvent jamais être condamnées à payer une somme qu'elles ne doivent pas ; que cette interdiction est d'ordre public et doit être soulevée d'office par la juridiction »⁶²⁸. Si cette jurisprudence permet d'illustrer le fait que le juge contrôle chaque préjudice soulevé par la partie requérante (et non un préjudice global ayant pu faire l'objet d'un forfait), elle permet également d'illustrer la différence tenue entre l'accord de médiation (accord non transactionnel) et l'accord transactionnel. Comme l'illustre Nicolas Normand, s'il existe « une divergence majeure entre les deux régimes juridiques (...) les deux régimes juridiques ne sont (...) pas un jardin à la française parfaitement symétrique et l'accord post-médiation est bien une nouvelle catégorie de contrat administratif »⁶²⁹. Cette taxonomie n'est néanmoins pas

⁶²⁴ Ibid., p.19.

⁶²⁵ ROUQUETTE Rémi (2016), *Petit traité du procès administratif*, édition DALLOZ, collection PRAXIS, pp.241.61. Il est néanmoins important de rappeler ici que le contrôle du juge administratif dans le cadre de l'homologation d'un accord de médiation n'est ni un contrôle restreint, ni un contrôle normal, ni un contrôle de proportionnalité. En effet, l'acte qui est contrôlé n'est pas un acte de l'administration.

⁶²⁶ CAA Bordeaux, 24 mai 2022, N°22BX00220.

⁶²⁷ COURREGES Florent (2025). Les mots d'un accord de médiation et leurs procédures : le rôle du médiateur et du juge qui homologue. *Revue Lexsociété*, 2025, La Lettre du Tribunal administratif de Nice n°57.

⁶²⁸ Conseil d'État, Section, 19 mars 1971, *Sieur Mergui*, Req. N°79962, Rec.

⁶²⁹ NORMAND Nicolas (2020), « Transaction ou accord – attention au terme choisi », *AJDA* 2020 p.632.

stabilisée, le jugement TA Lyon, 27 mars 2019, Req. N°1704535⁶³⁰ étant dans un sens contraire au jugement TA Lille, 23 juillet 2019, Req. N°1901341.

Cependant, le point le plus délicat quelle que soit la frontière entre la médiation et la transaction est « la notion d'ordre public »⁶³¹. Le juge chargé doit en effet « faire application de la théorie de l'enrichissement sans cause et réparer le préjudice (...) mais aussi s'abstenir d'imposer à une collectivité publique le paiement d'une somme qu'elle ne doit pas »⁶³². Cela étant posé, le contrôle des motifs d'ordre public n'est pas facilité, car il dépend dans une large mesure de l'appréciation de la proportionnalité de l'indemnité au chef de préjudice indemnisé : « ce qui est d'ordre public, ce n'est pas une éventuelle exagération de l'indemnité convenue, car, après tout, une transaction peut être plus ou moins bonne, et la collectivité peut se montrer relativement large sur un point afin d'obtenir satisfaction sur un autre. Nous ne vous proposons donc pas d'admettre que le juge puisse refuser l'homologation de l'accord des parties par le seul motif que la somme offerte par l'administration lui paraît supérieure au préjudice subi, à moins que la disproportion ne soit telle que la prétendue transaction ne devienne une libéralité »⁶³³. Cependant, « la jurisprudence n'a guère eu l'occasion de se prononcer sur les restrictions imposées par l'ordre public dans le champ des obligations des parties à un contrat de transaction administrative »⁶³⁴.

Il peut néanmoins être intéressant qu'un accord de médiation prenne la forme d'une transaction administrative. En effet, il peut être avantageux de sécuriser l'une des parties en l'assurant de concessions réciproques. Parmi elles, la transaction peut prévoir, sous certaines conditions, que les parties renoncent à l'exercice d'un recours pour excès de pouvoir après qu'elle a été signée et homologuée.

⁶³⁰ Voir commentaires TA LYON, 27 mars 2019, Req. N°1704535, AJDA 2019, p.1296.

⁶³¹ NORMAND Nicolas (2020), Transaction ou accord – attention au terme choisi, AJDA 2020 p.632.

⁶³² CE, Avis, Ass., 6 décembre 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second degré du district de l'Hajj-les-Roses*, Req. N°249153.

⁶³³ CE, 17 mars 1893, *Chemins de fer du Nord et de l'Est*, conclusions Romieu, Rec.

⁶³⁴ PONSARD Anne-Laure (2015), *La transaction administrative*, Thèse de droit public, p.438 et suivantes.

B. La transaction administrative pour renoncer à un recours ultérieur

L'avis CE, Assemblée, 6 décembre 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second degré du district de l'Haÿ-les-Roses*, Req. N°249153 consacre la notion de transaction administrative, reprise à l'article L.423-1 du Code des relations entre le public et l'administration (CRPA)⁶³⁵ : « Ainsi que le prévoit l'article 2044 du code civil et sous réserve qu'elle porte sur un objet licite et contienne des concessions réciproques et équilibrées, il peut être recouru à une transaction pour terminer une contestation née ou prévenir une contestation à naître avec l'administration. La transaction est formalisée par un contrat écrit ». La transaction est ainsi un acte éminemment contractuel, car « en transigeant les parties décident de mettre fin à leur litige en s'accordant des concessions réciproques »⁶³⁶.

Ainsi, comme le rappelle Rémi Rouquette, si l'article L.213-4 du code de justice administrative (CJA) crée un processus d'homologation de l'accord de médiation analogue au régime prétorien existant pour la transaction, « la qualification de transaction n'est pas utilisée. Sans doute un grand nombre d'accords répondront à la définition de la transaction. Mais on ne peut exclure que certains accords mettant fin à un litige ne soient pas des transactions »⁶³⁷. En effet, si « le recours à la transaction n'est possible pour les parties que si l'objet du litige s'y prête, sont essentiellement concernés les contentieux subjectifs et le contentieux répressif sous réserve d'un texte en ce sens »⁶³⁸.

Le contrat de transaction n'étant pas en lui-même une décision juridictionnelle, il est nécessaire comme l'accord de médiation de lui donner une force exécutoire grâce à un processus d'homologation où le juge vérifie notamment « que les parties y consentent, que son objet est licite, qu'elle ne constitue pas une libéralité consentie par une collectivité publique et qu'elle ne méconnaît pas d'autres règles de droit public ».⁶³⁹ Cependant « l'homologation de la transaction n'est (...) revêtue que de l'autorité relative de la chose jugée »⁶⁴⁰.

⁶³⁵ CRPA, Livre IV « Le règlement des différends avec l'administration ».

⁶³⁶ PONSARD Anne-Laure (2015), *La transaction administrative*, Thèse de droit public, p.455.

⁶³⁷ ROUQUETTE Rémi (2016), *Petit traité du procès administratif*, édition DALLOZ, collection PRAXIS, pp.241.61.

⁶³⁸ La transaction, fiches d'orientation, septembre 2021, DALLOZ.

⁶³⁹ Ibid.

⁶⁴⁰ LALLET Alexandre (2020), « Transaction administrative et contentieux de l'annulation des actes administratifs unilatéraux : l'aube d'une nouvelle ère ? », RFDA 2020, p.807.

Ainsi, l'accord transactionnel soumis à l'homologation du juge, s'il a en commun avec l'accord de médiation le fait de ne pas devoir méconnaître des règles d'ordre public et de ne pas constituer de libéralité, doit également contenir « des concessions réciproques et équilibrées »⁶⁴¹. Le contrôle par le juge chargé de l'homologation d'une transaction « de l'existence de concessions non constitutives d'une libéralité et de leur caractère réciproque et équilibré est (...) minimum »⁶⁴². Il va se borner à identifier l'existence de libéralité entendue au sens large, le Conseil d'État ayant jugé que « pour déterminer si une transaction constitue une libéralité consentie de façon illicite par une collectivité publique, les concessions réciproques consenties par les parties dans le cadre de cette transaction doivent être appréciées de manière globale, et non en recherchant si, pour chaque chef de préjudice pris isolément, les indemnités négociées ne sont pas manifestement disproportionnées »⁶⁴³.

Le recours à la transaction peut également permettre de mettre définitivement un terme au litige par l'extinction de toute voie de recours, conformément à la jurisprudence « Centre hospitalier de Sedan »⁶⁴⁴, dont le principal intérêt réside dans le fait que « le Conseil d'État y juge que l'administration peut conclure une transaction en vue de mettre fin à l'ensemble des litiges nés de l'édition d'une décision ou de prévenir ceux qu'elle pourrait faire naître, incluant la demande d'annulation pour excès de pouvoir de cette décision. Il est donc désormais très clair que, contrairement à ce que l'on a longtemps cru, il n'existe aucune incompatibilité de principe entre l'outil transactionnel et le recours pour excès de pouvoir (REP) : l'usage du premier est de nature à éteindre le droit d'exercer (c'est-à-dire d'introduire ou de maintenir) le second »⁶⁴⁵. Cette décision du Conseil d'État, largement commentée, a « fait l'objet de critiques sévères »⁶⁴⁶, l'administration ne devant selon certains analystes « acheter l'illégalité ». Cette illégalité alléguée au motif qu'elle priverait tout requérant de la capacité d'exercer un recours pour excès de pouvoir conformément à la jurisprudence Dame

⁶⁴¹ NORMAND Nicolas (2020), « Transaction ou accord – attention au terme choisi », AJDA 2020 p.632.

⁶⁴² Ibid.

⁶⁴³ CE, 9 décembre 2016, *Société Foncière Europe*, Req. N°391840 ; voir commentaire AJDA 2017, p.690.

⁶⁴⁴ CAA Nancy, 23 mai 2017, Centre hospitalier de Sedan, Req. N°15NC01590 ; voir commentaires AJDA 2018 p.40 et AJFP 2017 p.350.

⁶⁴⁵ ALHAMA Frédéric (2019), « La renonciation au recours pour excès de pouvoir par voie de transaction – A propos de l'arrêt CE 5 juin 2019, Centre hospitalier de Sedan, n°412732 », AJDA 2019, p.2282.

⁶⁴⁶ LALLET Alexandre (2020), « Transaction administrative et contentieux de l'annulation des actes administratifs unilatéraux : l'aube d'une nouvelle ère ? », RFDA 2020, p.807.

Lamotte⁶⁴⁷ est cependant à relativiser. Elle n'est pas en effet « une question de respect de l'ordre public ou de licéité de l'objet de la transaction. Son occurrence n'intéresse que l'autre condition, cardinale, de la validité de la transaction, qui tient à l'existence de concessions réciproques et équilibrées »⁶⁴⁸.

La médiation, conclue par un accord de médiation ou un accord transactionnel, est ainsi un outil permettant à un tiers médiateur de faire dialoguer un agent ayant un différend avec l'administration. Par son processus même, mais aussi par le cadre juridique en cours de stabilisation qui est désormais le sien, elle recèle ainsi de vraies potentialités pour le contentieux fonction publique.

⁶⁴⁷ CE, 17 février 1950, *Ministre de l'agriculture c/ Dame Lamotte*. En application de cette jurisprudence, confirmée à plusieurs reprises, le pouvoir réglementaire ne peut jamais interdire le recours pour excès de pouvoir contre les décisions qu'il prend.

⁶⁴⁸ LALLET Alexandre (2020), « Transaction administrative et contentieux de l'annulation des actes administratifs unilatéraux : l'aube d'une nouvelle ère ? », RFDA 2020, p.807.

Section 2 : L'utilité de la médiation administrative dans le contentieux fonction publique

Plusieurs raisons militent en faveur d'une large utilisation de la médiation dans le cadre des différends entre les sapeurs-pompiers et l'administration, au-delà du vaste mouvement de fond de la juridiction administrative en la matière. La médiation peut en effet mettre à jour l'économie linguistique et juridique du différend, car elle repose sur la parole et garantit les droits de l'agent (A). La médiation peut par ailleurs être préférable à un jugement où le juge administratif ne peut que très partiellement juger en équité, mais aussi permettre de réparer les liens endommagés par le conflit (B).

§1. Un procédé promu par la juridiction administrative

La médiation est un procédé ancien, qui reconnaît les droits des parties en mettant à jour la dimension sociologique, linguistique et culturelle du différend (A). Elle peut éviter une décision juridictionnelle non optimale, car le juge administratif ne peut que très partiellement juger en équité (B).

A. Un procédé ancien de reconnaissance des droits

La médiation repose, comme tous les modes de règlement amiable des litiges, sur l'idée ancienne « qu'accord vaut mieux que plaid ». Ainsi, « l'arbitrage comme la transaction sont de très vieilles institutions juridiques qui remontent au droit romain, et même au-delà »⁶⁴⁹. Par conséquent, « la médiation apparaît alors fondamentale. Elle est à la fois éminemment philosophique et au fondement de toute construction sociale. Créant ou recréant du lien entre individus, on peut aussi l'envisager sous ses aspects politiques et interculturel. Sans surprise, le domaine juridique s'est également emparé de cette notion inextricablement liée à celle de conflit »⁶⁵⁰.

⁶⁴⁹ CADIET Loïc et CLAY Thomas (2019), *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Éditions DALLOZ, 3^{ème} édition, p.1.

⁶⁵⁰ BOUSTA Rhita (2021), *La notion de médiation administrative*, Ed. L'Harmattan, p.21.

C'est pour cela que Pierre Bellet, ancien Premier président de la Cour de cassation, expliquait « qu'il faut que le juge aime la justice au point de chercher à rectifier plutôt que de trancher, qu'il préfère la balance au glaive »⁶⁵¹. La médiation est ainsi une institution sociale ancienne dont l'histoire a d'ores et déjà été largement décrite par la doctrine⁶⁵². Le développement des modes alternatifs de règlement des différends (MARD) en général et de la médiation administrative en particulier relève ainsi de plusieurs facteurs (I). De plus la médiation, par son déroulé même, permet de reconnaître les droits des parties en mettant à jour la dimension sociologique, linguistique et culturelle du différend (II).

I. Les facteurs de développement des MARD

Le premier d'entre eux est « la crise de la justice, caractérisée par l'explosion du contentieux judiciaire et l'encombrement des rôles des juridictions qui en est la conséquence »⁶⁵³. Ce constat est néanmoins à relativiser en matière de médiation administrative, les juridictions administratives ne se démarquant guère, sur le secteur particulier des litiges relatifs aux relations de travail, de leurs consœurs judiciaires dans le délai de traitement des requêtes. En effet, le délai moyen de jugement des affaires, de leur enregistrement à leur notification est en diminution constante. Ainsi, alors qu'il était de 1 an 9 mois et 21 jours en 2017 dans les tribunaux administratifs, il est de 1 an 4 mois et 13 jours en 2021 dans les mêmes juridictions, le contentieux fonction publique représentant environ 11% des affaires⁶⁵⁴. Le même type de contentieux dans les conseils de prud'homme sont quant à eux jugés en 1 an et 2 mois environ. Il faut donc voir dans cette promotion de la médiation

⁶⁵¹ BENSIMON Stephen, BOURRY D'ANTIN Martine, PLUYETTE Gérard, (2018), *Art et techniques de la médiation*, collection Droit & Professionnels, Ed. Lexis Nexis, 2ème édition, p.XVIII.

⁶⁵² Voir notamment *Droit processuel, droit commun et droit comparé du procès équitable*, Ouvrage collectif sous la direction de Serge GUINCHARD, Éditions DALLOZ, 11^{ème} édition ; CADIET Loïc et CLAY Thomas (2019), *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Éditions DALLOZ, 3^{ème} édition ; BOUSTA Rhita (2021), *La notion de médiation administrative*, Ed. L'Harmattan.

⁶⁵³ CADIET Loïc et CLAY Thomas (2019), *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Éditions DALLOZ, 3^{ème} édition, p.3.

⁶⁵⁴ CE, 2022, Rapport public, *Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives en 2021*, p.35 et suivantes.

certaines une réponse à un stock d'affaires en légère progression annuelle, mais avant tout l'utilisation d'un « outil de la managérialisation de la justice »⁶⁵⁵.

Le second facteur est ainsi plus marqué, car il « touche à l'évolution des modes de régulation sociale, c'est-à-dire à la structure même de la société française. Qu'on le regrette ou non, l'État n'est plus ce qu'il était et, par conséquent, la loi non plus qui a cessé d'être le centre de l'univers juridique qu'elle était depuis la codification napoléonienne. Ce déclin du légicentrisme est de nature à favoriser la contractualisation des rapports sociaux, en général, et la contractualisation du procès, en particulier »⁶⁵⁶. Le recul de l'empire de la loi, conjugué à une forme de désenchantement du monde⁶⁵⁷ occidental où la morale religieuse est parfois, dans le monde du travail, substitué par un double impératif d'efficacité et de productivité, sont autant de phénomènes à l'origine de nombreux conflits au sein des communautés de travail. Les instances de régulation intermédiaires étant désormais inexistantes ou insuffisantes, l'administration de la justice devient donc fréquemment la première mais aussi la dernière institution de régulation sociale. Le droit romain peine ainsi à assurer sa fonction de garant d'un ordre républicain, de plus en plus contesté, dans une société française de plus en plus marquée par le libéralisme et le capitalisme⁶⁵⁸.

Le troisième et dernier facteur n'est pas sans lien avec le second. Il est lié aux travaux entamés de longue date dans le cadre européen, afin de développer sur le continent européen cette pratique largement développée dans le cadre de la common law, en particulier aux États-Unis. En effet « Le procès n'a pas la même place dans la culture juridique américaine et dans la culture juridique française (...) Derrière chaque rituel se cache en effet une énergie initiale qui met en forme le procès et arrange les étapes de son déroulement. Ce moteur est, dans la culture française, la puissance publique, alors qu'il est en common law l'action d'une partie, mieux : d'un individu »⁶⁵⁹. Ainsi, « le procès de common law organise, selon une mise en scène très différente, la capacité (agency) d'un citoyen, auquel il offre un cadre procédural pour

⁶⁵⁵ CADIET Loïc et CLAY Thomas (2019), *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Éditions DALLOZ, 3^{ème} édition, p.4.

⁶⁵⁶ Ibid., p.4.

⁶⁵⁷ GAUCHET Marcel (1985), *Le désenchantement du monde : une histoire politique de la religion*, Collection Essais, Éditions Folio.

⁶⁵⁸ CULPEPPER Pepper D., HALL Peter A., PALIER Bruno (2006), *La France en mutation 1980-2005*, Les presses de Sciences Po.

⁶⁵⁹ GARAPON Antoine, PAPADOPOULOS Ioannis, *Juger en Amérique et en France*, Éditions Odile Jacob, Edition 2010, p.67.

agir »⁶⁶⁰. Ce cadre procédural est un « espace de négociation entre les parties, dans l'ombre du droit, en amont de l'audience publique »⁶⁶¹, que le Conseil de l'Europe et l'Union européenne ont souhaité très tôt aménager dans les cadres juridiques de leurs États-membres⁶⁶². La procédure du plaider-coupable a ainsi été introduite en France par la loi du 9 mars 2004 sous le nom de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC). Initialement réservée au jugement de petits délits, la CRPC concerne, depuis la loi du 13 décembre 2011, un grand nombre de délits dans le cas où le mis en cause, majeur au moment des faits, reconnaît les faits qui lui sont reprochés. La médiation administrative est quant à elle portée sur les fonts baptismaux par l'ordonnance n°2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de 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. Elle est finalement consacrée par la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle, mais aussi par l'institution d'une médiation préalable obligatoire⁶⁶³. C'est ainsi qu'une expérimentation a été menée en la matière⁶⁶⁴, au point de conclure à la systématisation de cette procédure suite à la loi n°2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire.

Il existe ainsi aujourd'hui une véritable phénoménologie⁶⁶⁵ de la médiation qui, parce qu'elle est avant tout un dialogue réalisé à l'aide d'un tiers médiateur, permet de mettre à jour, grâce aux travaux de linguistes, l'économie linguistique à l'origine des différends.

⁶⁶⁰ Ibid., p.67.

⁶⁶¹ Ibid., p.68. Il sera renvoyé également à la lecture des pages suivantes et notamment de la page 71, faisant un focus particulier sur le « plea bargaining », qui est un « accord négocié entre un procureur et un accusé au terme duquel l'accusé plaide coupable pour une infraction moindre, ou pour l'un des multiples chefs d'accusation, en échange d'une concession par le procureur, habituellement d'une peine moins sévère ou d'un abandon des autres chefs d'accusation »

⁶⁶² Voir recommandation R-81-7 du comité des ministres du Conseil de l'Europe du 15 mai 1981 ou la directive 2008/52/CE relative à la médiation en matière civile et commerciale, mais aussi GUILLAUME-HOFNUNG Michèle (2020), La médiation, Que sais-je, 8^{ème} édition

⁶⁶³ Décret n°2018-101 du 16 février 2018 portant expérimentation d'une procédure de médiation préalable obligatoire en matière de litiges de la fonction publique et de litiges sociaux

⁶⁶⁴ CE, Secrétariat général, 23 juin 2021, Expérimentation de la médiation préalable obligatoire - Bilan

⁶⁶⁵ GUILLAUME-HOFNUNG Michèle (2020), La médiation, Que sais-je, 8^{ème} édition, p.7

II. La médiation permet de reconnaître les droits des parties en mettant à jour la dimension sociologique, linguistique et culturelle du différend

Si la médiation est une véritable phénoménologie, il est alors nécessaire de rappeler la définition de ce terme complexe emprunté à la philosophie du sujet. Le terme « signifie étude des phénomènes, c'est-à-dire de cela (...) qui est donné. Il s'agit d'explorer ce donné, la chose même que l'on perçoit, à laquelle on pense, de laquelle on parle, en évitant de forger des hypothèses, aussi bien sur le rapport qui lie le phénomène avec l'être de qui il est phénomène, que sur le rapport qui l'unit avec le Je pour qui il est phénomène »⁶⁶⁶.

Pensée en premier lieu par Husserl au début du XXème siècle, en réaction ou en contrepoint à la systématisation métaphysique de Kant, elle « est comparable au cartésianisme, et il est certain qu'on peut par ce biais l'approcher de façon adéquate : elle est une méditation logique visant à déborder les incertitudes mêmes de la logique vers et par un langage ou logos excluant l'incertitude »⁶⁶⁷. La phénoménologie est ainsi « une tentative pour dépasser les limites de l'approche scientifique traditionnelle, des processus vitaux et psychiques. Elle les intègre dans une approche globale fondée sur la primauté de la conscience, dans la constitution des phénomènes vécus. Elle décrit sa liaison au monde et aux autres. Méthode codifiée, la phénoménologie permet de comprendre la signification des phénomènes subjectifs, sans les dénaturer »⁶⁶⁸, à partir d'un récit qui va permettre au sujet de dépasser la limite à cet entendement et donner un sens au conflit.

Ainsi, parce que la médiation repose avant tout sur le langage au travers d'un tiers médiateur, la parole, envisagée à l'instar de Ferdinand de Saussure comme un système d'échanges symboliques⁶⁶⁹ est avant tout une expérience subjective nécessitant d'être interprétée sous un nouveau jour, qui plus est dans un environnement essentiellement juridique. Tant de subjectivités dans un monde symbolique apparaît cependant difficilement utile pour mieux décrire la maïeutique que la médiation représente en tant que processus. La

⁶⁶⁶ LYOTARD Jean-François (2014), *La phénoménologie*, Que sais-je ?, Edition des Presses universitaires de France, p.5.

⁶⁶⁷ Ibid., p.4.

⁶⁶⁸ RIBAU Claire, LASRY Jean-Claude, BOUCHARD Louise, MOUTEL Grégoire, HERVE Christian, MARC-VERGNES Jean-Pierre (2005), *La phénoménologie : une approche scientifique des expériences vécues*, Recherche en soins infirmiers, p.21-27.

⁶⁶⁹ DE SAUSSURE Ferdinand, *Écrits de linguistique générale*, Bibliothèque de philosophie de la NRF, Éditions Gallimard.

pensée de Niklas Luhmann permet cependant de sortir de cette difficulté intellectuelle, en dépassant l'hétérogénéité du lien entre les mots et les choses pour mettre à jour les notions sémantiques et de code. Selon lui « l'essence du droit tient à ce que des cas analogues doivent être traités de façon analogue (or) de nombreux aspects de notre existence relèvent avant tout de la sémantique. La sémantique se caractérise par un certain rapport interne au langage (et) le langage n'implique pas seulement une adéquation entre les mots et les choses »⁶⁷⁰. Ce rapport interne au langage est conféré selon Luhmann par des « systèmes sociaux » comme le droit, qui sont également pour lui « l'art, la science, la politique, la religion, l'économie, l'éducation »⁶⁷¹. Ainsi un même objet peut bénéficier de différents points de vue, selon qu'il est examiné par tel ou tel système social. Luhmann envisage ainsi le droit au-delà de la simple normativité, qui « permet de prévoir les comportements d'autrui »⁶⁷² dans un monde avant tout caractérisé par la complexité, en considérant que « le droit n'est pas un produit de l'Etat, mais de la société »⁶⁷³. Le droit est ainsi selon lui « un mode de traitement des attentes sociales. Dans un contexte de contingence, de complexité, de contingence redoublée, etc., le droit établit un cadre pour le futur »⁶⁷⁴. Le penseur allemand propose alors « de comprendre le droit comme programmation, comme ensemble de programmes⁶⁷⁵, chaque système social produisant un programme fondamental reposant sur un syllogisme : « à la situation A on applique le traitement X »⁶⁷⁶.

Cette notion de code dans un programme sémantique apparaît intéressante au point de vue théorique car elle semble être un point de convergence entre la pensée de Saussure, de Luhmann et de Bourdieu : « Accepter le modèle saussurien et ses présupposés, c'est traiter le monde social comme un univers d'échanges symboliques et réduire l'action à un acte de communication qui, comme la parole saussurienne, est destiné à être déchiffré au moyen d'un chiffre ou d'un code, langue ou culture »⁶⁷⁷.

⁶⁷⁰ SOSOE Lukas K. (2015), *Le droit-un système social, un commentaire coopératif de Niklas Luhmann*, Éditions OLMS, p.33-34.

⁶⁷¹ Ibid., p.39.

⁶⁷² Ibid., p.42.

⁶⁷³ Ibid., p.44.

⁶⁷⁴ Ibid., p.45.

⁶⁷⁵ Ibid., p.45.

⁶⁷⁶ Ibid., p.45 et suivantes.

⁶⁷⁷ BOURDIEU Pierre (2005), *Ce que parler veut dire – l'économie des échanges linguistiques*, Éditions Fayard, p.13.

La langue et la culture sont ainsi pour Bourdieu un code de communication, ce dernier rappelant que Ferdinand de Saussure fait de la langue un « code à la fois législatif et communicatif qui existe et subsiste en dehors de ses utilisateurs (sujets parlants) et de ses utilisations (parole) », ayant « toutes les propriétés reconnues à la langue officielle »⁶⁷⁸. Or parce que cette « langue officielle a partie liée avec l'État »⁶⁷⁹, elle est également la langue du droit car comme le rappelle Lukas K. Sosoe en référence à la théorie luhmannienne du droit, « le droit est aux mains de l'État, c'est-à-dire de la politique »⁶⁸⁰.

Or si le système démocratique promeut philosophiquement et juridiquement l'égalité des conditions, la pratique démontre que tout le monde n'est pas égal dans le maniement intellectuel de ces codes et de ces programmes. De plus, comme Pierre Bourdieu le rappelle tout au long de son œuvre, dans « le processus qui conduit à l'élaboration, la légitimation et l'imposition d'une langue officielle le système scolaire remplit une fonction déterminante »⁶⁸¹.

Le système éducatif met en effet en place un système de domination symbolique dont « le propre (...) réside précisément dans le fait qu'elle suppose de la part de celui qui la subit une attitude qui défie l'alternative ordinaire de la liberté et de la contrainte »⁶⁸². Une personne peut ainsi s'avérer être intimidante, c'est-à-dire comme exerçant une intimidation n'impliquant aucun acte d'intimidation, rien que par l'utilisation d'une certaine langue « autorisée » mais aussi par l'habitus de la personne intimidée, c'est-à-dire la manière de parler naturelle de cet individu⁶⁸³. Ainsi selon Bourdieu l'échange verbal se produit sur un marché linguistique où l'émetteur et le récepteur, sur la base de leur expérience différente mais aussi d'un langage commun, échange des biens symboliques permettant de pérenniser un certain ordre social :

« Ce qui circule sur le marché linguistique, ce n'est pas la langue, mais des discours stylistiquement caractérisés, à la fois du côté de la production, dans la mesure où chaque locuteur se fait un idiolecte avec la langue commune, et du côté de la réception, dans la

⁶⁷⁸ Ibid., p.26.

⁶⁷⁹ Ibid., p.27.

⁶⁸⁰ SOSOE Lukas K. (2015), *Le droit-un système social, un commentaire coopératif de Niklas Luhmann*, Éditions OLMS, p.37.

⁶⁸¹ BOURDIEU Pierre (2005), *Ce que parler veut dire – l'économie des échanges linguistiques*, Éditions Fayard, p.35.

⁶⁸² Ibid., p.36.

⁶⁸³ Ibid., p.37.

mesure où chaque récepteur contribue à produire le message qu'il perçoit et apprécie en y apportant tout ce qui fait son expérience singulière et collective »⁶⁸⁴.

Ainsi parler c'est certes utiliser un médium commun, mais également un médium socialement marqué car « le paradoxe de la communication est qu'elle suppose un médium commun mais qui ne réussit (...) qu'en suscitant et en ressuscitant des expériences singulières, c'est-à-dire socialement marquées »⁶⁸⁵. Ce médium commun est ainsi la langue légitime, « fondée par la religion et la politique qui tirent leurs meilleurs effets idéologiques des possibilités qu'enferme la polysémie inhérente à l'ubiquité sociale de la langue légitime »⁶⁸⁶.

L'utilisation de la langue légitime peut néanmoins amener celui qui est institué à parler de manière légitime à commettre ou dire des erreurs car « les capacités génératives de la langue peuvent excéder les limites de l'intuition ou de la vérification empirique pour produire des discours formellement corrects mais sémantiquement vides »⁶⁸⁷. Ainsi celui qui est institué à parler de manière légitime peut n'avoir qu'une compétence technique limitée, potentiellement génératrice d'erreurs : « Les rituels représentent la limite de toutes les situations d'imposition où, à travers l'exercice d'une compétence technique qui peut être très imparfaite, s'exerce une compétence sociale, celle du locuteur légitime, autorisé à parler avec autorité »⁶⁸⁸. Or « les mots qui, dans les langues indo-européennes, servent à dire le droit se rattachent à la racine dire. Le dire droit, formellement conforme, prétend par là même, et avec des chances non négligeables de succès, à dire le droit, c'est-à-dire le devoir être »⁶⁸⁹.

Il existe ainsi une véritable « autorité linguistique » selon Bourdieu :

« Ainsi, par l'intermédiaire de la structure du champ linguistique comme système de rapports de force proprement linguistique fondés sur la distribution inégale du capital linguistique (ou, si l'on préfère, des chances d'incorporer les ressources linguistiques objectivées), la structure de l'espace des styles expressifs reproduit dans son ordre la structure des écarts qui séparent objectivement les conditions d'existence »⁶⁹⁰.

Cette autorité confère à celui qui la détient un pouvoir sur la langue mais aussi sur ceux qui disposent d'un capital linguistique inférieur. Certes le recours à un avocat va permettre,

⁶⁸⁴ Ibid., p.16.

⁶⁸⁵ Ibid., p.16.

⁶⁸⁶ Ibid., p.17.

⁶⁸⁷ Ibid., p.20.

⁶⁸⁸ Ibid., p.20.

⁶⁸⁹ Ibid., p.20.

⁶⁹⁰ Ibid., p.46.

en partie dans le cadre de la résolution du litige devant un juge, de compenser cette domination culturelle et sociale démontrée par Pierre Bourdieu. Le contentieux ne va néanmoins pas être en mesure de réparer la relation de travail endommagée par le conflit. Or la médiation pourrait permettre de mettre à jour, grâce au travail spécifique du tiers médiateur, les différences de perception des mots de la langue légitime, mais aussi des notions propres à la culture du métier de sapeur-pompier. Elle pourrait ainsi éviter une décision juridictionnelle non optimale, car le juge administratif ne peut que partiellement juger en équité.

B. La médiation pour éviter une décision juridictionnelle inéquitable

La notion d'équité est « fréquemment mobilisée dans les discours des médiateurs pour décrire l'une des manières spécifiques dont la médiation aborde la particularité des cas qui lui sont soumis »⁶⁹¹. Si le terme d'équité recouvre plusieurs acceptions possibles, toutes situées dans les champs sémantiques de la morale et de la justesse des décisions, elle recouvre en droit, depuis l'Antiquité, une acception particulière. Ainsi, selon Aristote, « la nature de l'équité, c'est précisément de redresser la loi là où elle se trompe, à cause de la formule générale qu'elle doit prendre »⁶⁹². L'équité est donc un « correctif de ce qui est légalement juste – non pas une correction de la loi elle-même, qui n'a pas vocation à prendre en compte explicitement toutes les situations possibles, mais un pas de côté par rapport à son application littérale »⁶⁹³.

Le juge est ainsi autorisé, depuis le code civil de 1804, à juger en équité. Cependant « l'une des difficultés, révélée par plusieurs études juridiques consacrées à l'équité, réside dans la détermination d'une définition qui permette d'énoncer ses diverses caractéristiques et, par là même, de préciser les éléments qui la distinguent de notions voisines comme la bonne foi notamment. Ces deux notions, parfois considérées comme cousines, ont pour élément commun d'être des concepts moraux qui tempèrent l'application parfois jugée aveugle des techniques juridiques. Si la référence à l'équité, retenue à l'article 1194 du code

⁶⁹¹ AGACINSKI Daniel, CADIN Louise (2019), « Médiation accomplie ? Discours et pratiques de la médiation entre citoyens et administrations », France Stratégie, p.105.

⁶⁹² ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, LGF, Edition de 2012, p.231.

⁶⁹³ AGACINSKI Daniel, CADIN Louise (2019), « Médiation accomplie ? Discours et pratiques de la médiation entre citoyens et administrations », France Stratégie, p.105.

civil, a même constitué pour certains un simple prolongement de la bonne foi énoncée à l'article 1104 du même code, un tel constat devra être tempéré »⁶⁹⁴.

La seconde difficulté réside dans l'utilisation de ce type de jugement, à la fois accepté voire même aménagé, mais également aussi contrôlé que critiqué⁶⁹⁵. En effet, « dans un système juridique fondé sur la prédominance du droit légiféré, toute référence à l'équité suppose au préalable une autorisation ou une habilitation directe ou indirecte du législateur au juge, qui consacre alors une délégation au bénéfice de celui-ci »⁶⁹⁶.

Si le juge judiciaire recourt au jugement en équité, notamment dans le cadre de l'arbitrage où il peut demander à l'arbitre désigné d'être un amiable compositeur, le juge administratif ne l'utilise que de manière très ciblée. En effet, la capacité de l'administration à réformer elle-même ses décisions suite à un recours gracieux ou un recours hiérarchique, combinée à l'existence d'un médiateur comme le Défenseur des droits - compétent pour régler en équité la situation du requérant, ont limité de facto l'office du juge administratif en la matière, cantonné aux dépens et aux frais irrépétibles⁶⁹⁷ où il « statue en équité et en tenant compte de la situation économique de la partie condamnée »⁶⁹⁸. De plus, si la motivation du juge administratif pourrait permettre de justifier un choix effectué en équité, une telle option n'est pas ou peu présente dans la jurisprudence et la doctrine administrativiste.

Il convient également de relativiser le volume des jugements en équité au sein des juridictions judiciaires, qui ont eu à connaître des modes alternatifs de règlement des différends (MARD) bien avant les juridictions administratives. Si les juges du fond justifient leurs décisions prises en équité par une référence expresse à cette notion dans leur motivation, force est aussi de constater que leurs jugements sont fréquemment invalidés par la Cour de cassation⁶⁹⁹, notamment au motif de la contravention à l'obligation de motivation, rattachée elle-même aux exigences du procès équitable⁷⁰⁰. Cette capacité à juger en équité

⁶⁹⁴ ALBIGES Christophe (2017), « Équité », Répertoire de droit civil, DALLOZ, p.5.

⁶⁹⁵ Ibid., p.13. Il sera renvoyé également à l'intégralité de l'article, reflétant l'aspect dual de l'équité en matière de contentieux, qu'il soit judiciaire ou pénal.

⁶⁹⁶ Ibid., p.10.

⁶⁹⁷ Code de justice administrative (CJA), art. R.761-1 et suivants.

⁶⁹⁸ ROUQUETTE Rémi (2016), *Petit traité du procès administratif*, édition DALLOZ, collection PRAXIS, pp.332.105.

⁶⁹⁹ ALBIGES Christophe (2017), « Équité », Répertoire de droit civil, DALLOZ, p.17

⁷⁰⁰ ORIF Vincent (2015), « L'exigence de motivation sous surveillance étroite », La lettre juridique, LEXBASE

limitée explique ainsi le fort développement de l'amiable dans la résolution des différends devant les juridictions judiciaires.

Il en est de même pour la juridiction administrative, qui milite pour le règlement amiable des litiges. Elle assure ainsi un travail d'identification des recours susceptibles d'une médiation administrative, en expliquant notamment aux parties que « dans un certain nombre de cas, une procédure de médiation peut apporter une meilleure réponse que celle d'un jugement. Meilleure parce qu'elle sera probablement plus rapide, mais surtout parce qu'elle émanera des parties elles-mêmes et qu'elle permettra de trouver une solution qui conviendra à tous »⁷⁰¹. De plus, ce mode alternatif de règlement des litiges ne prive pas les justiciables des garanties processuelles du procès équitable.

⁷⁰¹ Voir les pages WEB de différents tribunaux administratifs sur la médiation administrative, notamment celles du TA Lyon.

§2. Un procédé favorisant la réparation

Si la médiation est régulièrement présentée ou pressentie comme un palliatif à l'engorgement des tribunaux ou un remède à la lenteur des procédures, elle amène également la doctrine à « se demander si cette voie alternative ne prive pas les justiciables des garanties du procès équitable »⁷⁰². La médiation est un processus long qui garantit une équité procédurale, venant parfois pallier la nécessité d'un jugement en équité (A). Dans le cadre de différends au sein des collectifs de travail, elle peut également participer d'une justice restaurative, parfois nécessaire pour le rétablissement du lien managérial (B).

A. Une équité procédurale à défaut d'un jugement en équité

Le droit à un procès équitable, dont l'équivalent en droit anglo-saxon est le « due process of law »⁷⁰³ ou le « right to a fair trial »⁷⁰⁴, est ancien et fondateur de l'État démocratique moderne. Il trouve dans l'histoire son origine « dans la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 (art. 10 et 11), sans même parler de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, dont les articles 7, 8 et 9 contiennent des éléments du droit à un procès équitable en matière pénale et des textes anglais (La Grande Charte de 1215) et américain (le Bill of rights de 1791) »⁷⁰⁵. Si la médiation ne se confond pas avec le jugement en équité, elle assure aux médiés une équité procédurale (I), qui permet de relativiser le côté alternatif de ce mode de règlement des différends (II).

I. La médiation garantit l'équité procédurale

Le temps long entre la Magna Carta et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) a ainsi permis d'identifier les éléments

⁷⁰² CADIET Loïc et CLAY Thomas (2019), *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Éditions DALLOZ, 3^{ème} édition, p.122.

⁷⁰³ Les traductions possibles de cette expression commune sont plurielles : droit à une procédure régulière, droit à un procès équitable, droit à une procédure équitable, procédure régulière.

⁷⁰⁴ A traduire comme « droit à un procès équitable ».

⁷⁰⁵ *Droit processuel, droit commun et droit comparé du procès équitable* (2021), Ouvrage collectif sous la direction de Serge GUINCHARD, Éditions DALLOZ, 11^{ème} édition, p.561.

constituant, dès lors qu'ils sont tous réunis, la garantie d'un procès équitable : « Au noyau dur de la garantie d'un tribunal indépendant et impartial, d'une procédure publique se déroulant dans un délai raisonnable, se sont ajoutées, comme autant d'exigence de l'équité procédurale, la garantie d'un débat contradictoire et l'égalité des armes entre les parties, la possibilité d'assurer ou de faire assurer sa défense, le droit à un interprète et l'assurance d'un jugement motivé »⁷⁰⁶.

La médiation, qui appartient à la grande famille des MARD, ne peut donc pas, par essence, garantir le droit à un procès équitable puisqu'elle ne se déroule pas dans un « tribunal indépendant et impartial, établi par la loi »⁷⁰⁷. Ce vice « originel », que certains peuvent qualifier de « rédhibitoire »⁷⁰⁸ est cependant à relativiser. En effet, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) estime dans son arrêt CEDH, 21 février 1975, Golder, Série A, n°18 que « les justiciables peuvent toujours renoncer aux garanties du procès équitable dès lors que cette renonciation est libre et éclairée et que le chemin des juridictions reste toujours ouvert en cas d'échec »⁷⁰⁹.

Ce vice peut par ailleurs être accru par le caractère conventionnel de la médiation, qui pourrait contrevenir à la publicité des audiences, « de nature à permettre d'éviter la suspicion sur l'impartialité des juges qui se prononcent au nom du Peuple français et sous son contrôle »⁷¹⁰. Ce défaut structurel n'est de plus pas compensé par une déontologie du médiateur, cette profession n'existant pas en tant que telle comme a pu le relever l'assemblée plénière du deuxième congrès sur toutes les médiations⁷¹¹. Ainsi, « à l'occasion de sa résolution datant du 13 septembre 2011, le Parlement européen soulignait l'importance d'établir des normes communes pour l'accès à la profession de médiateur en vue de promouvoir une médiation de meilleure qualité et de garantir des normes élevées en matière de formation professionnelle et d'accréditation dans l'Union européenne. Pourtant, la professionnalisation de la médiation est discutée dans la doctrine, notamment sociologique. Certains auteurs s'y opposent fermement en soutenant qu'il s'agit d'abord d'une qualité

⁷⁰⁶ CADIET Loïc et CLAY Thomas (2019), *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Éditions DALLOZ, 3^{ème} édition, p.122.

⁷⁰⁷ CEDH/LF, art. 6-1.

⁷⁰⁸ CADIET Loïc et CLAY Thomas (2019), *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Éditions DALLOZ, 3^{ème} édition, p.127.

⁷⁰⁹ Ibid.

⁷¹⁰ Ibid., p.129.

⁷¹¹ Deuxième congrès sur toutes les médiations, Angers, 5 au 7 octobre 2022.

humaine individuelle »⁷¹². Si ce deuxième vice consubstantiel à la nature même de la médiation n'est donc pas compensé, il est cependant tempéré par l'exigence de confidentialité posée à l'article L. 213-2 du code de justice administrative (CJA) : « Sauf accord contraire des parties, la médiation est soumise au principe de confidentialité. Les constatations du médiateur et les déclarations recueillies au cours de la médiation ne peuvent être divulguées aux tiers ni invoquées ou produites dans le cadre d'une instance juridictionnelle ou arbitrale sans l'accord des parties ». Le juge administratif est ainsi amené à annuler le jugement d'une affaire où un magistrat avait exercé successivement les fonctions de médiateur et de rapporteur public dans l'affaire en cause⁷¹³ ou à sanctionner une médiation au motif d'une rupture de la confidentialité⁷¹⁴.

II. La médiation, un mode pas si alternatif que cela au point de vue procédural

Cependant « l'épithète alternatif utilisé pour désigner les modes extrajudiciaires de résolution des conflits ne doit pas égarer : les deux catégories du procès juridictionnel et du règlement amiable ne sont pas séparées par une cloison étanche »⁷¹⁵, notamment par le fait que tout accord de médiation est susceptible d'être homologué par le juge administratif. Même si certains pourraient craindre que le principe de la liberté contractuelle, qui préside à l'élaboration de l'accord de médiation, amène à des dérives qualifiées « d'abus de règlement amiable »⁷¹⁶, il convient de ne pas ignorer que « dès lors que les règlements amiables s'institutionnalisent et tendent à devenir un mode normal de résolution des différends, ils se procéduralisent et appellent naturellement l'application d'un minimum de principes »⁷¹⁷. Ces principes sont au nombre de six : la confidentialité, l'indépendance et l'impartialité du médiateur, la célérité de la procédure de règlement amiable, l'égalité des armes, le principe de la contradiction, le devoir de loyauté.

⁷¹² BOUSTA Rhita (2021), *La notion de médiation administrative*, Ed. L'Harmattan, p.110.

⁷¹³ CE, 29 décembre 2022, Req. N°459673.

⁷¹⁴ CE, 17 mars 2014, Req. N°372102.

⁷¹⁵ CADIET Loïc et CLAY Thomas (2019), *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Éditions DALLOZ, 3^{ème} édition, p.129-130.

⁷¹⁶ JEULAND Emmanuel (2014), *Droit processuel général*, 3^{ème} édition, LGDJ, n°322.

⁷¹⁷ *Droit processuel, droit commun et droit comparé du procès équitable* (2021), Ouvrage collectif sous la direction de Serge GUINCHARD, Éditions DALLOZ, 11^{ème} édition, p.810.

Si le principe de confidentialité « s'inscrit dans le sillage des principes issus du procès équitable »⁷¹⁸, l'article L.213-2 du code de justice administrative (CJA) dispose que « le médiateur accomplit sa mission avec impartialité ». De plus s'il « n'est pas de médiation sans indépendance du médiateur »⁷¹⁹, force est de constater que divers textes ainsi que la doctrine⁷²⁰ proclament et institutionnalisent certains de ces principes, notamment la Charte éthique des médiateurs dans les litiges administratifs rédigée par le Conseil d'État. Cependant, le respect du contradictoire est la clé de l'équité procédurale car « en vérité, à travers le contradictoire, l'essentiel est que la loyauté du processus de conciliation soit recherchée et garantie car elle est le moyen d'atteindre la justice »⁷²¹, car « la justice c'est aussi le processus qui y conduit »⁷²². Si la médiation est ainsi un processus particulier devant garantir l'équité procédurale, elle est également, et avant tout, un processus permettant de réparer les liens entre l'agent et son administration.

B. Un mode alternatif de justice restaurative

Le sapeur-pompier exerce une activité opérationnelle à risques, qui le rend particulièrement vulnérable à plusieurs maux. Son statut économique et social est ainsi aussi avantageux que précaire, ce qui peut être un facteur puissant de détérioration des liens entre lui et son administration d'emploi (I). La médiation peut ainsi être envisagée comme un mode alternatif de justice restaurative (II).

I. Les risques de perte du statut social et économique du sapeur-pompier à l'origine de la détérioration des liens avec l'administration

L'activité de sapeur-pompier, quel que soit le statut, relève de la dimension du métier à risque. Ainsi « bon nombre d'entre eux ont aussi une conscience aiguë de leur insécurité,

⁷¹⁸ Ibid.

⁷¹⁹ Ibid., p.811.

⁷²⁰ Ibid., p.811, 812, 813, 814, 815, 816.

⁷²¹ CADIET Loïc et CLAY Thomas (2019), *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Éditions DALLOZ, 3^{ème} édition, p.136.

⁷²² Ibid., p.137.

notamment professionnelle. Ils ont connu les échecs à répétition pour le concours professionnel ou un temps d'attente de plus en plus long entre leur réussite à ce concours et leur embauche définitive. Ils sont aussi inquiets des détériorations possibles de leur travail en termes de revenus ou de conditions de travail. Ils craignent de ne plus pouvoir rembourser leurs crédits ou de voir disparaître les statuts qui les protègent quelque peu. Ce sentiment d'insécurité est accru par le fait que le capital physique est crucial dans ce métier : un accident est vite arrivé, et avec lui, en plus de la blessure physique et narcissique, le risque de ne plus être opérationnel, de perdre les avantages liés au statut de pompier actif »⁷²³. Ainsi, les désordres médicaux et physiologiques du sapeur-pompier constituent un puissant facteur de détérioration du lien entre l'administration et le sapeur-pompier.

Le sapeur-pompier est de plus confronté, comme de plus en plus de fonctionnaires ou et de salariés, aux « risques psychosociaux ». Largement utilisé, ce concept « fait partie de ces mots valises qui englobent beaucoup de choses et qui peuvent prêter à confusion. L'approche des psychosociaux au travail peut être large ou restreinte, elle peut semer la confusion en amalgamant sous une même bannière des risques et des troubles censés juridiquement renvoyer à des régimes différents »⁷²⁴.

Néanmoins « selon le rapport livré en avril 2011 par le Collège d'expertise sur le suivi des risques psychosociaux au travail, faisant suite à la demande du ministre du Travail, de l'Emploi et de la Santé, les risques psychosociaux se définissent comme les risques pour la santé mentale, physique et sociale, engendrés par les conditions d'emploi et les facteurs organisationnels et relationnels susceptibles d'interagir avec le fonctionnement mental »⁷²⁵. Parmi ces risques psychosociaux ceux liés au stress opérationnel occupent une place importante. Si ce phénomène est encore peu documenté par la recherche médicale, juridique et sociologique, une enquête réalisée en 2005 par le centre de recherche de santé des armées (CRSSA) et la cellule médico-psychologique de la Brigade de sapeurs-pompiers de Paris a cherché à évaluer « l'impact des situations vécues comme stressantes sur le bien-être physique, psychique et social des sapeurs-pompiers, ainsi que les ajustements utilisés pour y

⁷²³ *Les pompiers, des héros fatigués* (2016), ouvrage collectif sous la direction de PUDAL Romain, éditions La Découverte, p.117-160.

⁷²⁴ LEROUGE Loïc (2021), *Droit des risques psychosociaux au travail*, DALLOZ, p.2.

⁷²⁵ *Ibid.*, p.8.

faire face. »⁷²⁶. Les résultats de cette étude ont montré que l'état de stress post-traumatique (ESPT)⁷²⁷ vécu par le sapeur-pompier a « plus de répercussions à type d'insomnie ou d'anxiété que de dépression »⁷²⁸. Alors qu'en présence de « situations stressantes, les sapeurs-pompiers se concentrent sur la résolution de problèmes en faisant appel à des stratégies d'adaptation actives, il est à noter que 10,6 % ont des scores d'ESPT et un taux d'usure professionnelle de 4,7 % »⁷²⁹. Cette étude conclut ainsi que le sapeur-pompier peut être amené à vivre une situation intertemporelle paradoxale, car s'il arrive à gérer son stress en situation opérationnelle il court néanmoins le risque de développer, à plus long terme, des troubles psychologiques. Le hiatus est par ailleurs renforcé par le fait « qu'ils n'en font rarement part à un tiers, en particulier les médecins, pour des raisons multiples comme la honte, la culpabilité ou la peur d'inaptitude au service, alors qu'une prise en charge thérapeutique pourrait leur être profitable »⁷³⁰.

La recherche a identifié six facteurs de risques pour qualifier les risques psychosociaux⁷³¹, même si « la France ne les a pas définis juridiquement »⁷³². Le premier est l'intensité du travail et le temps de travail, notion qui recouvre les contraintes de rythme, l'existence d'objectifs irréalistes ou flous, l'exigence de polyvalence non maîtrisée, les instructions contradictoires, les longues journées de travail, au travail en horaires atypiques, l'imprévisibilité des horaires de travail. Ce facteur de risque est systémique chez les sapeurs-pompiers, car consubstantiel à leur activité. Le second recouvre toutes les exigences émotionnelles, qui désignent la nécessité de maîtriser et de façonner ses propres émotions pour la personne en situation de travail. Cet impératif, très fort chez les sapeurs-pompiers notamment en situation opérationnelle, peut également se retrouver dans une

⁷²⁶ NATHAN Paule (2017), « Le stress post-traumatique : le comprendre pour le prévenir et éviter le handicap, *Sécurité et stratégie* », vol. 26, no. 2, pp. 13-20.

⁷²⁷ La docteur NATHAN dans l'article « Le stress post-traumatique : le comprendre pour le prévenir et éviter le handicap » explique que « tout le monde a été confronté à des situations de stress qui ont pu impacter sa sécurité ou celle d'une personne de son entourage. Cette situation qui a généré sur le moment un niveau élevé de peur et d'anxiété a conduit à des sécrétions hormonales et neuroendocrines ancestrales pour permettre à l'homme de réagir et assurer sa survie (...) Mais chez certains individus et selon la nature du stress, il reste une empreinte spécifique. Le ou les traumatismes sont revécus avec la même intensité via des flash-back ou des rêves qui créent un enfermement dans un état de dépendance qui fera revivre toute situation semblable ou approchante avec la même intensité. C'est l'état de stress post-traumatique (ESTP). L'ESPT se traduit par le déclenchement de processus neuroendocrinologiques destinés à l'adaptation de l'organisme aux conditions qui lui sont imposées ».

⁷²⁸ Ibid.

⁷²⁹ Ibid.

⁷³⁰ Ibid.

⁷³¹ LEROUGE Loïc (2021), *Droit des risques psychosociaux au travail*, DALLOZ, p.8.

⁷³² Ibid., p.51.

situation administrative, où le poids de la hiérarchie est fort. Le troisième est le manque d'autonomie, qui permet à chacun d'être un acteur dans son travail. S'il n'a pas de sens en situation opérationnelle où le commandement est un facteur de coordination et de réussite de tous les sapeurs-pompiers, il peut néanmoins être constaté dans des situations administratives, au sein des centres d'incendie et de secours ou dans les services administratifs. Le quatrième est le rapport social au travail, estimé de manière subjective par le travailleur comme parfois dégradé. Ce risque désigne la qualité de la cohésion du collectif de travail, la reconnaissance du travail accompli par la hiérarchie et l'équilibre efforts/récompenses, l'adéquation de la tâche à la personne, l'attention portée au bien-être des travailleurs, etc. Ce rapport est éminemment complexe chez les sapeurs-pompiers qui constituent, au-delà de la corporation reconnue pour les valeurs qu'elle porte, de véritables « familles » locales où le meilleur peut parfois rencontrer le pire⁷³³ en matière d'humanité et de considération de l'autre. Le cinquième est lié aux conflits de valeurs, nés de la distorsion entre les exigences professionnelles et les valeurs personnelles ou collectives des agents. Le sixième et dernier risque est relatif à l'insécurité de la situation de travail, qui « comprend à la fois l'insécurité socio-économique (peur de perdre son emploi, non-maintien du niveau de salaire, contrat de travail précaire) et le risque de changement non maîtrisé de la tâche et des conditions de travail (restructurations, incertitude sur l'avenir de son métier, etc. »⁷³⁴.

L'absence de définition juridique précise des risques psychosociaux a cependant été compensée par la définition juridique du harcèlement moral au travail grâce à la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 recodifiée à l'article L.1152-1 du code du travail. Cette démarche a par ailleurs été prolongée par le fait de reconnaître « la santé physique et mentale au sein de l'obligation de sécurité de l'employeur, mais aussi dans les compétences du CHSCT et du médecin du travail »⁷³⁵, mais aussi par la loi n°2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires qui permet de mieux préciser l'obligation de sécurité de l'administration en matière de risques psychosociaux.

⁷³³ Voir en particulier Les pompiers, des héros fatigués (2016), ouvrage collectif sous la direction de PUDAL Romain, éditions La Découverte, p. 63-94.

⁷³⁴ LEROUGE Loïc (2021), Droit des risques psychosociaux au travail, DALLOZ, p.8.

⁷³⁵ Ibid., p.51.

Parce que « dans le domaine de la santé, la complexité des situations mobilise toutes les fonctions de la médiation et dépasse les questions strictement médicales »⁷³⁶, le sens du travail, dans tous les secteurs en général⁷³⁷ et chez les sapeurs-pompiers en particulier⁷³⁸ constitue désormais un facteur d'analyse clé des risques psychosociaux. Il est ainsi démontré que « les salariés qui trouvent le moins de sens à leur travail en 2013 ont une probabilité plus forte de changer d'emploi », mais aussi que « l'évolution des absences pour maladie dépend, quant à elle, de l'intensité du travail et du soutien social, mais plus encore du sens du travail »⁷³⁹.

La réparation du lien entre l'administration et ses agents doit ainsi être au cœur du règlement du différend. Selon Maître Jean-Marc Panfili⁷⁴⁰ elle doit intervenir le plus précocement possible, la médiation administrative juridictionnelle (MAJ) intervenant souvent quand il est trop tard. Si la célérité du processus constitue ainsi un facteur clé de réussite⁷⁴¹ il ne faut pas non plus en oublier la « logique restaurative »⁷⁴².

II. La médiation : un procédé de justice restaurative ?

Cette interrogation fait appel au concept de justice restaurative. Peu connue en France et largement développée par les travaux d'Howard Zehr⁷⁴³, la justice restaurative s'entendant comme « un processus par lequel un conflit est géré par l'obtention d'un accord qui prend en compte les répercussions futures de l'offense faite »⁷⁴⁴. Ainsi « les mécanismes restauratifs

⁷³⁶ GUILLAUME-HOFNUNG Michèle (2020), *La médiation*, Que sais-je, 8^{ème} édition, p.43

⁷³⁷ COUTROT Thomas, PEREZ Coralie (2021), « Quand le travail perd son sens – L'influence du sens du travail sur la mobilité professionnelle, la prise de parole et l'absentéisme pour maladie : une analyse longitudinale avec l'enquête Conditions de travail 2013-2016 », DARES, Centre d'économie de la Sorbonne – Université de Paris 1.

⁷³⁸ Voir à ce sujet *Les pompiers, des héros fatigués* (2016), ouvrage collectif sous la direction de PUDAL Romain, éditions La Découverte.

⁷³⁹ COUTROT Thomas, PEREZ Coralie (2021), « Quand le travail perd son sens – L'influence du sens du travail sur la mobilité professionnelle, la prise de parole et l'absentéisme pour maladie : une analyse longitudinale avec l'enquête Conditions de travail 2013-2016 », DARES, Centre d'économie de la Sorbonne – Université de Paris 1, p.42.

⁷⁴⁰ Avocat au barreau de Montauban, entretien du 29/12/2021.

⁷⁴¹ Selon Elsa Costa une médiation se déroule environ sur une année, elle est d'ailleurs souvent décrite comme un processus s'étalant sur six à douze mois.

⁷⁴² VIAUT Laura (2020), « De l'intérêt de la médiation en droit administratif », Petites Affiches, LEXTENSO, n°212, p.19.

⁷⁴³ ZEHR Howard (1990), *Changing Lenses. A new focus for crime and justice*, Scottsdale, Herald Press.

⁷⁴⁴ VIAUT Laura (2020), « De l'intérêt de la médiation en droit administratif », Petites Affiches, LEXTENSO, n°212, p.19.

(...) encourageraient le dialogue et la recherche d'une solution consensuelle en permettant au contrevenant et à sa victime de jouer un rôle aux côtés des représentants de l'État »⁷⁴⁵.

Le concept de justice restaurative, fortement développé dans les pays de common law, est plus difficile à cerner en France. Le professeur Robert Cario la définit selon l'objectif qu'elle poursuit :

« La justice restaurative a pour objectif d'offrir aux personnes concernées un espace inédit de dialogue destiné à envisager les attentes de chacun consécutivement aux répercussions de l'infraction. Les mesures qu'elle promeut, reposant sur un protocole rigoureux, se déroulent au sein d'ateliers (expression empruntée au titre de l'ouvrage de J. FAGET, *Médiations : les ateliers silencieux de la démocratie*, 2015) restauratifs, aux modalités diverses : médiation restaurative, conférence restaurative, cercle restauratif judiciaire, rencontres détenus-condamnés victimes, cercle restauratif extrajudiciaire »⁷⁴⁶.

Encore balbutiante en France, elle trouve une consécration législative dans le Code de procédure pénale⁷⁴⁷ grâce à l'article 18 de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, disposant que :

« Constitue une mesure de justice restaurative toute mesure permettant à une victime ainsi qu'à l'auteur d'une infraction de participer activement à la résolution des difficultés résultant de l'infraction, et notamment à la réparation des préjudices de toute nature résultant de sa commission. Cette mesure ne peut intervenir qu'après que la victime et l'auteur de l'infraction ont reçu une information complète à son sujet et ont consenti expressément à y participer. Elle est mise en œuvre par un tiers indépendant formé à cet effet, sous le contrôle de l'autorité judiciaire ou, à la demande de celle-ci, de l'administration pénitentiaire. Elle est confidentielle, sauf accord contraire des parties et excepté les cas où un intérêt supérieur lié à la nécessité de prévenir ou de réprimer des infractions justifie que des informations relatives au déroulement de la mesure soient portées à la connaissance du procureur de la République ».

⁷⁴⁵ Ibid.

⁷⁴⁶ CARIO Robert (2022), « Justice restaurative », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, DALLOZ, pp.54.

⁷⁴⁷ Code de procédure pénale (CPP), article 10-1

Le processus ainsi décrit semble homothétique en bien des points à celui de la médiation administrative. Le professeur Cairo rappelle en effet que l'appellation de « restaurative » semble consacrée dans le monde anglo-saxon, « il n'en va pas de même dans la francophonie. Tantôt qualifiée de restaurative, de créative, de restauratrice ou encore de transformatrice, elle devrait s'épanouir en justice *réparatrice*, ainsi que l'ont décidé les instances internationales. Le législateur français a opté pour le concept de justice restaurative dans la loi du 15 août 2014, l'étymologie du mot se retrouvant dans l'expression *restaurar* qui, en vieux français, signifie *guérir*, au sens le plus large de l'acception »⁷⁴⁸. La commission du droit du Canada n'hésite d'ailleurs pas dès 1999 à établir un document de discussion intitulé « De la justice réparatrice à la justice restaurative »⁷⁴⁹. Il semble par conséquent possible de considérer que la médiation est un procédé de justice restaurative, qui œuvre à la transformation des liens entre le fauteur et la ou les victime(s). Si la médiation a ainsi de nombreux avantages, elle est aussi caractérisée par de nombreux freins, à l'origine de ce travail de recherche.

⁷⁴⁸ CARIO Robert (2022), « Justice restaurative », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, DALLOZ, pp.40 et suivants

⁷⁴⁹ Voir COOLEY Dennis (1999), De la justice réparatrice à la justice transformatrice, Commission du droit du Canada ; La transformation des rapports humains par la justice participative, 2003, Commission du droit du Canada

Conclusion du chapitre 1

La médiation administrative est un mode alternatif de règlement des différends (MARD). Procédé de dialogue élaboré et organisé par un médiateur compétent, elle peut être de différents types et prendre différentes formes, l'engagement des médiés constituant un préalable indispensable. Sa conclusion heureuse est la formalisation d'un accord de médiation, qui peut être homologué par le juge administratif, voire une transaction administrative, notamment pour renoncer à un recours ultérieur. La médiation administrative est aussi un procédé ancien, qui permet de reconnaître les droits des parties et de mettre à jour la dimension sociologique, linguistique et culturelle du différend. Dans le cadre du long processus maïeutique qui la caractérise elle peut éviter une décision juridictionnelle inéquitable, dans le cadre d'une procédure garantissant l'équité et restaurant les liens entre le médié et son administration.

Son développement au sein de l'administration est néanmoins empêché par de nombreux obstacles, au premier rang desquels la tardiveté de sa mise en œuvre.

Chapitre 2. Les obstacles à la médiation dans le contentieux fonction publique soulevé par le sapeur-pompier

Si la médiation est un processus innovant, elle souffre également de multiples défauts qui entravent son développement. Parce que ces freins sont à l'origine de ce travail de recherche, il convient d'en décrire le plus précisément les contours. La médiation administrative apparaît ainsi peu adaptée à la population prise comme échantillon d'étude, à savoir les sapeurs-pompiers (Section 1). Pouvant sembler à la fois comme trop suggérée ou trop contractuelle, souvent trop en retard au regard l'enkystement du litige, elle peine à contrecarrer la rugosité des rapports qui peuvent parfois se nouer entre des agents et leur administration. Ce mode alternatif de règlement des différends pâtit peut-être également en matière de contentieux fonction publique d'une redondance avec les nouvelles attributions de la commission administrative paritaire, quand il exige le plus souvent une difficile appréhension de l'économie générale du conflit pour être accepté par les parties en présence (Section 2).

Section 1 : Un outil inadéquat en apparence ?

La médiation administrative peut parfois apparaître comme un procédé trop contractuel, par ailleurs largement promu par la juridiction administrative afin de réduire l'encombrement de ses rôles (§1). Sa capacité à enrayer la logique de l'honneur, qui joue souvent un rôle majeur dans le développement des différends entre l'agent et son administration, doit par ailleurs être questionnée (§2).

§1. Un procédé contractuel trop systématisé ?

Comme le note la doctrine⁷⁵⁰ la médiation administrative est soupçonnée d'être un mode de résolution des conflits plébiscité par une administration de la justice aux moyens

⁷⁵⁰ Voir GUILLAUME-HOFNUNG Michèle (2020), *La médiation*, Que sais-je, 8^{ème} édition, p.47 ; BOUSTA Rhita (2021), *La notion de médiation administrative*, Ed. L'Harmattan ; CADIET Loïc et CLAY Thomas (2019), *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Éditions DALLOZ, 3^{ème} édition.

durablement limités. La promotion de ce mode alternatif de règlement des différends (MARD) a en effet été initiée avec la médiation préalable obligatoire dans plusieurs domaines, dont certains contentieux sociaux de la fonction publique territoriale (A). Cette pratique éminemment contractuelle semble de plus en décalage avec la posture et la capacité d’agir des agents publics, qui pourraient peiner à sortir de la relation par essence inégalitaire qui les unit à leur administration (B).

A. La médiation préalable obligatoire, une trop grande systématisation ?

La médiation est aujourd’hui largement promue par la juridiction administrative, notamment depuis que cette dernière a expérimenté la médiation préalable obligatoire (MPO) dans l’administration d’État et certaines administrations territoriales. Cette expérimentation a été portée par le décret n° 2018-101 du 16 février 2018 portant expérimentation d’une procédure de médiation préalable obligatoire en matière de litiges de la fonction publique et de litiges sociaux et de l’arrêté du 2 mars 2018 relatif à l’expérimentation d’une procédure de médiation préalable obligatoire en matière de litiges de la fonction publique territoriale. Son bilan est nuancé (I), alors que cette démarche est portée dans la fonction publique territoriale par les centres de gestion (II).

I. Le bilan nuancé de la médiation préalable obligatoire

La médiation préalable obligatoire (MPO) a donné lieu à une évaluation aux résultats mitigés. D’un côté le défenseur des droits a dressé en 2021 un bilan nuancé de l’expérimentation de la MPO dans les contentieux sociaux, en essayant de savoir si ce procédé alternatif permettait d’améliorer l’accès aux droits des personnes les plus démunies :

« À cette question, l’étude apporte une réponse nuancée. Sur les 1 453 personnes qui ont contacté le Défenseur des droits pour une médiation, 556, soit 38 %, ont accepté de répondre à l’enquête. Parmi elles, 37 % n’ont eu recours à la médiation que parce que celle-ci est obligatoire, tandis que la moitié y ont vu un moyen de contester la décision sans passer par la case tribunal. À l’issue de la procédure, 26 % se déclarent très satisfaits et 27 % satisfaits.

Sans surprise, ce sont les réclamants qui ont obtenu totalement ou partiellement satisfaction qui apprécient le plus la méthode. Mais même si tel n'est pas le cas, 37 % déclarent avoir mieux compris la décision et 28 % pensent que la MPO leur a permis de consolider leur dossier en vue de la procédure devant le tribunal administratif. 27 % des demandeurs saisissent le juge après l'échec de la médiation. Et ceux-là ont évidemment une vision plutôt négative de la MPO, lui reprochant essentiellement de leur avoir fait perdre du temps (44 %) »⁷⁵¹.

D'un autre côté le Conseil d'État a tiré un bilan positif de cette expérimentation⁷⁵². Cette dernière a ainsi amené le législateur à généraliser le recours à la MPO, grâce à l'article 27 de la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire qui fixe un ensemble de sujets pour lesquels elle est instituée. Elle a ainsi systématisé ce processus de règlement amiable des différends. Son champ d'application a par conséquent été défini de manière précise par l'article 2 du décret n° 2022-433 du 25 mars 2022 relatif à la procédure de médiation préalable obligatoire applicable à certains litiges de la fonction publique et à certains litiges sociaux : les décisions administratives individuelles défavorables relatives à l'un des éléments de rémunération mentionnés à l'article L. 712-1 du code général de la fonction publique ; le refus de détachement ou de placement en disponibilité ; les décisions administratives individuelles défavorables relatives à la réintégration à l'issue d'un détachement, d'un placement en disponibilité ou d'un congé parental ; les décisions administratives individuelles défavorables relatives au classement de l'agent à l'issue d'un avancement de grade ou d'un changement de corps ou cadre d'emploi obtenu par promotion interne ; les décisions administratives individuelles défavorables relatives à la formation professionnelle tout au long de la vie ; les décisions administratives individuelles défavorables relatives aux mesures appropriées prises par les employeurs publics à l'égard des travailleurs handicapés en application des articles L. 131-8 et L. 131-10 du code général de la fonction publique ; les décisions administratives individuelles défavorables concernant l'aménagement des conditions de travail des fonctionnaires qui ne sont plus en mesure d'exercer leurs fonctions dans les conditions prévues par les décrets du 30 novembre 1984 et du 30 septembre 1985 susvisés.

⁷⁵¹ DE MONTECLER Marie-Christine (2021), « La médiation préalable obligatoire vue par les réclamants », DALLOZ actualité.

⁷⁵² CE, 2021, Expérimentation de la médiation préalable obligatoire (MPO) : Bilan final.

II. Un dispositif porté par les centres de gestion

La mise en place de la médiation préalable obligatoire (MPO) est soupçonnée de répondre à un objectif statistique d'efficience, car le bilan dressé par le Conseil d'État rappelle qu'elle « ne se justifie que si elle se met en œuvre dans un domaine où les volumes contentieux sont importants »⁷⁵³. Ainsi sa systématisation dans certains domaines ou vis-à-vis de certains agents semble très hétérogène :

« Il est constant que seules certaines décisions de l'administration territoriale relatives à leurs agents sont énumérées par le décret du 25 mars 2022, comme c'était le cas à l'origine de l'expérimentation. Une réflexion très intéressante était menée dans le bilan, s'agissant des matières concernées par la MPO dans la fonction publique. Plutôt que de lister, il aurait mieux valu prévoir d'exclure les domaines qui posaient une difficulté au regard de l'office de la médiation, par exemple les sanctions disciplinaires qui font intervenir un organisme collégial (...) Dans un souci de « pertinence », il était préconisé de retenir une approche « tout sauf » comme suit : « toutes les décisions individuelles défavorables sauf celles susceptibles de porter atteinte aux droits des tiers et celles faisant intervenir un organisme collégial » Note 5 . Force est de constater que la pérennisation de la MPO est loin d'avoir suivi cette approche. Elle instaure quelques matières, très spécifiques, ne concernant qu'une partie des agents publics dans lesquelles l'accès au juge n'est plus permis directement. Les litiges sociaux sont désormais triés par catégorie »⁷⁵⁴.

Au problème que pose l'obligation s'ajoute par ailleurs celui du coût de la mesure, portée par les centres de gestion de la fonction publique territoriale. Il est financé par les collectivités locales « qui auront contracté avec leur centre de gestion, et seulement si »⁷⁵⁵, les médiés n'ayant pas le choix de leur médiateur. Cette disposition vient ainsi en contrepoint de la philosophie générale de la médiation, où le choix du médiateur relève d'un acte conjoint des médiés⁷⁵⁶.

⁷⁵³ Ibid.

⁷⁵⁴ NURET Bertrand, « La médiation préalable obligatoire : du regard bienveillant à l'analyse critique, » La semaine juridique Administration et Collectivités territoriales n°35, p.2245.

⁷⁵⁵ Ibid., ce coût est compris est généralement inférieur à 1 000 €.

⁷⁵⁶ On notera incidemment que le code de justice administrative (CJA) donne mission au président de la juridiction de désigner un médiateur, à contrario de ce choix libéral notamment défendu par Michèle GUILLAUME-HOFNUNG

B. Un procédé trop contractuel ?

Au-delà de la médiation préalable obligatoire il existe des expériences réussies de médiateurs internes⁷⁵⁷ ou externes dans certaines administrations. S'ils ont démontré l'utilité d'un tel processus, force est également de considérer le contexte structurellement inégal entre l'administration, dotée de prérogatives exorbitantes du droit commun, et ses agents, « alors que la médiation ne peut se vivre que dans l'égalité des partenaires »⁷⁵⁸. Le soupçon entourant l'utilisation de la médiation administrative est ainsi renforcé au motif de la trop relative liberté des médiés.

Envisagée comme une solution à « la crise de la justice caractérisée par l'explosion du contentieux (...) et l'encombrement des rôles des juridictions qui en est la conséquence »⁷⁵⁹, ne doit pas masquer le recul du légicentrisme, principal mode de régulation de la société française jusqu'à la moitié du vingtième siècle. Son déclin « est de nature à favoriser la contractualisation des rapports sociaux, en général, et la contractualisation du procès, en particulier »⁷⁶⁰. Or si le développement des modes alternatifs de règlement des différends en général et de la médiation administrative en particulier sont envisagées comme une opportunité pour les parties ou la juridiction administrative, voire même « par le ministère des finances qui les promeut au nom de la modernisation des politiques publiques »⁷⁶¹, il peut aussi apparaître en décalage avec les mœurs du monde de l'entreprise et de la fonction publique en général, mais aussi des sapeurs-pompiers en particulier, où le principe du préalable en matière d'action de l'administration et la nature de l'acte administratif unilatéral apparaissent ici en contrepoint.

En effet, au point de vue sociologique et « suivant la logique générale de la société française, les rapports hiérarchiques mettent en relation des hommes marqués par leur état,

⁷⁵⁷ Comme le médiateur national pour les personnels des établissements publics de santé, sociaux et médico-sociaux, nommé par le ministre de la santé et coordinateur d'un réseau national de médiateurs internes.

⁷⁵⁸ GUILLAUME-HOFNUNG Michèle (2020), *La médiation*, Que sais-je, 8^{ème} édition, p.57 ; BOUSTA Rhita (2021), *La notion de médiation administrative*, Ed. L'Harmattan, p.131 et suivantes, p.171 et suivantes.

⁷⁵⁹ CADIET Loïc et CLAY Thomas (2019), *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Éditions DALLOZ, 3^{ème} édition, p.3.

⁷⁶⁰ Ibid., p.4.

⁷⁶¹ Ibid., p.6.

ses traditions, ses droits et ses devoirs. Et la notion de rapport hiérarchique ne correspond pas à la mise en œuvre d'une logique uniforme, telle que la logique contractuelle »⁷⁶².

Cette analyse est ici importante dans le monde sapeur-pompier, marqué par son histoire, ses rites, sa culture propre et son organisation pyramidale. Elle est à la base du deuxième écueil sur lequel peut buter la médiation dans le milieu sapeur-pompier, à savoir la logique de l'honneur qui rend parfois plus impérieux le besoin de justice que le besoin de dialogue.

§2. Un barrage à la logique de l'honneur ?

La logique de l'honneur a été théorisée grâce aux travaux de Philippe d'Iribarne⁷⁶³, s'appuyant lui-même sur les travaux de l'anthropologie structurale⁷⁶⁴. Claude Lévi-Strauss, qui en est le fondateur, s'appuie sur l'opposition rousseauiste entre nature et culture pour s'intéresser à l'importance des symboles dans les échanges, sujet largement étudié par Marcel Mauss⁷⁶⁵. Il met à jour la caractéristique symbolique du fonctionnement de l'esprit humain dès 1949⁷⁶⁶, car selon lui « la structure est première, c'est-à-dire que l'ensemble des relations et des principes qui règlent les systèmes symboliques sont des données fondamentales et immédiates de la réalité sociale et appartiennent à l'inconscient structural. Ces données sont donc logiquement antérieures à l'objet. La forme précède le contenu »⁷⁶⁷. Ainsi chaque agent intégrant une communauté professionnelle donnée reçoit en héritage, avant toute forme d'échange, un substrat symbolique fort qui va structurer ses rapports avec les autres. Après avoir présenté succinctement cette « logique de l'honneur » (A), qui pourrait structurer une

⁷⁶² D'IRIBARNE Philippe (1993), *La logique de l'honneur – gestion des entreprises et traditions nationales*, collection Essais, éditions du Point, p.37-38.

⁷⁶³ Voir D'IRIBARNE Philippe (1993), *La logique de l'honneur – gestion des entreprises et traditions nationales*, collection Essais, éditions du Point ; D'IRIBARNE Philippe (2006), *L'étrangeté française*, Éditions du Seuil.

⁷⁶⁴ Voir CROZIER Michel, FRIEDBERG Erhard (1977), *L'acteur et le système*, Paris, Éditions du Seuil ; LEVI-STRAUSS Claude (1958), *Anthropologie structurale*, Paris, Éditions Plon, 1958.

⁷⁶⁵ MAUSS Marcel (1925), *Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*, L'année sociologique, n°1923-1924.

⁷⁶⁶ LEVI-STRAUSS Claude (1949), *Les structures élémentaires de parenté*.

⁷⁶⁷ KILANI Monder (2012), *Anthropologie du local au global-Lévi-Strauss et l'anthropologie structurale*, éditions Armand Colin, p. 244 -258.

partie des rapports socio-professionnels au sein des organisations du travail en France, il sera analysé en quoi elle consiste peut-être chez les sapeurs-pompiers (B).

A. La logique de l'honneur

Parce que le caractère stable de chaque culture professionnelle, sa continuité même, « vient de la stabilité du système d'oppositions fondamentales sur laquelle elle est construite »⁷⁶⁸, Philippe d'Iribarne arrive à démontrer que l'importance du « rang » a une place cruciale en France, qui plus est à la suite de la Révolution française, qui a substitué à un ordre monarchique basé sur la noblesse un ordre républicain assis sur le mérite individuel⁷⁶⁹.

La logique du concours sous-tend cet ordre, malgré le phénomène d'héritage culturel qui vient biaiser son approche égalitariste⁷⁷⁰. Si dans la plupart des pays étudiés par Philippe d'Iribarne de nombreux conflits de travail naissent de l'interprétation et de la déclinaison des procédures ou bien, plus largement, du manque de respect d'un accord contractuel, force est de constater qu'en France le sens du devoir joue un rôle fondamental dans le fonctionnement de l'organisation. Or « ce sens du devoir ne s'inscrit pas dans une perspective de relations contractuelles, où il faudrait respecter fidèlement les termes d'un accord. Il s'agit plutôt d'accomplir les devoirs que la coutume fixe à la catégorie particulière à laquelle on appartient (les devoirs de son état) »⁷⁷¹.

Cette coutume n'est cependant que trop peu documentée dans la plupart des organisations, ce qui a pour conséquence de générer une appropriation subjective de cette dernière et des variations d'interprétation d'un individu à un autre. Cette hétérogénéité dans l'appropriation individuelle de la coutume et de la tradition est de plus aujourd'hui renforcée avec la cohabitation intergénérationnelle au sein des collectifs de travail : les questions de management intergénérationnel sont ainsi aujourd'hui au cœur des problématiques managériales.

⁷⁶⁸ D'IRIBARNE Philippe (1993), *La logique de l'honneur – gestion des entreprises et traditions nationales*, collection Essais, éditions du Point, p.VI.

⁷⁶⁹ Ibid., p.9.

⁷⁷⁰ BOURDIEU Pierre, PASSERON Jean-Claude (1964), *Les héritiers – Les étudiants et la culture*, Les éditions de Minuit, collection le sens commun.

⁷⁷¹ D'IRIBARNE Philippe (1993), *La logique de l'honneur – gestion des entreprises et traditions nationales*, collection Essais, éditions du Point, p.27.

Dès lors « quand chaque individu, chaque groupe, se considère comme une sorte de puissance souveraine qui n'a, à la limite, de comptes à rendre qu'à sa conscience et à son propre sens de l'honneur, comment raccorder ce que chacun estime devoir faire suivant sa propre loi et ce que les autres attendent de lui »⁷⁷² ? D'Iribarne évoque la nécessité de processus d'ajustement⁷⁷³ formels et informels, encadrés par un principe majeur de modération. Si cette dernière vient à manquer le conflit s'exacerbe alors petit à petit, rehaussé par « le caractère très affectif que possèdent volontiers en France les rapports hiérarchiques et la diversité extrême des sentiments qui s'y manifestent envers des supérieurs »⁷⁷⁴.

Dès lors, chaque partie va camper sur sa propre conception de l'honneur attaché à son rang ou à sa fonction, rendant tout retour en arrière éminemment complexe. Seul un litige tranché par le glaive devient dès lors un vœu appelé de chacune des parties, qui rendra ainsi de facto impossible toute médiation administrative, mais aussi toute perspective de restauration d'une relation de travail cohérente et épanouissante. Ainsi, même s'il est possible de considérer « que le justiciable acceptera une transaction si la concession qu'il fait au regard de l'avantage susceptible d'être obtenu en justice est compensée par l'économie de temps et d'argent qu'il réalise par rapport à la recherche d'une solution judiciaire (...) il est tout aussi probable que cette corrélation a tendance à s'amenuiser sous l'influence de deux facteurs au moins : d'une part, lorsque le litige a des enjeux patrimoniaux importants, d'autre part lorsqu'il porte sur des questions de principe, d'affect ou d'honneur »⁷⁷⁵.

B. Honneur et hystérisation du conflit chez les sapeurs-pompiers

Chaque corporation dispose de sa culture propre. Celle des sapeurs-pompiers est particulièrement prégnante. Elle est inculquée, comme pour le soldat, dès l'instruction du sapeur-pompier novice, qui s'étale sur un temps long : de deux à quatre mois pour un sapeur-pompier professionnel, entre 200 et 250 heures étalées sur une à trois années pour le sapeur-pompier volontaire. Elle se renforce grâce à la vie en caserne, où le sapeur-pompier effectue

⁷⁷² Ibid., p.28.

⁷⁷³ Ibid., p.28 et p.31.

⁷⁷⁴ Ibid., p.77.

⁷⁷⁵ CADIET Loïc et CLAY Thomas (2019), *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Éditions DALLOZ, 3^{ème} édition, p.151.

des gardes de 12 ou de 24 heures, mais aussi dans le cadre de l'activité opérationnelle. En effet « cette institution s'emploie (...) à façonner les âmes tout autant que les corps et la conversion à ses valeurs tient par moments de l'ascèse spirituelle – comme il y a une ascèse physique, les deux étant en fait indissociables. Cette conversion s'accomplit progressivement, en entendant répéter, jour après jour, que dans une société où priment l'égoïsme, l'argent, les pouvoirs, les inégalités, le pompier se doit d'agir avec tous, en toute occasion, avec les mêmes qualités de dévouement et de compétence »⁷⁷⁶.

Il existe ainsi au sein de la corporation des sapeurs-pompiers un véritable code de l'honneur, matérialisé par plusieurs textes consacrés par la coutume ou le droit⁷⁷⁷, mais aussi par le système des devises qui ornent le drapeau républicain de chaque service d'incendie et de secours⁷⁷⁸. Les officiers de sapeurs-pompiers sont ainsi les gardiens de ce code éthique tout aussi informel que réel, certains ouvrages comme *Le guide de l'officier de sapeurs-pompiers communaux* du Colonel Beltramelli⁷⁷⁹ ou *Propos pour un chef* du colonel Hourcastagné⁷⁸⁰ venant spécialiser un propos déjà largement théorisé par l'institution militaire⁷⁸¹.

Le sens du devoir joue chez les sapeurs-pompiers en particulier un rôle fondamental dans le fonctionnement de l'organisation. Or le « sens du devoir ne s'inscrit pas dans une perspective de relations contractuelles, où il faudrait respecter fidèlement les termes d'un accord. Il s'agit plutôt d'accomplir les devoirs que la coutume fixe à la catégorie particulière à laquelle on appartient (les devoirs de son état) »⁷⁸². Cette coutume n'est cependant que trop peu documentée chez les sapeurs-pompiers, ce qui a ainsi pour conséquence de générer une appropriation subjective de cette dernière et des variations d'interprétation d'un individu à un autre.

⁷⁷⁶ *Les pompiers, des héros fatigués* (2016), ouvrage collectif sous la direction de PUDAL Romain, éditions La Découverte, p.42.

⁷⁷⁷ Voir *L'éthique du sapeur-pompier de Paris* ; *Le code d'honneur du sapeur-pompier de Paris* ; *Une quête éthique pour les sapeurs-pompiers*, ouvrage collectif sous la direction du lieutenant-colonel BELLOCQ Jean-Michel, Éditions EDILIVRE, 2019 ; *Charte nationale du sapeur-pompier volontaire*.

⁷⁷⁸ *Sauver ou Périr en ce qui concerne la Brigade de sapeurs-pompiers de Paris, Courage et dévouement en ce qui concerne les Services départementaux d'incendie et de secours*.

⁷⁷⁹ Colonel BELTRAMELLI René (1967), *Guide de l'officier de sapeurs-pompiers communaux*, Éditions France Sélection.

⁷⁸⁰ Colonel HOURCASTAGNE André (2022), *Propos pour un chef*, collection Les cahiers du savoir, Éditions Carlo Zaglia.

⁷⁸¹ Voir notamment Maréchal LYAUTEY Hubert (1891), *Le rôle social de l'officier*, Éditions OMNIA, 2009.

⁷⁸² D'IRIBARNE Philippe (1993), *La logique de l'honneur – gestion des entreprises et traditions nationales*, collection Essais, éditions du Point, p.27.

Cette hétérogénéité dans l'appropriation individuelle de la coutume et de la tradition est de plus aujourd'hui renforcée avec la cohabitation intergénérationnelle au sein des équipes de garde : le rapport à l'autorité et au devoir est ainsi devenu hétérogène, en fonction des attentes des uns et des autres, dans une société devenue de plus en plus contractuelle et attentive aux droits individuels. Les conflits entre d'un côté les managers de proximité, sous-officiers supérieurs (du grade d'adjudant ou d'adjudant-chef) ou officiers subalternes (du grade de lieutenant ou de capitaine), d'un autre côté ce qui est appelé « la base », terme générique désignant l'ensemble des sapeurs-pompiers au bas de l'échelle hiérarchique, sont ainsi de plus en plus nombreux. Des différends vont ainsi se nouer autour des questions d'exemplarité, d'ardeur au travail, de sérieux dans l'accomplissement des tâches, etc. La vie en collectivité sur de longues périodes va alors enkyster ces conflits, le bon droit des uns écrasant celui des autres : la seule issue possible devient ainsi le champ juridique, qui seul va permettre d'en découdre. Cet enchaînement pourrait peut-être expliquer le faible recours à ce mode alternatif de règlement des différends qui n'est pas, au sein des services départementaux d'incendie et de secours et à contrario de certains ministères où ont été mis en place des médiateurs internes⁷⁸³, intégré comme un moyen de recours dans les procédures internes de ces établissements publics.

⁷⁸³ Comme le médiateur des ministères économiques et financiers, la médiatrice nationale de l'éducation nationale et de l'enseignement supérieur ou encore le médiateur interne à la police nationale.

Section 2 : Un processus déphasé et asymétrique

La médiation se développe dans le temps, variable majeure et sous-estimée dans la gestion des conflits au sein des organisations de travail. Ce temps, qui est long dès lors que le différend se noue puis se cristallise, peut ainsi faire apparaître la médiation comme un processus déphasé qui le rend *de facto* inutile (§1). Mode alternatif de règlement des différends elle présuppose également d'envisager l'extinction de la conflictualité sous un angle qui n'est plus seulement juridique, mais aussi transactionnel et donc économique. Cet exercice difficile se caractérise par une forte asymétrie d'information entre les potentiels médiés, qui nuit au choix de recourir à la médiation (§2).

§1. La médiation : un dispositif décalé ou mal calé ?

La médiation administrative souffre aujourd'hui d'un décalage quasi-structurel dans le champ du contentieux fonction publique. Elle peut en effet apparaître comme redondante par rapport aux attributions de la commission administrative paritaire, dont elle épouse en grande partie les contours (A). Mais elle souffre surtout d'être proposée ou mise en œuvre beaucoup trop tard, quand le conflit est durablement cristallisé (B).

A. Des attributions redondantes entre la commission administrative paritaire et la médiation préalable obligatoire ?

La loi du 6 août 2019 dite de « Transformation de la fonction publique » (TFP) a recentré les compétences des commissions administratives paritaires (CAP) sur l'examen des décisions individuelles défavorables. Elle a ainsi supprimé leur compétence en matière de mutation et de mobilité à compter du 1er janvier 2020, mais aussi en matière d'avancement et de promotion dès le 1er janvier 2021, pour les trois versants de la fonction publique. Parallèlement à cette évolution, des lignes directrices de gestion (LDG) ont été instaurées. Elles fixent les orientations générales de l'administration en matière de mutation, de mobilité, de promotion et de valorisation des parcours. Ces lignes directrices de gestion (LDG) sont

soumises à l'avis des instances de dialogue social, en l'occurrence le comité social territorial des collectivités territoriales et de leurs établissements publics.

La loi TFP, en faisant évoluer le rôle des commissions administratives paritaires (I), semble avoir également juxtaposé les champs de compétence de ces dernières avec la médiation préalable obligatoire (II).

I. Les nouvelles attributions des commissions administratives paritaires

L'article 40 du décret n°2019-1265 du 29 novembre 2019 relatif aux lignes directrices de gestion et à l'évolution des attributions des commissions administratives paritaires (CAP) précise ainsi les nouveaux champs de compétences des CAP : les décisions qui sont relatives à la mutation, au détachement, à l'intégration et à la réintégration après détachement et à la mise en disponibilité ; les autres décisions individuelles prenant effet à compter du 1er janvier 2021.

De plus l'article 3 de la loi n° 2022-1598 du 21 décembre 2022 portant mesures d'urgence relatives au fonctionnement du marché du travail en vue du plein emploi introduit des dispositions venant modifier l'article L263-3 du Code général de la fonction publique, en chargeant les CAP d'examiner à la demande de l'administration les décisions individuelles relatives au licenciement d'un stagiaire au cours de la période de stage pour insuffisance professionnelle ou pour faute disciplinaire⁷⁸⁴, du fonctionnaire qui, mis en disponibilité et en vue de sa réintégration, refuse successivement trois postes qui lui sont proposés, situés dans le ressort territorial de son cadre d'emplois⁷⁸⁵ et enfin du fonctionnaire pour insuffisance professionnelle⁷⁸⁶. L'administration doit également saisir la CAP dès lors qu'elle oppose un refus d'allocation d'assurance lorsque la privation d'emploi est involontaire ou en cas de cessation d'un commun accord de la relation de travail avec l'employeur⁷⁸⁷. La CAP peut également être saisie à l'initiative du fonctionnaire pour demander la révision du compte-

⁷⁸⁴ Code général de la fonction publique (CGFP), Art. L.327-4.

⁷⁸⁵ CGFP, Art. L.514-8.

⁷⁸⁶ CGFP, Art. L.553-2.

⁷⁸⁷ CGFP, Art. L.557-1-1 et Code du travail, Art. L.5424, à noter que le fonctionnaire est également en pareille situation fondé à saisir également la CAP compétente pour son cadre d'emploi.

rendu de l'entretien professionnel⁷⁸⁸, contester un refus de démission prononcé par l'administration⁷⁸⁹ ou un refus de l'autorisation d'accomplir un service à temps partiel, enfin d'émettre un avis relatif à l'exercice du travail à temps partiel⁷⁹⁰.

La commission administrative paritaire (CAP) ressemble ainsi à une chambre de conciliation paritaire, dont les principes de fonctionnement pourraient s'inspirer de l'échevinage, mention étant faite que l'avis de la commission n'est que consultatif : l'autorité d'emploi est toujours souveraine dans sa décision.

II. La juxtaposition des champs de compétence ?

Ainsi les champs de la médiation préalable obligatoire (MPO) et les champs de compétence de la commission administrative paritaire (CAP) sont superposés, voire possiblement redondants, hormis sur les questions de rémunération et les litiges intéressant les agents publics contractuels et les sapeurs-pompiers volontaires. L'intérêt de la médiation administrative en matière de contentieux fonction publique pourrait ainsi être limité aux questions indemnitaires, en dehors de toute considération liée au temps de saisine de la CAP et de résolution globale du litige. Cependant la MPO ou une médiation à l'initiative des parties, dans le cadre d'un recours administratif, pourrait aussi tout à fait permettre d'externaliser un litige, qu'une CAP composée de membres agents de la collectivité pourrait avoir du mal à trancher. Il n'y aurait alors pas en ce sens de redondance.

Par conséquent et comme cela sera examiné ultérieurement, le manque d'appréhension de l'économie générale du différend par les agents mais aussi par l'administration constitue un frein supplémentaire à l'usage de la médiation. Nous entendons ici par économie générale une étude des antagonismes, des tenants et des aboutissants du conflit, des acteurs et des solutions qui pourraient s'esquisser grâce à des procédures ou à des institutions.

⁷⁸⁸ Code général de la fonction publique (CGFP), Art. L.521-5.

⁷⁸⁹ CGFP, Art. L.551-2.

⁷⁹⁰ CGFP, Art. L.612-13.

Au-delà de ce sujet, la médiation administrative pourrait être un procédé vers lequel les protagonistes d'un différend sont globalement orientés lorsqu'il est, le plus souvent, hélas trop tard.

B. La tardiveté de la mise en œuvre ?

« Trop tard », tel est le motif redondant expliquant les échecs en matière d'aboutissement de la médiation, qui dans certains types de contentieux, notamment ceux ayant trait au droit de la fonction publique, excèdent 75% des médiations proposées. S'il y a une promotion active de ce mode alternatif de règlement alternatif des différends (MARD), il intervient cependant trop tard, alors que le conflit est déjà enkysté. Ainsi, n'y aurait-il pas une trop grande prescription de ce MARD (I) ? Au-delà de ce ressenti difficilement objectivable, n'y a-t-il pas la nécessité d'accroître en amont de tout conflit l'information sur la médiation administrative ?

I. Une trop grande prescription de la médiation ?

Il existe aujourd'hui un vrai phénomène de prescription de la médiation, qui se définit dans le cadre de la médiation judiciaire comme « l'ensemble des actions entreprises par des acteurs ayant pour objectif d'une part de faire connaître la médiation et d'autre part de faire en sorte qu'elle soit pratiquée de manière croissante quel que soit le domaine d'application »⁷⁹¹.

Parce que la médiation administrative est structurellement identique à la médiation judiciaire, il est intéressant de s'intéresser à cette prescription, qui « ne doit pas être comprise ici dans son acception juridique la plus communément admise, à savoir l'écoulement d'un délai à l'expiration duquel une action judiciaire ne peut plus être exercée »⁷⁹², ni dans son acception législative au sens de ce qu'il convient de faire. En effet, « il s'agit de saisir la

⁷⁹¹ CHARRIER Philippe, BASCOULERGUE Adrien, BONAFA-SCHMITT Jean-Pierre, FOLIOT Gérald (2017), « La prescription de la médiation judiciaire. Analyse socio-juridique des dispositifs de médiation dans trois Cours d'appel : de la prescription à l'accord de médiation », Rapport de recherche de la Mission de recherche « Droit et Justice », p.9.

⁷⁹² Ibid., p.9.

prescription dans son sens médical et thérapeutique, celle de recommandation, éventuellement consignée sur ordonnance, mais qui n'est pas accompagnée d'un pouvoir de coercition faite par le praticien »⁷⁹³.

Si recourir à la médiation administrative n'est pas une prescription mais un conseil ou une recommandation, formulée par la juridiction administrative, elle est cependant formulée le plus souvent trop tard. Les tensions sont en effet cristallisées, au point que seuls des avocats convaincus de l'utilité de ce mode alternatif de règlement des différends (MARD) vont pouvoir parfois convaincre leurs clients de se lancer dans ce processus atypique. A l'évidence cela ne semble pas suffisant : un véritable effort est aujourd'hui nécessaire pour convaincre à la fois l'administration - souvent rétive à ce type de MARD, les agents et leurs conseils, de lancer une médiation administrative avant que ce qui n'est encore qu'un différend devienne un conflit, puis un contentieux.

II. Expliquer aux avocats mais aussi aux agents, en amont de tout conflit

La pédagogie sur la médiation est nécessaire⁷⁹⁴ pour les magistrats et les avocats, alors que les parties, en fonction du niveau de cristallisation du conflit, ne sont plus souvent en mesure d'entendre quoi que ce soit. Maître Jean-Marc Panfili est ainsi particulièrement intéressé par des outils qui permettraient de convaincre les parties d'aller en médiation⁷⁹⁵, comme un grand nombre de gestionnaires de ressources humaines dans les services départementaux d'incendie et de secours (SDIS). La médiation administrative « conventionnelle », à l'initiative des parties (MIP) et en amont de tout contentieux, apparaît ainsi beaucoup plus souhaitable que la médiation administrative « juridictionnelle » (MPO ou médiation dans le cadre d'une ordonnance 2 en 1).

Promouvoir la médiation à l'initiative des parties (MIP) nécessite pour cela de réduire l'asymétrie d'information entre toutes les parties à une médiation, ce qui impliquerait un

⁷⁹³ Ibid., p.9

⁷⁹⁴ Ibid., p.114-118. Philippe CHARRIER, Adrien BASCOULERGUE, Jean-Pierre BONAFE-SCHMITT, Gérald FOLIOT appellent de leurs vœux une meilleure formation des magistrats, des avocats et des médiateurs eux-mêmes afin de faire œuvre pédagogique.

⁷⁹⁵ Interview de Maître Jean-Marc PANFILI, 29 décembre 2021.

effort majeur et durable en matière de formation continue des responsables de ressources humaines et des professions juridiques.

§2. L'asymétrie d'information avant la médiation

Partir en médiation se fait suite à un choix éclairé, le plus souvent après une proposition effectuée par le greffe de la juridiction administrative, voire, dans les cas les plus favorables, en amont de toute procédure contentieuse. Cependant le niveau d'information des médiés doit être le plus optimal possible afin que la médiation soit effectivement lancée, tout comme lorsqu'un agent économique sur un marché décide d'acheter ou de vendre à un autre agent. Les économistes ont ainsi dégagé en pareille circonstance le concept d'asymétrie d'information, sur les marchés où la concurrence n'est pas pure et parfaite, c'est-à-dire dans la plupart des cas : lorsqu'un agent dispose de plus d'informations qu'un autre il fausse le jeu du marché. Ce concept nous semble duplicable à la médiation qui, pour prospérer, doit être envisagée de manière identique par les médiés. L'asymétrie d'information est générée par un flou sur le statut du médiateur et le processus de médiation (A), mais aussi à cause d'un obstacle cognitif permettant d'appréhender correctement l'économie générale d'un différend (B).

A. Le flou sur le statut du médiateur et le processus de médiation

Le médiateur est une tierce partie unique, fonction de la personnalité, de l'expérience et des compétences de celui ou de celle qui joue ce rôle. Il dispose ainsi d'un titre particulier et peu évocateur, quand le processus dont il est le garant est mal connu. Un doute sur le médiateur et la médiation nimbe ainsi toute proposition de médiation (I), qui souffre par ailleurs du manque de vulgarisation sur les quatre étapes qui caractérisent le plus souvent ce processus maïeutique de règlement des différends (II).

I. Le doute sur le médiateur et sur la médiation

Un grand nombre de parties susceptibles de recourir à la médiation ont des doutes sur le médiateur. Cette profession n'est en effet pas réglementée ou régie par un ordre professionnel, ce qui ne manque pas dans les rangs mêmes des médiateurs de susciter de multiples débats. Ainsi le deuxième congrès sur toutes les médiations⁷⁹⁶ est revenu, dans le cadre d'une de ses plénières, sur le problème de la reconnaissance du médiateur, toujours non résolu.

Si certains prônent la création d'une profession et la mise en place d'un ordre, d'autres alertent sur le danger qu'un tel cadre ferait porter aux médiateurs, car selon eux « le métier de médiateur en devenant une profession réglementée changerait radicalement de nature »⁷⁹⁷. Si ces promoteurs de la liberté la plus totale dans l'exercice de la profession de médiateur justifient leur position par le caractère personnel et individualisé de toute médiation, « on ne peut pas pour autant s'improviser médiateur, même avec la meilleure volonté (...) le législateur l'a pris en compte dans l'article 131-5, alinéa 4 du Code de procédure civile qui impose au médiateur judiciaire de justifier d'une formation à la pratique de la médiation ou d'une expérience adaptée »⁷⁹⁸. Les greffes des tribunaux administratifs, chargés d'établir les listes des médiateurs enregistrés auprès de leur juridiction, veillent ainsi à vérifier l'expérience des médiateurs qui peuvent être issus en matière administrative du monde des avocats, des magistrats, des fonctionnaires et des hauts fonctionnaires, tous tenus de suivre le Code de déontologie du médiateur⁷⁹⁹.

Néanmoins la possibilité offerte aux parties ou au médiateur de cesser à tout moment la médiation inquiète, car le risque de perdre du temps dans le cadre d'une médiation avortée peut tout d'abord s'avérer complexe pour une partie, dès lors notamment que certaines de ses demandes revêtent un caractère indemnitaire. En effet, la médiation administrative n'est pas une alternative au règlement juridictionnel des litiges comme l'arbitrage en matière

⁷⁹⁶ Deuxième congrès international de toutes les médiations, 5-7 octobre 2022, Angers.

⁷⁹⁷ GUILLAUME-HOFNUNG Michèle (2020), *La médiation*, Que sais-je, 8^{ème} édition, p.121.

⁷⁹⁸ BENSIMON Stephen, BOURRY D'ANTIN Martine, PLUYETTE Gérard, (2018), *Art et techniques de la médiation*, collection Droit & Professionnels, Ed. Lexis Nexis, 2^{ème} édition, p.145.

⁷⁹⁹ Code national de déontologie du médiateur, rédigé par le rassemblement des organisations de la médiation, présenté au Palais Bourbon le 5 février 2009.

civile⁸⁰⁰, qui « débouche sur une sentence arbitrale, véritable jugement, qui a valeur juridictionnelle »⁸⁰¹.

A ce risque se surajoute des réticences des responsables en ressources humaines à partir en médiation, notamment en matière de contentieux fonction publique, qui pourrait être considérée comme le pendant administratif de la médiation sociale⁸⁰². La médiation administrative apparaît comme un outil rompant l'égalité entre les agents quand elle règle un différend entre l'administration et l'un de ses agents. Les autorités d'emploi sont en effet réticentes à faire « jurisprudence » en accordant certaines concessions lors de médiations, ce qui viendrait nuire à l'absolue égalité de traitement, voire inciter certains agents à exiger de l'administration ce qu'elle a pu concéder antérieurement dans le cadre d'une médiation passée.

La médiation peut par ailleurs être crainte par les conseils des médiés, qui redoutent une exclusion du processus de médiation. Force est en effet de constater que les pratiques des médiateurs en la matière sont très disparates, même si « le médiateur, en position haute sur le processus, est en position basse sur le contenu. Il n'est pas un sachant, rôle dévolu aux conseils qui se chargeront de la rédaction de l'accord »⁸⁰³. Ainsi, certains peuvent convier les conseils aux dernières séances communes, tandis que d'autres préféreront ne pas le faire, soit de manière automatique soit pour préserver le bon déroulement de l'échange.

La médiation est enfin suspectée par certaines organisations syndicales d'inciter les parties à renoncer à leur dû, alors qu'elle « offre la possibilité aux personnes, dans le respect des règles d'ordre public, de trouver une issue adaptée à leur différend (...) Il ne s'agit pas de renoncement mais de choix »⁸⁰⁴. Cet avis commun sur la médiation, outre le fait qu'il démontre encore la réticence forte des parties à « marchander »⁸⁰⁵, lève aussi le voile sur le manque de connaissances que les parties litigantes ont de la médiation.

⁸⁰⁰ Code civil, Art. 2059 à 2061.

⁸⁰¹ GUILLAUME-HOFNUNG Michèle (2020), *La médiation*, Que sais-je, 8^{ème} édition, p.77.

⁸⁰² BENSIMON Stephen, BOURRY D'ANTIN Martine, PLUYETTE Gérard, (2018), *Art et techniques de la médiation*, collection Droit & Professionnels, Ed. Lexis Nexis, 2^{ème} édition, p.338.

⁸⁰³ Ibid., p.338.

⁸⁰⁴ Ibid., p.338.

⁸⁰⁵ Rappelons ici que marchander en anglais se traduit par « to bargain », ce qui a amené le droit américain à développer en matière pénale le « plea bargaining » : « Le *plea bargaining* ou le *negotiated plea* est un aveu de culpabilité précédé d'un marchandage sur la peine. Il s'agit d'une procédure de jugement simplifiée qui permet

II. Le manque de vulgarisation du processus en quatre étapes de la médiation

Si les médiateurs sont globalement ouverts à la possibilité d'offrir à un chercheur la capacité à observer un ou plusieurs rounds de médiation, cette observation n'a pas pu être réalisée. En effet, parce que les médiateurs sont les garants du confort des parties et de la confidentialité des échanges, ils conditionnent en toute logique ce regard extérieur, par un « corps » totalement étranger au conflit et au processus de médiation, à l'accord des médiés. Les réticences à cette observation, qu'elles émanent des agents ou de l'administration, ont ainsi été nombreuses pendant tout le temps de cette investigation. Au-delà du cadre juridique et processuel qui aménage les garanties nécessaires à la protection des médiés, la médiation touche en effet à l'intime.

Si la médiation est parfois assimilée par des médiés, inconsciemment et à tort, à une psychothérapie⁸⁰⁶, d'autres médiés potentiels sont réticents à partir en médiation en percevant cette dernière comme une psychothérapie déguisée. La médiation souffre ainsi d'un manque d'information, le médiateur étant par exemple dans le cadre d'une ordonnance de recueil d'accord (ORA, dénommée également ordonnance 2 en 1 ou O21) chargé par le juge administratif de recueillir l'accord de la partie qui ne l'a pas encore exprimé, mais aussi d'enchaîner sur la médiation proprement dite si l'accord est donné.

La première étape est dans ce cadre une démarche pédagogique permettant de lever le voile opaque entourant le concept de médiation, en expliquant les grandes lignes du modèle le plus répandu, où « le médiateur rencontre les acteurs du conflit séparément, leur présente la médiation et le rôle qu'il va jouer, s'assure que chacune des parties désire réellement la rencontre. Enfin, il s'informe sur les positions actuelles des différentes parties impliquées. Certains médiateurs s'affranchissent de ces préliminaires considérant que l'expression des récits et des perceptions doit se faire en présence de l'adversaire, l'important n'étant pas ce que les personnes disent au médiateur mais ce qu'elles échangent entre elles »⁸⁰⁷.

d'éviter un procès sur la culpabilité par le biais d'une transaction (...) Nonobstant plusieurs controverses, le *plea bargaining* est devenu le droit commun du traitement des affaires pénales aux États-Unis ». Cf. NIANG Babacar (2012), « Qu'est-ce que le *plea bargaining* ? », Les Cahiers de la Justice, 3(3), p.89-101.

⁸⁰⁶ Entretien avec Elsa Costa du 25 octobre 2022, dans ce cas la médiation échoue bien souvent.

⁸⁰⁷ BENHARDA Imen (2022), *L'art de pacifier nos conflits. De la négociation à la médiation*, éditions Érès, p.236.

La deuxième étape est pour le médiateur d'inciter les médiés « à rechercher et à comprendre les raisons, les causes du conflit et ses intérêts sous-jacents. Après la phase initiale d'exposition des récits, qui se fait sous la forme de monologues, c'est celle du dialogue qui prévaut ici, au cours duquel chacun exprime sa perception du conflit, ses motivations, ses sentiments, ses émotions et en débat avec son interlocuteur »⁸⁰⁸. Dans cette étape, la mission première du médiateur est d'importance : selon Elsa Costa, il ne s'agit que d'écouter. Cette médiatrice confie ainsi qu'elle ne prend pas ou peu de notes pendant ses médiations, car le médiateur n'étant « que l'invité d'une conversation, il se contente de faciliter l'intercompréhension »⁸⁰⁹.

La troisième étape est celle de la recherche de la sortie du conflit. Dans ce cadre Elsa Costa confie qu'elle utilise plusieurs techniques permettant de favoriser le changement de point de vue, comme le résumé verbalisé par la personne qui écoute ou le changement de chaise, notamment à partir de la deuxième ou de la troisième séance. La quatrième et dernière étape est enfin la rédaction de l'accord de médiation.

Ces étapes se déroulent le plus souvent en quatre ou cinq séances⁸¹⁰ sur environ une année⁸¹¹, le médiateur ou les médiés disposant à tout moment d'interrompre le processus. Il est donc courant que dans certains cas « il apparaît impossible de parvenir à un accord acceptable par les participants, quand ceux-ci instrumentalisent la médiation de manière dilatoire, lorsque le moment n'est pas venu de cicatriser la blessure ouverte par le conflit »⁸¹². La surdité des parties est alors dans ce cas de mise. Cet échec en cours de médiation peut néanmoins être le terreau d'une future reprise de relation, en ayant contribué à faire redescendre la tension entre les parties. Il est moins problématique que l'échec avant médiation, dû le plus souvent à l'incapacité des acteurs à envisager l'économie générale du conflit. Cette dernière pourrait en effet balayer les positions trop dogmatiques et les craintes injustifiées décrites supra.

⁸⁰⁸ Ibid., p.237.

⁸⁰⁹ Ibid., p.237.

⁸¹⁰ Entretien avec Elsa Costa du 25 octobre 2022, ces quatre séances sont propres à la pratique de cette médiatrice en particulier mais sont relativement communes.

⁸¹¹ Le code de justice administrative (CJA) ne prévoit stricto sensu pas de délai, même si le juge administratif en fixe un, renouvelable.

⁸¹² BENHARDA Imen (2022), *L'art de pacifier nos conflits. De la négociation à la médiation*, éditions Érès, p.238.

B. L'obstacle cognitif pour appréhender l'économie générale d'un différend

L'appréhension des chances de succès et l'appréciation de l'utilité du procès en matière de contentieux fonction publique sont une nécessité pour l'agent s'estimant lésé et/ou son conseil. Agissant le plus souvent en demande, a contrario de l'administration, ils doivent prendre en compte « les coûts d'un procès (et du stress qu'il génère), des risques dans certains contentieux de condamnation reconventionnelle, et dans tous les contentieux du risque d'avoir à payer une partie des frais d'avocat »⁸¹³.

La médiation se caractérise ainsi par un aléa (I), qui rend difficile l'évaluation du coût et des gains potentiels que peut engendrer ce mode alternatif de règlement des différends (II).

I. L'aléa de la médiation, de faible à fort

Les demandes reconventionnelles n'étant admise que dans le cadre de la pleine juridiction⁸¹⁴ et s'il « est sans doute plus facile que dans un procès civil d'apprécier sinon les chances de succès, du moins les quasi-certitudes de perdre, en raison d'obstacles procéduraux »⁸¹⁵, l'aléa est néanmoins toujours présent. Le recours à un mode alternatif de règlement du différend est ainsi promu comme une méthode permettant de construire un accord acceptable par les deux parties, même si « dans de nombreux cas qui mettent en cause des intérêts diffus ou des questions sérielles, les acteurs de la vie économique ont besoin, non pas d'une solution médiane, marquée du sceau de la confidentialité, mais d'une décision nette faisant jurisprudence et coupant court à toute contestation dans des cas semblables »⁸¹⁶.

Cependant « si les modes alternatifs de règlement des conflits sont souvent présentés comme étant moins cher que la solution judiciaire des litiges, (...), ils n'en ont pas moins un

⁸¹³ ROUQUETTE Rémi (2016), *Petit traité du procès administratif*, édition DALLOZ, collection PRAXIS, pp.921.11.

⁸¹⁴ CE, 8èmes et 3èmes sous-sections réunies, 25 mars 2013, Req. N°355568.

⁸¹⁵ ROUQUETTE Rémi (2016), *Petit traité du procès administratif*, édition DALLOZ, collection PRAXIS, pp.921.12 et 921.13, qui permettent plus particulièrement de présenter une grille d'analyse permettant d'apprécier les chances d'un procès administratif.

⁸¹⁶ CADIET Loïc et CLAY Thomas (2019), *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Éditions DALLOZ, 3ème édition, p.149.

coût qu'il convient d'évaluer et d'imputer »⁸¹⁷, notamment dans le cadre du contentieux fonction publique, où la surface financière des agents est beaucoup plus limitée que celle de l'administration.

Il n'est par conséquent pas aisé pour un potentiel médié d'évaluer ex-ante les chances de succès de la médiation, qui restent aléatoires en fonction de l'historique du différend, de la teneur des griefs et des prétentions des parties, mais aussi de la personnalité des individus qui vont participer au processus maïeutique de recherche d'une solution. De plus, il est difficile d'estimer en amont de la médiation le bilan économique de ce mode alternatif de règlement des différends (MARD).

II. La difficile évaluation du coût et des gains potentiels

L'estimation du coût de la médiation est en effet très subjectif. Il y a certes à computer les coûts du conseil qui sera souvent consulté au cours du processus de médiation, mais aussi le coût du médiateur⁸¹⁸. Mais le plus souvent en ce qui concerne les particuliers « le montant du coût qu'un justiciable est disposé à régler dépend (...) de la nature ou de l'enjeu du litige (...) C'est un rapport coût/avantage mêlant considérations objectives et subjectives, dans lequel entre également l'analyse que fait un justiciable de la pertinence, donc des chances de succès, de sa position juridique et, corrélativement, de la connaissance qu'il peut avoir des solutions jurisprudentielles dans les cas comparables aux siens »⁸¹⁹. La position de l'administration sera quant à elle le plus souvent imprimée par le fait de devoir assumer financièrement tout ou partie de la médiation, mais aussi par le positionnement des juristes pouvant la conseiller. En effet, les avocats peuvent voir dans la médiation une perte probable

⁸¹⁷ Ibid., p.147.

⁸¹⁸ Le coût du médiateur en matière de médiation administrative est très variable. Il peut être nul pour les agents dans le cadre de la médiation préalable obligatoire (MPO), mais payant dans ce cas pour l'administration. Les centres de gestion (CDG) de la FPT proposent ainsi aux collectivités de leur ressort de compétence une convention MPO, disposant souvent que cette dernière est gratuite pour les collectivités adhérentes au CDG ou facturée au cas par cas, de manière forfaitaire ou non : dans ce cas, voir par exemple la convention MPO du Centre de gestion de la fonction publique territoriale du Pas-de-Calais. Dans le cadre d'une médiation classique, le coût du médiateur est réparti entre l'agent (en position contentieuse de demandeur) et l'administration (en position contentieuse de défenseur), dans le cadre d'un compromis entre les parties.

⁸¹⁹ CADIET Loïc et CLAY Thomas (2019), Les modes alternatifs de règlement des conflits, Éditions DALLOZ, 3^{ème} édition, p.151.

de chiffre d'affaires, quand les juristes de la collectivité peuvent y voir une remise en cause de leur utilité. Enfin le temps qui passe entre la survenue du différend et sa résolution ne milite pas au point de vue économique pour le choix de la médiation, notamment en cas de contentieux fonction publique, où la dimension économique du litige peut être prégnante pour les agents : par exemple, si le différend concerne des sommes conséquentes que l'administration doit verser à un agent, ce dernier verra le temps de la médiation comme un délai supplémentaire où il subit un manque à gagner, voire même une dépréciation de sa créance.

Il y a ainsi un véritable obstacle cognitif à l'appréhension du contentieux en général et de la médiation en particulier, car « les oppositions entre le rationnel et le raisonnable, la décision et le jugement (et plus largement entre l'intuition et l'analyse) peuvent alors prendre toute leur dimension »⁸²⁰. En effet, il serait nécessaire d'intégrer dans l'analyse préalable au choix de partir ou pas en médiation les leviers sur lesquels la médiation devrait jouer pour rechercher un accord viable. Ceux-ci sont éminemment dépendant des cas d'espèces. Il convient dès lors de s'interroger sur la possibilité d'établir une typologie ou une classification des contentieux fonction publique particulièrement propices à la médiation administrative.

⁸²⁰ LANNEAU Régis (2009), *Les fondements épistémologiques du mouvement Law and economics*, Thèse de droit public, p.881.

Conclusion du chapitre 2

La médiation administrative est perçue comme un outil déployé et largement promu par la juridiction administrative afin de réduire le délai de jugement et le nombre d'affaires en attente. Ce mode alternatif de règlement des différends peut en effet avoir un caractère non facultatif dès lors qu'une médiation préalable obligatoire (MPO) est imposée en amont de tout contentieux administratif, le bilan de cette mesure semblant devoir être relativisé. Elle est également un procédé éminemment contractuel, peut-être d'ailleurs trop contractuel pour des sapeurs-pompiers forgés dans la culture de l'honneur, facteur d'hystérisation rapide des conflits de travail entre ces agents et leur administration.

La médiation apparaît également comme un processus qui intervient trop tard dans la recherche de solutions aux différends, quand il n'est pas en matière de contentieux redondant avec les nouvelles attributions des commissions administratives paritaires. Elle est aussi frappée du sceau du doute, avec le flou autour du statut du médiateur et des modalités précises de ce processus maïeutique. Elle nécessite enfin pour être lancée une vision de l'économie globale du conflit, ce qui constitue un obstacle cognitif majeur à son développement.

Synthèse du titre 2

La médiation administrative est un mode alternatif de règlement des conflits, que ces derniers soient au stade précoce du « différend » ou au stade avancé du recours juridictionnel. Elle est aussi un procédé permettant aux parties litigantes de dialoguer en phase précontentieuse dans le cadre d'une médiation à l'initiative des parties, ou en phase contentieuse dans le cadre d'une médiation préalable obligatoire (MPO) ou d'une médiation préconisée par le juge chargé de connaître du litige, parfois même lancée grâce au travail du tiers médiateur désigné par le président de la juridiction administrative. Le processus contractuel entre les médiés et le médiateur permet d'aboutir, grâce à différents types et techniques de médiation, à un accord de médiation qui peut également prendre la forme d'une transaction administrative. Cette dernière peut ainsi aménager des concessions réciproques et une renonciation à tout recours pour excès de pouvoir ultérieur : comme l'accord de médiation, elle peut faire l'objet d'une homologation par le juge administratif.

La médiation administrative apparaît adaptée au contentieux fonction publique. Au-delà de l'expérimentation positive menée entre 2018 et 2020 en matière de MPO dans différentes administrations, elle est un procédé ancien qui permet de reconnaître le droit des parties en mettant à jour la dimension sociologique, linguistique et culturelle du différend. Permettant de garantir les droits des justiciables, elle participe de la justice restaurative en tentant de réparer au mieux les liens entre les agents et l'administration.

L'angélisme au sujet de la médiation ne doit cependant pas être de rigueur. Elle souffre en effet d'un certain nombre de freins, quand bien même sa prescription semble parfois systématisée. Trop contractuelle, notamment dans le monde sapeur-pompier caractérisé par la prégnance de la hiérarchie, elle intervient souvent trop tard. L'enkystement des tensions et des rancunes, la logique de l'honneur, le statut flou des médiateurs et l'intérêt parfois limité de la médiation aux seules questions indemnitaires, le manque d'appréhension de l'économie générale d'un contentieux fonction publique sont alors autant de freins à la médiation qui, en dehors du cas où elle est obligatoire (MPO), pourrait être mieux promue par l'administration, les avocats et les magistrats : l'expérience américaine de la médiation exhause peut-être ainsi l'intérêt d'une approche typologique et économique pour en améliorer le recours.

Conclusion de la première partie

Les sapeurs-pompiers constituent le fer de lance de la Sécurité civile en France et sont largement plébiscités par la population. Ils sont majoritairement volontaires (plus de 200 000), mais aussi professionnels (environ 45 000) et militaires (environ 10 000), cette dernière catégorie n'étant pas étudiée dans le cadre de cette recherche. Gérés par les services départementaux d'incendie et de secours (SDIS) ils ont connu et connaissent en leur sein une forte évolution dans leur rapport, à l'origine très discipliné, avec leur autorité d'emploi. Parce que le nombre de contentieux fonction publique les concernant est en évolution constante, ils constituent par leur histoire, leur modalité d'organisation, leur rapport à la discipline et à l'honneur un échantillon de population particulièrement intéressant afin d'étudier la médiation administrative, dont le recours pourrait être amélioré afin de poursuivre deux objectifs. Le premier et le plus évident est d'encourager le développement de modes alternatifs de règlement des différends (MARD), de telle manière à réduire le nombre de contentieux fonction publique devant la juridiction administrative mais aussi à trouver une solution plus adéquate qu'une décision juridictionnelle. Le second, moins évident mais plus impérieux, est de restaurer des liens managériaux endommagés entre un agent et sa hiérarchie.

Les sapeurs-pompiers évoluent dans un cadre normatif compliqué, relevant d'au moins trois codes généraux. Leur activité, considéré comme un métier à risque pour les sapeurs-pompiers professionnels, impose des contraintes d'emploi et des contraintes physiologiques importantes. Elle est ainsi rémunérée de manière « exorbitante » par rapport à l'activité des autres cadres d'emploi de la fonction publique, mais aussi « exceptionnelle » avec le versement de vacations horaires non imposables pour les sapeurs-pompiers volontaires (SPV). Toute dégradation du lien managérial entre un sapeur-pompier et sa hiérarchie est ainsi un facteur majeur dans l'éclosion progressive d'un différend, qui peut rapidement dégénérer en conflit puis en litige, dans une espèce de réaction en chaîne que la médiation administrative pourrait parfois bloquer.

La médiation administrative est en effet un mode alternatif de règlement des différends, mais aussi de manière concrète un procédé permettant aux parties litigantes de dialoguer en phase précontentieuse dans le cadre d'une médiation à l'initiative des parties,

ou en phase contentieuse dans le cadre d'une médiation préalable obligatoire (MPO) voire d'une médiation préconisée par le juge chargé de connaître du litige.

Ce processus peut restaurer le lien entre l'agent et son employeur, grâce à une maïeutique particulière tenant quasiment à l'art particulier du tiers médiateur. Par la convention de médiation que les médiés et le médiateur vont arrêter, mais aussi grâce à différents types et techniques de médiation, les parties litigantes vont pouvoir parvenir à un accord de médiation qui peut également prendre la forme d'une transaction administrative. Cette transaction peut ainsi aménager des concessions réciproques et une renonciation à tout recours pour excès de pouvoir ultérieur.

L'intérêt pour la médiation administrative ainsi que ses vertus doivent néanmoins être relativisés car son recours est encore marginal, malgré un encouragement fort de la juridiction administrative. Si ce mode alternatif de règlement des différends (MARD) pâtit en effet de plus plusieurs freins, il pourrait être mieux promu par des apports dans le corpus juridique qui le structure, mais aussi par une meilleure communication de l'administration, des magistrats et des avocats

La culture juridique américaine, qui laisse une place éminente à la transaction entre les parties à un conflit, exhausse peut-être ainsi l'intérêt de recourir à l'analyse économique du droit pour améliorer dans certains types de conflits en gestion des ressources humaines le recours à la médiation administrative en matière de différends managériaux et/ou de contentieux fonction publique. Le « Law and economics » est en effet né de cette culture du « bargaining », où chaque partie cherche à maximiser sa position dans un conflit. La deuxième partie de cette thèse s'appliquera ainsi à déterminer quels types de conflit de travail en fonction publique pourraient être particulièrement propices à la médiation administrative. Grâce à une analyse économique du droit de la médiation administrative elle proposera enfin des pistes pour améliorer le recours à ce MARD.

PARTIE 2 : L'amélioration du recours à la médiation administrative grâce à l'analyse économique du droit de la médiation administrative

Parce qu'un mauvais accord vaut mieux qu'un bon procès selon l'adage largement repris par les médiateurs, mais aussi au regard de la durée d'obtention d'un jugement stable et durable, la médiation administrative apparaît, à bien des égards, comme une solution intéressante pour les conflits entre un agent public et son employeur, l'administration. Elle permet en effet, le plus souvent en une année, de trouver une solution acceptable pour les deux parties, éventuellement homologuée par le juge administratif. Très rarement entreprise en amont d'un recours administratif, parfois lancée entre le recours administratif et le recours contentieux, elle est le plus souvent préconisée par les juridictions administratives pour un grand nombre de contentieux fonction publique. Hélas, un grand nombre d'invitations à la médiation administrative en matière de litiges relatif au travail – plus de 50% selon plusieurs médiateurs, restent sans réponse.

Comme nous l'avons vu précédemment la médiation souffre en effet de plusieurs maux, dont la grande méconnaissance du public sur le processus en lui-même. La suggestion de lancer une médiation, faite par la juridiction administrative selon un processus soit considéré comme opaque, soit perçu comme trop automatique, aboutit par conséquent de manière trop régulière à un refus des parties en présence. Le juge administratif va ainsi être amené à juger en droit une situation, souvent managériale, parfois au détriment de la qualité de la relation humaine entre l'administration et son agent.

Améliorer le recours à ce mode alternatif de règlement des différends (MARD) en matière de droit de la fonction publique apparaît ainsi comme une impérieuse nécessité. Une première piste se dégage pour cela, inspirée de la théorie économique des incitations. Il s'agirait en effet de typer les différends en droit de la fonction publique qui pourraient être propices, très rapidement, au déploiement d'une médiation administrative. Cette typologie permettrait de mieux faire connaître aux agents et à leurs administrations la mécanique de la médiation, ce en quoi elle peut aider à la résolution des différends, les domaines pour lesquels elle pourrait être particulièrement indiquée. Il s'agirait donc en terme économique de former un signal à l'adresse des acteurs de la médiation administrative (Titre 1).

La difficulté de cet exercice et l'incomplétude des solutions qu'il permet de dégager amène par conséquent à dégager une deuxième piste, grâce aux théories et aux enseignements issus de l'analyse économique du droit. Cette science économico-juridique ou juridico-économique, qui n'existe pas en tant que science autonome ailleurs qu'aux Etats-Unis où elle est dénommée « Law and Economics », constitue en effet un puissant outil d'analyse de la médiation. Inspirée de la culture juridique américaine qui laisse une place prééminente à la négociation (« bargaining ») et à la transaction, mais aussi des théories microéconomiques et de l'école de Chicago, elle postule que tous les acteurs à un conflit cherchent à maximiser leur « utilité ». L'analyse économique du droit de la médiation administrative permet alors de dégager des solutions complémentaires permettant d'améliorer le recours à ce MARD (Titre 2).

TITRE 1 : A la recherche d'une typologie des contentieux fonction publique propices à la médiation

La médiation administrative est le plus souvent à l'initiative des parties (MIP) ou à l'invitation du juge (MIJ). Dans ce cas elle est alors préconisée *in concreto* par le greffe de la juridiction administrative et le référent médiation de la juridiction, sur la base de la nature du recours et du fond de l'affaire. Si cette suggestion est fondée sur l'expérience de la juridiction et l'expertise de ses référents médiation, elle est aussi empreinte d'une forte subjectivité. Il est ainsi normal de s'interroger sur ce qui la motive ou, au contraire, ce qui dissuade de la formuler. En somme, comme la théorie des incitations en microéconomie vise à étudier les règles qui permettent aux agents économiques d'échanger des informations pertinentes sur un marché économique⁸²¹, il s'agit ici de s'intéresser à la médiation administrative envisagée comme une « règle » en fonction d'un signal ou de signaux qui pourraient déclencher cette règle.

Identifier grâce à une classification simple le contentieux fonction publique où la médiation administrative pourrait être recommandée n'a pas encore été réalisé par la doctrine, tant le sujet est vaste et la question de la médiation administrative encore marginale. Il existe néanmoins un questionnaire sur l'opportunité du recours à la médiation sociale qui, valable pour les relations de travail et le contrat de travail, pourrait néanmoins servir de base⁸²² en matière de contentieux fonction publique. Ainsi, un grand nombre de réponses « oui » à ces questions permet de militer en faveur de la médiation, quand un grand nombre de « non » militerait pour un intérêt limité de la médiation :

- La problématique a-t-elle une dimension humaine forte ?
- Le différend n'est qu'une question de droit (texte, jurisprudence) ?
- Le rétablissement du lien, du climat, est-il essentiel ?
- La relation doit-elle perdurer ?
- Le problème posé résulte essentiellement d'un problème de communication ?

⁸²¹ LAFFONT Jean-Jacques (1993), « A propos de l'émergence de la théorie des incitations », *Revue française de gestion*, n°96, p.177.

⁸²² BENSIMON Stephen, BOURRY D'ANTIN Martine, PLUYETTE Gérard, *Art et techniques de la médiation*, collection Droit & Professionnels, Ed. Lexis Nexis, 2^{ème} édition, p.337.

- Les personnes sont susceptibles d'accepter de recourir positivement à la médiation ?
- La résolution du conflit doit-elle être rapide ?
- La hiérarchie est-elle favorable à la régulation du conflit par voie d'autorité ?
- Le coût de l'intervention en médiation est-il intéressant économiquement ?

Ce questionnaire, valable pour la médiation d'une relation de travail encore existante ou déjà rompue depuis plusieurs mois, ne permet pas cependant de cerner avec précision les champs ou les types de litige en matière de contentieux fonction publique où la médiation administrative serait tout à fait indiquée. Si nous avons déjà vu que le champ indemnitaire pouvait être un lieu particulièrement propice à ce mode alternatif de règlement des litiges, il n'est pas le seul. Dès lors, comment établir une typologie pouvant mettre en exergue l'utilité de la médiation administrative ?

A l'instar de l'avocat qui pourrait être le conseil d'un agent ou d'un magistrat administratif qui pourrait décider de la pertinence d'une médiation administrative, essayant tous deux d'envisager les dénouements favorables qu'un différend pourrait avoir dans ce cadre, deux entrées peuvent être recherchées pour établir des incitations « systématiques » à la médiation⁸²³. La première pourrait consister à établir des typologies en fonction du type de procédure ou des modalités de contrôle du juge (Chapitre 1), soit de manière très anticipée alors que le différend ne s'est pas encore transformé en litige, soit dans le cadre d'une médiation administrative suggérée par la juridiction administrative ou l'une des parties. La seconde pourrait quant à elle amener à identifier les champs de quérulence les plus répandus, de manière générale et particulière, à même de se prêter à la médiation (Chapitre 2).

⁸²³ Par incitation systématique nous entendons un « signal » permettant d'orienter de manière générale des comportements. Les barèmes de licenciement revus lors du premier quinquennat d'Emmanuel Macron, dits « barèmes Macron », ont été édictés au double motif de la sécurité juridique et de la volonté économique de contribuer par cette révision au développement de la « flexisécurité » dans les relations de travail : cf. GUIOMARD Frédéric (2022), « La conventionnalité des barèmes de licenciement : suite et fin ? », Le billet, Dalloz Actu Étudiant du 13 juin 2022 ; MARTIN Michel (2025), La réforme du licenciement économique : vers un nouveau paradigme des indemnités compensatoires, Le Magazine juridique, 19 juin 2025.

Chapitre 1 : Une analyse des incitations à la médiation

Améliorer le recours à la médiation administrative est ici envisagé comme « mieux inciter à la médiation administrative », afin d'introduire, dans cette recherche des voies permettant de développer ce MARD, le concept d'incitation. Ce dernier a en effet une consistance forte en sciences économiques, puisqu'il est rattaché à la théorie éponyme, fondée sur l'article de George Akerlof analysant les marchés de voitures d'occasion⁸²⁴. Ce dernier démontre que l'incertitude sur la qualité des produits conduit à des effets de sélection adverse, ou d'antisélection, qui peuvent aboutir à la disparition du marché :

« Sur le marché des voitures d'occasion étudié, les vendeurs seuls connaissent la qualité exacte des véhicules. Les acheteurs anticipent la qualité en se référant au prix du marché qui correspond à la qualité moyenne. La vente d'un véhicule de qualité supérieure à la moyenne est donc défavorable au vendeur qui ne perçoit que le prix de la qualité moyenne. Il a donc intérêt à proposer de manière sélective des produits de qualité inférieure. En conséquence les bonnes occasions vont quitter le marché qui va disparaître, en l'absence d'autres signaux que le prix »⁸²⁵.

Le prix est ainsi à la fois une information et un signal incitatif sur les marchés. En adaptant ce raisonnement à la médiation, où les possibles médiés pourraient être considérés comme des « acheteurs » potentiels de ce MARD, il s'agit ici de rechercher les signaux autres que le prix qui pourraient inciter l'agent et/ou l'administration à lancer une médiation.

Le type de contentieux (section 1) ou la dimension économique du litige (section 2) peuvent-ils constituer chacun une incitation à la médiation ?

⁸²⁴ THEPAUT Yves (2006), « Le concept d'information dans l'analyse économique contemporaine », *Hermès, La Revue*, 44(1), p.161-168.

⁸²⁵ *Ibid.*, p.166.

Section 1 : Le type de recours, une incitation à la médiation ?

La naissance d'un contentieux entre un agent et son administration est le fruit d'une sédimentation lente, débutée le plus souvent par la survenance d'un différend difficile à retracer parfois dans le temps. Si les recours administratifs constituent une phase particulièrement intéressante pour le développement de la médiation, ils ne sont hélas pas systématiques (§1). L'incitation à la médiation est néanmoins plus relative en ce qui concerne le recours pour excès de pouvoir et le recours de plein contentieux, car elle dépend des modalités de contrôle du juge ou de la structure du différend qui oppose l'agent à son employeur (§2).

§1. Les recours administratifs, une incitation majeure

Les recours administratifs peuvent constituer un marqueur fort dans l'historique des différends, le plus souvent difficile à retracer dès lors qu'ils s'inscrivent dans un temps long. La volonté du législateur de démultiplier les voies amiables a cependant complexifié le paysage des recours administratifs. Si le recours gracieux et le recours hiérarchiques sont éminemment propices à la médiation l'initiative des parties (A), ils ne doivent pas être confondus avec le recours administratif préalable obligatoire et la médiation préalable obligatoire (B).

A. Le recours gracieux et le recours hiérarchique, propices à la médiation

Les agents publics peuvent effectuer « soit un recours gracieux auprès de l'autorité même qui a pris la décision, soit un recours hiérarchique auprès de l'autorité supérieure qui exerce un pouvoir hiérarchique sur l'autorité qui a pris la décision »⁸²⁶. Dans ce cadre, sauf dans les très rares cas où a été aménagé un régime de décision implicite d'acceptation⁸²⁷, le

⁸²⁶ TAILLEFAIT Antony (2019), *Droit de la fonction publique*, Éditions DALLOZ, 8^{ème} édition, p. 422.

⁸²⁷ Plusieurs textes aménagent ce « renversement » du droit commun établissant que le silence de l'administration vaut refus : cf. décret n°85-552 du 22 mai 1985 pour les demandes de congé de formation syndicale, mais aussi article 1 de la loi n°2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le Gouvernement à simplifier.

silence gardé par l'administration pendant deux mois vaut décision de rejet. En effet, « toutes les demandes relatives aux relations entre les administrations et leurs agents (ne peuvent) faire naître qu'une décision implicite de rejet »⁸²⁸.

Néanmoins, face à une décision implicite ou expresse de rejet (I) s'ouvre une fenêtre d'au moins deux mois pour envisager une médiation (II).

I. Face à une décision implicite ou expresse de rejet du recours gracieux ou hiérarchique

L'article R.421-2 du CJA dispose dès lors que « sauf disposition législative ou réglementaire contraire, dans les cas où le silence gardé par l'autorité administrative sur une demande vaut décision de rejet, l'intéressé dispose, pour former un recours, d'un délai de deux mois à compter de la date à laquelle est née une décision implicite de rejet », quand bien même cette décision, de par sa nature même, ne comporte à l'endroit de qui elle s'applique aucune mention relative aux voies et aux délais de recours. L'agent dispose alors d'un délai de deux mois pour exercer un recours contentieux classique, ce délai pouvant aussi être utilement mis à profit pour envisager une médiation à l'initiative des parties

Cette dernière règle comporte toutefois deux exceptions, fixées par l'article R.421-3 du CJA qui prévoit, dans sa rédaction issue du décret n°2016-1480 du 2 novembre 2016 dit décret JADE (Justice administrative de demain), que seule une décision expresse est de nature à faire courir le délai de recours contentieux, soit dans le contentieux de l'excès de pouvoir si la mesure sollicitée ne peut être prise que par décision ou sur avis des assemblées locales ou de tous autres organismes collégiaux, soit dans le cas où la réclamation tend à obtenir l'exécution d'une décision de la juridiction administrative.

Comme le remarque le Conseil d'État dans son avis N°420797 du 30 janvier 2019, « ce même décret du 2 novembre 2016 a, par son article 10, supprimé à cet article R. 421-3 une

les relations entre l'administration et les citoyens qui élargit le principe de « le silence gardé pendant deux mois par l'autorité administrative sur une demande vaut décision d'acceptation ». La doctrine a largement commenté cette évolution, voir notamment : PONTIER Jean-Marie (2013), « La simplification des relations entre l'administration et les citoyens, JCP 2013, N° 1231 ; JCP Adm. 2013, N° 2355.

⁸²⁸ BERTHOUD Joël, *Pratique du contentieux de la fonction publique*, éditions du Panthéon, p.82.

troisième exception, qui prévoyait que le délai de recours de deux mois ne courait qu'à compter d'une décision expresse en matière de plein contentieux »⁸²⁹.

II. Au moins deux mois de réflexion pour envisager la médiation

Le délai qui permet de former la décision de rejet pourrait être l'occasion pour l'agent et pour l'administration d'identifier la pertinence d'une médiation administrative préalable à toute action contentieuse. Il est potentiellement doublé pour aller jusqu'à quatre mois, si l'agent envisage de former un recours juridictionnel. Cette médiation administrative « ex-ante », à l'initiative des parties (MIP), placée sous l'empire des articles L.213-5 et L.213-6 du code de justice administrative (CJA), permettrait d'interrompre les délais de recours contentieux et de suspendre les prescriptions le temps d'une médiation initiée soit par l'agent, soit par l'administration. Elle serait à différencier de la médiation administrative « ex-post », suggérée la plupart du temps par la juridiction administrative (MIJ) saisie d'un recours formulé par un agent⁸³⁰.

Il existe aussi certains cas précis où un recours administratif préalable obligatoire ou une médiation préalable obligatoire doivent intervenir avant que le différend ne poursuive son cheminement.

B. Le recours administratif préalable obligatoire et la médiation préalable obligatoire

La médiation administrative à l'initiative des parties ne doit pas être confondue avec le recours administratif préalable obligatoire (I), mais aussi avec la médiation préalable obligatoire (II).

⁸²⁹ CE 21 mai 2008, *Me Berger*, Req.N°306009, JCP Adm 2008, n°2161, note PACTEAU Bernard.

⁸³⁰ FROGER Charles, « La médiation administrative : mérites et limites », AJDA 2021.495.

I. Le recours administratif préalable obligatoire

Le recours administratif préalable obligatoire (RAPO) est un recours préalable « à la saisine du juge, (qui) a pour effet de laisser à l'autorité compétente pour en connaître le soin d'arrêter définitivement la position de l'administration (CE, Sect., 18 nov. 2005, H. Rec., n°270075). La décision prise à la suite du recours, qui se substitue à la décision initiale, est seule susceptible d'être déférée au juge administratif »⁸³¹.

Si l'article 23 de la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives dispose que « les recours contentieux formés par les agents soumis aux dispositions des lois n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires et n° 72-662 du 13 juillet 1972 portant statut général des militaires à l'encontre d'actes relatifs à leur situation personnelle sont, à l'exception de ceux concernant leur recrutement ou l'exercice du pouvoir disciplinaire, précédés d'un recours administratif préalable exercé dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État », force est cependant de constater que le RAPO ne s'applique pas en matière d'actes relevant de la situation personnelle des agents au sein de la fonction publique territoriale en général et des SDIS en particulier⁸³².

Cela semble dommageable, car cette procédure pourrait peut-être paver l'articulation entre le recours administratif et le recours contentieux d'une médiation, qui pourrait permettre d'éviter la phase juridictionnelle. Pouvant être réalisée par un médiateur interne à l'administration ou bien à l'initiative des parties, cette médiation couplée à un RAPO ne semble pas encore avoir été envisagée par le pouvoir législatif ou le pouvoir réglementaire. Cela pourrait peut-être s'expliquer par la coexistence actuelle du recours administratif préalable obligatoire et de la médiation préalable obligatoire.

⁸³¹ CE, 2017, Les dossiers thématiques du Conseil d'État, Le juge administratif, juge de la fonction publique.

⁸³² Comme le relève l'étude du Conseil d'État du 29 mai 2008 sur les RAPO, si « la loi autorise donc bien l'instauration d'une procédure de recours administratif préalable obligatoire en matière de fonction publique territoriale » instituer des procédures de recours administratifs préalables obligatoires au sein des collectivités territoriales serait de la seule compétence du législateur.

II. Médiation à l'initiative des parties et médiation préalable obligatoire

La médiation administrative à l'initiative des parties ne doit pas également être confondue avec la médiation préalable obligatoire (MPO), même si elle peut épouser les contours de ce dispositif dans les services départementaux d'incendie et de secours (SDIS) qui l'auraient mis en place en lien avec un Centre de gestion (CDG) de la fonction publique territoriale⁸³³. Ce dernier est en effet compétent pour assurer la MPO dans le cadre d'une convention *ad hoc* passée avec la collectivité⁸³⁴. Les soupçons que cette procédure porte dans son caractère « obligatoire » au regard de la liberté des médiés étant mis au second plan par les succès rencontrés en la matière⁸³⁵, il convient de souligner l'intérêt que revêt la médiation administrative en amont de la phase juridictionnelle pour tous les contentieux de masse⁸³⁶, souvent relatif plus ou moins directement à des questions indemnitaires.

Si les recours administratifs sont ainsi par nature des procédures propices à la médiation administrative, il n'en est pas de même pour les recours juridictionnels.

⁸³³ Voir les articles 27 et 28 de la loi n°2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire et le décret n°2022-433 du 25 mars 2022 relatif à la procédure de médiation préalable obligatoire applicable à certains litiges de la fonction publique et à certains litiges sociaux.

⁸³⁴ Voir à titre d'exemple délibération n°2022/24 du Conseil d'administration du Centre de gestion du Pas-de-Calais, en date du 17 mai 2022, instituant la médiation préalable obligatoire et autorisant le président du Centre de gestion à signer les conventions avec les collectivités territoriales et les établissements publics du Pas-de-Calais.

⁸³⁵ BOUSTA Rhita (2021), *La notion de médiation administrative*, Ed. L'Harmattan, p.132.

⁸³⁶ FROGER Charles, « La médiation administrative : mérites et limites », AJDA 2021.495.

§2. Les recours juridictionnels, une incitation relative

Les actes susceptibles de recours sont très variés, *a contrario* des possibilités réduites tout au long du dix-neuvième siècle. L'acte administratif unilatéral constituant une décision individuelle est en effet le mode de gestion exclusif des fonctionnaires et des agents publics⁸³⁷ : tableau d'avancement, nomination, etc. Au sein de cette catégorie générale où chacun des actes peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir il est possible de distinguer le champ des mesures d'ordre intérieur (insusceptibles de recours). Ce dernier tend en effet à se réduire, car les critères d'identification de ce type de mesures ont été précisés récemment⁸³⁸ :

« Les mesures prises à l'égard d'agents publics qui, compte tenu de leurs effets, ne peuvent être regardées comme leur faisant grief, constituent de telles mesures. Il en va ainsi des mesures qui, tout en modifiant leur affectation ou les tâches qu'ils ont à accomplir, ne portent pas atteinte aux droits et prérogatives qu'ils tiennent de leur statut ou à l'exercice de leurs droits et libertés fondamentaux, ni n'emportent perte de responsabilités ou de rémunération ».

Ces mesures d'ordre intérieur peuvent néanmoins engager la responsabilité de l'administration⁸³⁹, notamment dès lors qu'il s'agit de contester ce qui peut s'apparenter à une sanction disciplinaire déguisée. Les procédures susceptibles d'être engagées par l'agent public en général et le sapeur-pompier en particulier sont en effet liées à la nature de ces actes, qui forment chacun une décision préalable de l'administration, seule susceptible d'être contestée devant la juridiction administrative⁸⁴⁰. Cette contestation peut emprunter différents types de recours, qui « ne sont pas juridiquement strictement équivalents. Un recours de plein contentieux conduit à une condamnation, un recours pour excès de pouvoir

⁸³⁷ STIRN Bernard et AGUILA Yann (2014), *Droit public français et européen*, Presses de Sciences Po, Dalloz, p.232-233.

⁸³⁸ CE, Sect., 25 sept. 2015, *B*, Rec., Req. N°372624 ; CE, 15 avril 2015, *Pôle emploi*, Rec., Req. N°373893.

⁸³⁹ CE, 9 juin 1978, *Spire*, Req. N°08397, Rec.

⁸⁴⁰ Code de justice administrative (CJA), Art. R421-1 : « La juridiction ne peut être saisie que par voie de recours formé contre une décision, et ce, dans les deux mois à partir de la notification ou de la publication de la décision attaquée. Lorsque la requête tend au paiement d'une somme d'argent, elle n'est recevable qu'après l'intervention de la décision prise par l'administration sur une demande préalablement formée devant elle ».

à une annulation. Mais il est des cas, ou pour des raisons objectives ou subjectives, les différents recours aboutissent à un résultat pratique analogue »⁸⁴¹.

Cette frontière mouvante est réelle en matière de contentieux fonction publique. Il est en effet possible pour un agent d'utiliser en plus du recours pour excès de pouvoir (REP), qui est un procès contre un acte administratif et le mode juridictionnel de contestation le plus développé, le recours de plein contentieux (RPC), procès contre une situation administrative qui permet d'aboutir à des conclusions indemnitaires⁸⁴².

A ces deux recours s'ajoutent des référés, dont la survenance doit constituer, en fonction du degré d'enkystement du conflit, un signal fort pour une médiation. Si les mesures prises par le juge administratif dans ce cadre sont provisoires et rapides⁸⁴³, elles ne sont que partielles, le magistrat n'étant pas saisi du principal. Les décisions du juge des référés n'ont pas ainsi l'autorité de la chose jugée⁸⁴⁴, mais elles sont exécutoires. En effet, la procédure en référé est plus légère que la procédure normale, accélérée par rapport à cette dernière et menée par un juge unique et expérimenté⁸⁴⁵. Le juge des référés peut en effet statuer en urgence si la situation le justifie, alors « la condition d'urgence est appréciée concrètement, objectivement, en tenant compte à la fois des effets immédiats que peut avoir l'exécution de la décision sur la situation du demandeur, de tiers, ou sur un intérêt public et des effets que pourrait avoir, notamment pour l'intérêt général, la suspension de la décision (...) en somme, l'urgence à suspendre est confrontée à l'urgence à exécuter (CE, 4 décembre 2002, Département du Nord). Il s'ensuit que des éléments purement financiers pourront être admis comme caractérisant une situation d'urgence (CE, sect., 25 avril 2001, *Ministre de l'économie c/ Sté Janfin*) »⁸⁴⁶.

Il n'est ainsi pas rare en matière de différend indemnitaire que des référés soient déposés par des agents s'estimant lésés, afin notamment de garantir leur niveau de rémunération. Il existe dans le cadre de l'urgence deux types de référés accessibles dans le

⁸⁴¹ ROUQUETTE Rémi (2016), *Petit traité du procès administratif*, édition DALLOZ, collection PRAXIS, pp.231.18.

⁸⁴² CE, 8 mars 1912, *Lafage*, Rec, Req. N°42612.

⁸⁴³ Code de justice administrative (CJA), Art. L.511-1.

⁸⁴⁴ CE, 14 septembre 2007, *ministère de la Jeunesse et de la vie associative*, Req. N°300911.

⁸⁴⁵ CJA, Art. L.511-2.

⁸⁴⁶ CHABANOL Daniel, *La pratique du contentieux administratif*, 12^{ème} édition, LEXIS-NEXIS, p.355.

cadre d'un contentieux fonction publique⁸⁴⁷, les conditions d'accès restreintes à ces derniers pouvant néanmoins amener le différend à s'envenimer⁸⁴⁸, ce qui pourrait d'ailleurs de manière incidente à envisager une médiation administrative dans les plus brefs délais.

Le référé suspension⁸⁴⁹ est tout d'abord le plus utilisé en contentieux de la fonction publique, notamment parce que ses conditions d'admission sont moins strictes que le référé-liberté où le caractère de l'urgence doit être particulièrement étayé⁸⁵⁰. S'il permet de suspendre le privilège du préalable de l'administration et donc l'exécution d'une décision « il ne peut concerner qu'une décision administrative faisant l'objet d'une requête au fond »⁸⁵¹. L'absence de cette dernière peut ainsi motiver une décision de rejet⁸⁵², la demande de suspension étant par ailleurs dépourvue d'objet et donc irrecevable si la requête au fond a un effet suspensif ou si la décision contestée est déjà exécutée. Dans le cas contraire « l'octroi de la suspension n'est plus soumis à la démonstration que la décision attaquée est illégale : il suffira qu'un doute sérieux naisse sur sa légalité, au vu des moyens invoqués (et des moyens d'ordre public que le juge peut être amené à relever d'office ...), et en l'état de l'instruction, ce qui souligne le caractère conservatoire de la mesure envisagée »⁸⁵³. Le référé suspension peut ainsi être utilisé lors d'une radiation des cadres d'office⁸⁵⁴ et, de manière plus générale, pour surseoir à l'exécution de toute décision ayant des conséquences pécuniaires importantes⁸⁵⁵.

⁸⁴⁷ STIRN Bernard et AGUILA Yann (2014), *Droit public français et européen*, Presses de Sciences Po, Dalloz, p.617 et suivantes. Il existe plusieurs types de référés : référé constat, référé provision, référé contractuel et précontractuel, référé mesures utiles, référé suspension, référé instruction, référé liberté. Si les référés contractuel et précontractuel ne sont pas appelés à s'appliquer au droit de la fonction publique, ce n'est pas les autres référés, un référé instruction pouvant trouver à prospérer en droit de la fonction publique pour demander par exemple la réalisation d'une expertise médicale.

⁸⁴⁸ Entretien avec Maître Jean-Louis Panfili, avocat au barreau de Montauban spécialisé en contentieux fonction publique, qui relève que l'admission de la procédure en référé d'un différend entre un agent et son administration sous le sceau de l'urgence est difficile. Selon lui, un assouplissement de cette condition d'urgence permettrait au référé de contribuer à restaurer la relation d'emploi, qu'une médiation a vocation à réparer si elle n'a pas trop été détériorée par le temps judiciaire.

⁸⁴⁹ Code de justice administrative (CJA), Art. L.521-1.

⁸⁵⁰ ROUQUETTE Rémi (2016), *Petit traité du procès administratif*, édition DALLOZ, collection PRAXIS, pp.621.81.

⁸⁵¹ BERTHOUD Joël (2015), *Pratique du contentieux de la Fonction publique*, Les éditions du Panthéon, p.231.

⁸⁵² CE, Ord. du juge des référés, 31 janvier 2001, Req. N°229484, Rec.

⁸⁵³ BERTHOUD Joël, *Pratique du contentieux de la fonction publique*, éditions du Panthéon, p.357

⁸⁵⁴ Voir à cet effet les conclusions de CYTERMANN Laurent, rapporteur public sous CE, 3^{ème}s et 8^{èmes} chambres réunies, 3 février 2022, *SDIS de la Réunion c/ M.F.C.*, Req. N°442354.

⁸⁵⁵ BERTHOUD Joël (2015), *Pratique du contentieux de la Fonction publique*, Les éditions du Panthéon, p.234-235.

Le référé liberté permet ensuite au juge administratif d'ordonner toute mesure nécessaire à la sauvegarde d'une liberté fondamentale « à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté dans l'exercice de l'un de ses pouvoirs une atteinte grave et manifestement illégale »⁸⁵⁶. Ce référé, pendant de la voie de fait, est très rarement utilisé en contentieux de la fonction publique. Le référé « mesures utiles »⁸⁵⁷ permet en dernier lieu au juge administratif d'ordonner toute mesure utile sans faire obstacle à l'exécution d'aucune mesure administrative. Ce référé, dont le caractère est résiduel, peut être utilisé pour demander par exemple la communication d'un document administratif⁸⁵⁸. Il existe par ailleurs plusieurs référés « ordinaires », en dehors de toute situation d'urgence. Le référé instruction et le référé provision sont les plus utilisés en contentieux de la fonction publique⁸⁵⁹, car ils permettent pour le premier d'obtenir une expertise particulière, pour le second de demander le versement rapide d'une somme d'argent qui est due par l'administration.

Tout référé peut par conséquent être considéré comme un signal en matière de médiation administrative. En effet, le plus souvent doublé d'une requête au fond, il peut tout à fait quelle que soit son issue, en fonction des faits et des circonstances, amener l'administration à envisager de procéder sans délai à une médiation administrative.

L'incitation à la médiation est cependant moins systématique sur les recours au fond, quelle que soit leur nature (recours pour excès de pouvoir ou recours de plein contentieux). La jurisprudence *Lafage*⁸⁶⁰ permet en effet aux agents publics d'utiliser le recours pour excès de pouvoir contre des décisions administratives à objet purement pécuniaire. Cette jurisprudence est fondamentale dans le contentieux fonction publique car elle permet aux agents publics « d'exercer le recours pour excès de pouvoir contre des décisions administratives à objet purement pécuniaire, qui seraient susceptibles d'un recours de plein contentieux indemnitaire. Il peut s'agir de la décision de refuser, de suspendre ou de supprimer un avantage pécuniaire prévu dans un texte, ou bien des décisions de prélever certaines sommes sur la rémunération d'un agent, à l'exclusion des ordres de recette et états

⁸⁵⁶ Ibid., p.244.

⁸⁵⁷ Code de justice administrative (CJA), Art. L.521-3.

⁸⁵⁸ BERTHOUD Joël (2015), *Pratique du contentieux de la Fonction publique*, Les éditions du Panthéon, p.255.

⁸⁵⁹ Ibid., p.261 et suivantes.

⁸⁶⁰ CE, 8 mars 1912, *Lafage*, Rec, Req. N°42612.

exécutoires »⁸⁶¹. Ainsi, « dans les cas où une option est ouverte au requérant entre le recours pour excès de pouvoir et le recours de pleine juridiction, la détermination du recours est fonction des conclusions, telles qu'elles résultent des termes mêmes des requêtes. »⁸⁶².

Il est ainsi habituel d'examiner en contentieux de la fonction publique des requêtes mixtes. Examinées par le président de la juridiction après une analyse de la procédure, de ses tenants et de ses aboutissants, la proposition de médiation n'apparaît pas néanmoins et à première vue comme particulièrement liée à un stimulus particulier. Est-il cependant possible de mettre à jour des critères qui permettraient d'identifier clairement la pertinence d'une médiation ?

Le classement des recours en matière de contentieux fonction publique, dans la perspective d'identifier des facteurs propice à la médiation, est une affaire ardue. Deux approches semblent néanmoins envisageables. La première consiste à analyser l'adéquation entre les normes de référence qui permettent de fonder un contentieux administratif et le processus de médiation administrative (A). La seconde vise à étudier de quelle manière la nature des différends comporte en elle-même un intérêt pour le processus de médiation (B).

A. A la recherche d'un lien entre les normes fondant le contentieux et le processus de médiation

A l'instar de tout le contentieux administratif « le juge administratif exerce son contrôle de légalité sur les décisions administratives au regard de normes de référence, qui s'établissent suivant une hiérarchie bien connue : principes constitutionnels, traités et engagements internationaux, loi et principes généraux du droit à valeur législative, règlements »⁸⁶³. La pyramide de Kelsen permet ainsi d'étager et de typer ces normes de référence, qui vont constituer la base des moyens pouvant fonder la prétention des agents. Peut-il y avoir un lien entre la nature de ces normes et le processus de médiation, qui suppose avant tout une capacité à transformer un conflit pour trouver un accord ? Les normes

⁸⁶¹ BERTHOUD Joël (2015), *Pratique du contentieux de la Fonction publique*, Les éditions du Panthéon, p.62.

⁸⁶² CE, 8 mars 1912, *Lafage*, Rec, Req. N°42612.

⁸⁶³ BERTHOUD Joël (2015), *Pratique du contentieux de la Fonction publique*, Les éditions du Panthéon, p.353.

constitutionnelles et européennes seront examinées tout d'abord (I), puis les principes législatifs, les principes généraux du droit (PGD) et le statut (II).

I. Les normes constitutionnelles et européennes

En premier lieu, les principes relatifs au service public que sont la continuité, l'égalité, la neutralité et la mutabilité, fondent grandement la situation juridique des fonctionnaires et des agents publics. Le principe de continuité⁸⁶⁴ sert tout d'abord de base constitutionnelle au principe hiérarchique⁸⁶⁵, à l'occupation des emplois civils par des fonctionnaires⁸⁶⁶, au principe du service fait⁸⁶⁷ et à l'obligation de protection fonctionnelle⁸⁶⁸. Le principe d'égalité se décline quant à lui en principe d'égal accès aux emplois publics⁸⁶⁹ et en principe d'égalité de traitement pour les fonctionnaires d'un même corps⁸⁷⁰, qui fonde en particulier une jurisprudence abondante. La neutralité et la laïcité du service public⁸⁷¹ fondent quant à elles la limitation à la liberté constitutionnelle de conscience et d'opinion. L'adaptabilité aux mutations de l'intérêt général ou mutabilité justifie enfin certaines prérogatives de l'administration dans ses relations avec les agents⁸⁷², comme le fait de suspendre temporairement les agents de leurs fonctions.

En second lieu les bases constitutionnelles des droits et garanties des agents permettent de concilier l'exercice de la citoyenneté avec la spécificité des fonctions tenues par les fonctionnaires et les agents publics. Si elles visent tout d'abord à encadrer la liberté d'expression avec les obligations de réserve⁸⁷³ et de discrétion professionnelle⁸⁷⁴, elles

⁸⁶⁴ Ibid., p.356.

⁸⁶⁵ CE, Sect., 7 février 1936, *Jamart*, Rec. ; CE, 19 novembre 1971, *Demoiselle X*, Req. N°81989. Ce principe permet notamment d'annuler ou de modifier, sur recours hiérarchique, les décisions de l'administration.

⁸⁶⁶ CE, 24 juillet 2009, *Melle Ragot*, Req. N°311850, Rec.

⁸⁶⁷ Le principe du service fait postule que la rémunération des agents est conditionnée par la vérification du service fait : cf. CE, Sect., 27 juillet 2012, *M. Bourdois*, N°344801.

⁸⁶⁸ CE, 5 mai 1971, *Sieur Gillet*, Req. N°79494, Rec.

⁸⁶⁹ CC, 14 janvier 1983, n°82-153 DC.

⁸⁷⁰ CC, 12 septembre 1984, N°84-179 DC.

⁸⁷¹ CC, 18 septembre 1986, N°86-217 DC.

⁸⁷² BERTHOUD Joël (2015), *Pratique du contentieux de la Fonction publique*, Les éditions du Panthéon, p.362.

⁸⁷³ CE, 31 janvier 1919, *Terrisse*, Rec. ; CE, 11 janvier 1935, *Bouzanquet*, Req. N°40842 ; CE, 1^{er} octobre 1954.

⁸⁷⁴ Voir notamment CE, 4 mai 1983, *ministère de l'économie et des finances c/ Skorski*, Rec. ; CE, 5 février 2014, *M. Pichon*, Req. N°371396.

permettent également de garantir le droit de grève⁸⁷⁵ et le droit syndical⁸⁷⁶, qu'elles concilient dans le même temps avec l'obligation de continuité du service public⁸⁷⁷. Elles prémunissent également les fonctionnaires et les agents publics d'entraves aux droits de la défense⁸⁷⁸, en garantissant par ailleurs la présomption d'innocence⁸⁷⁹, la légalité des peines⁸⁸⁰ et le principe d'individualisation des délits et des peines⁸⁸¹.

En troisième et dernier lieu il convient de noter que « le juge administratif se reconnaît le pouvoir d'assurer la primauté des normes internationales sur toutes les normes internes, quelle que soit la date d'édiction de ces normes »⁸⁸², mais aussi qu'il se reconnaît le pouvoir de les interpréter⁸⁸³ : « Encore faut-il, pour que le juge applique la norme internationale, que le moyen tiré de la violation de cette norme soit invoqué : en effet, ce moyen n'est pas d'ordre public – sauf cas exceptionnel »⁸⁸⁴. L'éventail des normes internationales invocables étant surtout d'essence européenne, il est très large : traités communautaires, droit dérivé (règlements européens et directives européennes), etc. La convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDHLF) est cependant largement invoquée en contentieux fonction publique : ses articles 6 (droit à un procès équitable et présomption d'innocence), 7 (légalité des peines) et 8 (droit au respect de la vie privée et familiale), ainsi que son premier protocole additionnel (respect des biens), permettent en effet de fonder un grand nombre de moyens⁸⁸⁵.

Comme il est possible de l'observer, il ne se dégage pas à ce stade de lien particulier entre l'invocation de normes constitutionnelles et internationales d'une part et la médiation d'autre part. Le droit de la fonction publique demeurant « pour l'essentiel un ensemble de

⁸⁷⁵ CC, 25 juillet 1979, N°79-105 DC ; CC, 12 mars 2012, N°2012-650 DC ; CE, 7 juillet 1950, *Dehaene*, Rec.

⁸⁷⁶ CE, 27 septembre 2000, *M. Rocca*, Req. N°189318.

⁸⁷⁷ CE, Sect., 17 mars 1997, *Fédération nationale des syndicats du personnel de l'industrie de l'énergie électrique, nucléaire et gazière*, Rec.

⁸⁷⁸ CE, 5 mai 1944, *Veuve Trompier-Gravier*, Rec.

⁸⁷⁹ CE, 21 juillet 1995, *Capel*, Req. N°151765.

⁸⁸⁰ DDHC, article 8 ; CC, 24 octobre 2014, N°2014-423 QPC.

⁸⁸¹ CC, 3 février 2012, N°2011-218 QPC.

⁸⁸² BERTHOUD Joël (2015), *Pratique du contentieux de la Fonction publique*, Les éditions du Panthéon, p.397 ; CE, 20 octobre 1989, *Nicolo*, Rec.

⁸⁸³ CE, Ass., 29 juin 1990, *GISTI*, Rec.

⁸⁸⁴ BERTHOUD Joël (2015), *Pratique du contentieux de la Fonction publique*, Les éditions du Panthéon, p.397.

⁸⁸⁵ *Ibid.*, p.397 et suivantes.

normes internes », examinons leur hiérarchie spécifique : les principes législatifs, les principes généraux du droit de valeur infra législative et supra décrétole, les normes réglementaires.

II. Les principes législatifs, les principes généraux du droit et le statut

Les principes législatifs et les garanties accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'État, visées par l'article 34 de la Constitution, sont entièrement contenus dans l'actuel statut général, codifié dans le code général de la fonction publique (CGFP). Les principes généraux du droit (PGD) ont quant à eux été dégagés le plus souvent par le juge judiciaire dans le cadre de litiges relatifs aux relations de travail, puis transposés par le juge administratif : interdiction de licencier un agent en état de grossesse⁸⁸⁶, obligation à minima de rémunérer les agents salaire moyen individuel de croissance⁸⁸⁷, interdiction des sanctions pécuniaires infligées par l'employeur⁸⁸⁸, prohibition de mesures discriminatoires en cas de grève⁸⁸⁹, etc. Notons que si l'obligation de reclassement est à la fois un PGD et une règle statutaire, elle fait l'objet de développements exhaustifs⁸⁹⁰. Enfin, la grande quantité et diversité des règles statutaires permet de fonder un très grand nombre de moyens de légalité interne et externe.

Il apparaît ainsi que ni les principes législatifs, ni les PGD et le statut ne permettent, dès lors qu'ils sont invoqués par un agent, de dégager un lien évident avec la médiation. Chercher ainsi à établir une adéquation « naturelle » entre les normes fondant le contentieux fonction publique et la médiation administrative apparaît ainsi comme une impasse. Pour cette raison, il a été recherché un lien entre le fond des affaires et l'opportunité de lancer une médiation.

⁸⁸⁶ CE, Ass., 8 juin 1973, *Dame Peynet*, Req. N°80232, Rec.

⁸⁸⁷ CE, Sect., 23 avril 1982, *ville de Toulouse c/ Aragnou*, Req. N°36851, Rec.

⁸⁸⁸ CE, Ass., 1^{er} juillet 1988, *Billard et Volle*, Req. N°66405, Rec.

⁸⁸⁹ CE, 12 novembre 1990, *Malher*, Req. N°42875, Rec.

⁸⁹⁰ BERTHOUD Joël (2015), *Pratique du contentieux de la Fonction publique*, Les éditions du Panthéon, p.430-434.

B. A la recherche d'un lien entre le fond des affaires et le processus de médiation

Le contentieux des situations réglementaires individuelles, branche particulière du contentieux fonction publique, peut être classifié de différentes façons. Ces taxonomies particulières peuvent-elles aider à échauffer une grille d'analyse de la pertinence d'une médiation, à laquelle elles pourraient être rattachées ?

Si la doctrine s'est largement intéressée depuis le Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux du professeur Edouard Laferrière à la manière de classer les recours et la jurisprudence administrative, force est de constater qu'elle n'a pas ou que trop peu précisé cette typologie. S'il est vrai que « le contentieux des litiges (...) concernant la fonction publique ne reflète aucun particularisme prononcé » il recèle toutefois « quelques spécificités »⁸⁹¹, la première d'entre elle étant le caractère souvent personnel des litiges qu'il a à connaître. Ainsi, selon le Conseil d'État le contentieux fonction publique se structure autour de cinq grands « pôles »⁸⁹² : la gestion des cadres d'emploi, les droits et les obligations, le recrutement, la carrière et le parcours professionnel, les modalités d'emploi et les droits sociaux. Eux-mêmes déclinés en un grand nombre de sujets, ils ne laissent pas apparaître de lien particulier avec la médiation, qui présuppose de transformer un conflit afin de restaurer le lien managérial par un accord entre les parties.

Les grands arrêts de la jurisprudence administrative⁸⁹³ semblent d'un meilleur secours. Ils mettent en relief quatre grandes thématiques dans le chef des particuliers, qui sont le plus souvent demandeur dans le contentieux subjectif en matière de droit de la fonction publique : la responsabilité administrative et l'organisation du service (I), l'illégalité fautive et le vice de procédure (II).

⁸⁹¹ CE, 2017, Le juge administratif, juge de la fonction publique, Les dossiers thématiques du Conseil d'État, p.2.

⁸⁹² CE, 2020, *L'essentiel de la jurisprudence du droit de la fonction publique – Recueil de commentaires de jurisprudences applicables aux agents publics*, sous la direction de DUTHEILLET DE LAMOTHE Louis, LABRUNE Nicolas, FIROUD Marc.

⁸⁹³ LONG Marceau, WEIL Prosper, BRAIBANT Guy, DEVOLVE Pierre, GENEVOIS Bruno, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Éditions LEFEBVRE-DALLOZ.

I. La responsabilité administrative et l'organisation du service

La première thématique est celle de la responsabilité administrative. La décision du Tribunal des conflits TC, 8 février 1873, *Blanco* entraîne la reconnaissance de la responsabilité du service public, quand la décision CE 21 juin 1895 *CAMES* étend la responsabilité de l'administration en fonction du risque auquel elle expose ses agents. Par cette décision, la Haute Assemblée reconnaît bien avant l'existence légale des risques professionnels la responsabilité de l'administration en cas d'exposition de ses agents à des risques liés à leur emploi. Cette jurisprudence constitue l'origine de l'extension de la responsabilité pour risque à d'autres hypothèses. Parmi elles, il est ainsi possible aux agents « occasionnels » de trouver dans la théorie du risque un fondement à l'indemnisation des préjudices subis à cette occasion (cf. CE, 22 novembre 1946, *Commune de Saint-Just-la-Plaine*)⁸⁹⁴, rien ne semblant faire obstacle à ce qu'un sapeur-pompier volontaire se prévale de cette qualification.

Il convient de plus de noter que cet arrêt de principe a été complété par une règle jurisprudentielle dégagée par la décision CE, 12 janvier 1906, *Paillotin*, dite du « forfait de pension ». Cette règle dispose que l'agent qui bénéficie d'une indemnité forfaitaire ne peut pas obtenir une indemnisation complémentaire « par la mise en œuvre de la responsabilité administrative et civile de droit commun »⁸⁹⁵, afin de prémunir l'administration de tout autre type d'engagement de sa responsabilité. Cette règle est cependant écartée dans certains cas depuis la décision CE, Ass., 4 juillet 2003, *Moya-Caville*⁸⁹⁶ qui précise que le fonctionnaire « qui a enduré, du fait de l'accident ou de la maladie, des souffrances physiques ou morales et des préjudices esthétiques ou d'agrément ou des troubles dans ses conditions d'existence, peut obtenir de la collectivité qui l'emploie, même en l'absence de faute de celle-ci, une indemnité complémentaire de la pension d'invalidité ou de l'allocation temporaire d'invalidité réparant ces chefs de préjudice, distincts de l'atteinte à l'intégrité physique »⁸⁹⁷. Ce fonctionnaire peut également « engager contre la collectivité une action de droit commun pouvant aboutir à la réparation intégrale de l'ensemble du dommage, dans le cas notamment où l'accident ou la maladie serait imputable à une faute de nature à engager la responsabilité de cette collectivité

⁸⁹⁴ Ibid.

⁸⁹⁵ TAILLEFAIT Antony (2019), *Droit de la fonction publique*, Éditions DALLOZ, 8^{ème} édition, p.296.

⁸⁹⁶ DELIANCOURT Samuel (2003), « La règle du forfait de pension n'est plus », AJFP, 2003, p.25.

⁸⁹⁷ TAILLEFAIT Antony (2019), *Droit de la fonction publique*, Éditions DALLOZ, 8^{ème} édition, p.297.

ou à l'état d'un ouvrage public dont l'entretien incombait à celle-ci »⁸⁹⁸. Si les sapeurs-pompiers professionnels (SPP) relèvent bien entendu de ce nouveau régime, il aura fallu attendre la décision CE, 7 novembre 2019, Req. N°409330 pour que la Haute Assemblée signifie la fin du forfait de pension pour les sapeurs-pompiers volontaires (SPV)⁸⁹⁹. Notons enfin que les décisions *Laruelle* et *Delville* admettent la possibilité d'exercer une action récursoire contre un agent en raison d'une faute commise par lui. Ces deux arrêts, qui affinent le système mis en place par la décision TC, 30 juin 1873, *Pelletier*, admettent « la possibilité pour l'administration d'exercer une action récursoire contre son agent lorsqu'elle a été condamnée au versement de dommages et intérêts à raison d'une faute commise par lui et, de façon réciproque, la possibilité pour un agent d'être remboursé par l'administration d'une partie des sommes au paiement desquelles il a été condamné, en cas de partage de responsabilité »⁹⁰⁰.

La deuxième thématique est celle de l'organisation et de la continuité du service. En effet, par la décision CE, 7 juillet 1950, *Dehaene* le juge administratif énonce qu'en l'absence de loi applicable, il appartient aux chefs de service de réglementer leur service pour assurer la continuité du service public. Le Conseil d'État se trouvait alors dans une position délicate, car si le Préambule de la Constitution de 1946, toujours intégré au bloc de constitutionnalité, énonçait que « le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglemente », il n'existait alors que quelques textes permettant de réglementer le droit de grève de certains fonctionnaires du ministère de l'intérieur. En estimant que le droit de grève doit à la fois être limité pour des motifs évidents d'ordre public, mais aussi admis pour que les droits des fonctionnaires ne soient pas lésés par rapport à ceux des salariés du privé, le Conseil d'État a jugé qu'il revenait au chef de service de réglementer le droit de grève pour assurer la continuité du service public. Cette continuité sera ainsi élevée au rang de principe à valeur constitutionnelle par une décision du 25 juillet 1979⁹⁰¹. Mais il existe également la continuité de service au sens le plus littéral du terme, particulièrement importante dans les services d'incendie et de secours dont l'activité est continue. L'autorité territoriale dispose en effet de

⁸⁹⁸ Ibid., p.297.

⁸⁹⁹ DE MONTECLER Marie-Christine (2019), « La fin du forfait de pension pour les sapeurs-pompiers », AJDA 2019, Dalloz actualités du 14 novembre 2019.

⁹⁰⁰ CE, 28 juillet 1951, *Laruelle et Delville*, Rec.

⁹⁰¹ CC, 25 juillet 1979, Décision n°79-105 DC, Loi modifiant les dispositions de la loi 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée de la télévision.

la faculté d'organiser le travail vingt-quatre heures sur vingt-quatre, ce qui peut en fonction de certaines circonstances locales, souvent limitées dans le temps, générer de fortes tensions dans les services des SDIS.

Ces deux premières thématiques ne laissent pas apparaître de liens évidents avec la médiation administrative. En effet, de manière tautologique l'administration doit s'organiser pour agir, tout comme l'entreprise privée : son action en matière de gestion de ses ressources humaines peut être contestée, en toute logique, sur le champ de la responsabilité. Les cas d'engagement de cette dernière sont néanmoins infinis, dépendant des circonstances d'espèce. Ces deux premiers thèmes isolés comme tels par les grands arrêts de la jurisprudence administrative ne permettent donc pas d'établir un lien puissant avec la médiation administrative, dont la concrétisation semble plus liée à la volonté des parties qu'au « thème » du litige.

II. L'illégalité fautive et le vice de procédure

La troisième thématique est celle de l'illégalité fautive, la jurisprudence Lafage permettant aux agents publics le recours pour excès de pouvoir contre des décisions administratives à objet purement pécuniaire. Elle prend une tournure particulière dès lors que l'acte illégal est créateur de droits. Avec la décision CE, 3 novembre 1922, *Dame Cachet* le Conseil d'État juge que l'administration ne peut retirer un acte individuel créateur de droits que s'il est illégal et avant qu'il ne soit devenu définitif. Cette décision majeure « a fondé le droit le droit applicable en matière de décisions créatrices de droit, en conciliant la nécessité de permettre à l'administration de retirer une décision dont elle s'aperçoit qu'elle est illégale et le souci d'assurer la sécurité juridique des décisions individuelles »⁹⁰². Cette jurisprudence a néanmoins subi plusieurs aménagements⁹⁰³ qui ont notamment amené le juge administratif à considérer qu'un acte irrégulièrement notifié pouvait encore faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Cet ensemble jurisprudentiel générant néanmoins des instabilités dans la gestion des situations individuelles, il fut décidé d'y remédier avec la jurisprudence *Ternon*, où

⁹⁰² CE, analyse de la décision Dame Cachet : <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/conseil-d-etat-3-novembre-1922-dame-cachet>.

⁹⁰³ CE Ass., 6 mai 1966, *Ville de Bagneux*, Req. N°55283 ; CE Sect. 14 novembre 1969, *E...*, Req. N°74930 ; CE, Ass., 24 octobre 1997, *Mme de L...*, Req. N°123950.

le Conseil d'État juge que l'administration dispose d'un délai de quatre mois, à compter de la prise de décision, pour retirer un acte individuel créateur de droits entaché d'illégalité. Cette solution est valable que le délai de recours ait ou non couru à l'égard des tiers et que l'acte soit ou non devenu définitif à l'égard de ceux-ci. Cette décision « fixe un nouveau point d'équilibre entre la protection des droits acquis par le bénéficiaire de l'acte créateur de droit et la sauvegarde de la légalité »⁹⁰⁴, qui elle va fortement évoluer à partir de 2004. La jurisprudence AC !⁹⁰⁵ vient en effet conférer au juge administratif la capacité de moduler dans le temps, pour des motifs de sécurité juridique, l'annulation d'un acte illégal créateur de droit. Dans cette décision, la Haute Assemblée admet pour la première fois qu'il puisse être dérogé, à titre exceptionnel, au processus d'annulation rétroactive d'un acte illégal (qui est supposé n'avoir jamais existé), lorsqu'il « est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets ». Dans l'hypothèse où un tel cas se présente « le juge doit alors recueillir les observations des parties puis, après avoir examiné l'ensemble des critiques relatives à la légalité de l'acte en cause, il met en balance les conséquences de la rétroactivité de l'annulation avec le principe de légalité et le droit des justiciables à un recours effectif pour décider s'il y a lieu d'en limiter les effets dans le temps »⁹⁰⁶. Ces jurisprudences sont particulièrement opérantes en contentieux fonction publique, notamment sur des annulations de promotion, d'affectation, de service d'une régime indemnitaire, etc...⁹⁰⁷. En effet, gérer des agents publics ne se fait pas sans heurts et sans erreurs, ce qui implique de concilier la possibilité pour les services de ressources humaines de modifier des décisions individuelles, mais aussi de garantir ou de moduler le principe de du droit acquis.

⁹⁰⁴ CE, analyse de la décision Ternon : <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/conseil-d-etat-26-octobre-2001-m.-ternon>.

⁹⁰⁵ CE, Assemblée, 11 mai 2004, Association AC ! et autres, Req. N°255886, Rec.

⁹⁰⁶ CE, Analyse de la décision AC ! : <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/conseil-d-etat-assemblee-11-mai-2004-association-ac-!-et-autres>.

⁹⁰⁷ Voir pour exemple CE, 12 décembre 2007, Req. N°296072 qui annule le décret nommant un magistrat : « considérant que l'irrégularité de la nomination d'un magistrat est de nature à entraîner la nullité des jugements et procédures auxquels il a concouru ; qu'il résulte du supplément d'instruction auquel il a été procédé que, compte tenu de la nature du motif d'annulation retenu et alors qu'aucun autre moyen n'est de nature à justifier l'annulation prononcée par la présente décision, l'annulation rétroactive de la nomination de M. A porterait, eu égard à la nature et à la durée des fonctions qu'il a exercées en qualité de procureur de la République près le tribunal de grande instance de Narbonne, une atteinte manifestement excessive au fonctionnement du service public de la justice ; que, dès lors, il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de ne prononcer l'annulation de la nomination de M. A qu'à l'expiration d'un délai d'un mois à compter de la date de la présente décision.

La quatrième et dernière thématique est ainsi celle du vice de procédure, notamment celui entachant une procédure consultative préalable. La décision *Danthony*⁹⁰⁸ rappelle en effet le principe selon lequel un vice affectant une procédure consultative préalable à une décision prive le destinataire de la décision d'une garantie et peut ainsi entraîner l'annulation de cette décision. Cette décision rappelle que « le principe selon lequel, si les actes administratifs doivent être pris selon les formes et conformément aux procédures prévues par les lois et règlements, un vice affectant le déroulement d'une procédure administrative préalable, suivie à titre obligatoire ou facultatif, n'est de nature à entacher d'illégalité la décision prise que s'il ressort des pièces du dossier qu'il a été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise ou qu'il a privé les intéressés d'une garantie ». Cette jurisprudence est ainsi largement utilisée en contentieux fonction publique, notamment combinée avec la jurisprudence *Ternon*⁹⁰⁹, pour valider une décision administrative ressentie par l'agent comme irrégulière.

L'illégalité fautive et le vice de procédure peuvent ainsi constituer des griefs comportant une sensibilité particulière, tant au point de vue psychologique que managérial. Ces derniers sont néanmoins d'une grande diversité, liés aux circonstances et au fond de l'affaire. Si là aussi il est difficile d'établir un lien évident avec la pertinence d'une médiation, seule reste cette notion générale et imprécise de l'erreur⁹¹⁰. Volontaire ou involontaire, du fait de l'agent ou de l'administration, elle fonde les moyens de légalité externe et interne qui vont fonder un recours contentieux. Il convient par conséquent de préciser ce lien entre l'erreur et la médiation par d'autres angles d'analyse.

⁹⁰⁸ CE, Ass., 23 décembre 2011, *Danthony*, Req. N°335033, Rec.

⁹⁰⁹ CE, 7 février 2020, Req. N°428625 ; TA Cergy-Pontoise, 25 juin 2012, *Ville de Puteaux c/Mme S*, Req. N°1110455.

⁹¹⁰ STIRN Bernard et AGUILA Yann (2014), *Droit public français et européen*, Presses de Sciences Po, Dalloz, p.599 et suivantes. Les erreurs peuvent être multiples : erreur de droit, erreur de fait, erreur de qualification juridique... On notera incidemment que si un droit à l'erreur a été aménagé pour les citoyens par la loi n°2018-727 du 10 août 2018 pour un État au service d'une société de confiance, il n'existe pas de facto pour l'administration, ou alors de manière indirecte avec les processus de recours administratif préalable obligatoire ou de médiation préalable obligatoire. Ces derniers semblent en effet indiquer par leur existence même le fait que l'administration puisse se tromper.

Section 2 : L'économie du conflit, une analyse alternative ?

La section 1 a permis d'expliquer pourquoi les recours administratifs étaient des signaux forts pour la médiation administrative, mais aussi d'identifier le lien fort entre la médiation administrative et l'erreur, commise par l'agent ou l'administration. L'immensité des champs de quérulence qu'ouvrent ces deux « signaux » apparaît néanmoins problématique, car elle empêche d'établir un lien direct entre le fond des affaires et le processus de la médiation administrative. Il est donc nécessaire d'approfondir la recherche en explorant d'autres angles d'analyse.

A la lumière de la logique procédurale, mais aussi plus largement de la logique proprement économique en droit, il semble ainsi tour à tour pertinent de s'intéresser aux modalités de contrôle du juge administratif (A), mais aussi à la dimension proprement indemnitaire des recours (B), car quel que soit le litige « le juge du fond contrôle la légalité des décisions prises par l'employeur public vis-à-vis de ses agents, tire éventuellement les conséquences de leur illégalité, et répare les préjudices qui en résultent »⁹¹¹.

§1. Le contrôle du juge administratif

Un très grand nombre de contentieux fonction publique naissent de l'insuffisance de motivations des actes administratifs venant régler la situation administrative des agents⁹¹². L'article L.211-2 du code des relations du public avec l'administration (CRPA) dispose ainsi que « les personnes physiques ou morales ont le droit d'être informées sans délai des motifs des décisions administratives individuelles défavorables qui les concernent », exigeant par conséquent la motivation des décisions qui restreignent l'exercice des libertés publiques. Il en est ainsi des décisions qui constituent une mesure de police, infligent une sanction, subordonnent l'octroi d'une autorisation à des conditions restrictives, imposent des sujétions, retirent ou abrogent une décision créatrice de droits, opposent une prescription, une forclusion ou une déchéance, refusent un avantage dont l'attribution constitue un droit pour les personnes qui remplissent les conditions légales pour l'obtenir, refusent une autorisation

⁹¹¹ BERTHOUD Joël, *Pratique du contentieux de la fonction publique*, éditions du Panthéon, p.471.

⁹¹² BOUSTA Rhita (2021), *La notion de médiation administrative*, Ed. L'Harmattan, p.183 à 185.

sauf lorsque la communication des motifs pourrait être de nature à porter atteinte à un secret ou à un intérêt protégé, rejettent un recours administratif dont la présentation est obligatoire préalablement à tout recours contentieux en application d'une disposition législative ou réglementaire.

Saisi d'un litige en matière de fonction publique, le juge administratif n'a souvent la possibilité que d'effectuer un contrôle restreint sur les actes qui lui sont soumis, l'administration disposant d'un large pouvoir d'appréciation dans la gestion de ses ressources humaines. En effet, « entre contrôle normal et absence de contrôle existe une situation intermédiaire : même en présence d'un pouvoir discrétionnaire, le juge exerce un contrôle restreint, limité à l'erreur manifeste d'appréciation commise par l'administration »⁹¹³. Effectué dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir (REP), il appartient alors au juge administratif de « pouvoir de censurer l'appréciation (...) portée par l'autorité administrative qu'en cas d'erreur manifeste »⁹¹⁴.

En matière de contentieux fonction publique le recours pour excès de pouvoir (REP) poursuit en effet deux objectifs. Le premier est de retirer une décision illégale, à portée générale et impersonnelle ou bien individuelle (contentieux de la légalité d'un acte). La gestion des ressources humaines dans les collectivités en général et dans les services départementaux d'incendie et de secours (SDIS) en particulier, amène le plus souvent l'administration à prendre des décisions administratives individuelles, relevant de la vaste catégorie des actes administratifs unilatéraux. Ces décisions doivent être motivées, conformément aux articles L.211-2 et L.211-3 du code des relations du public avec l'administration (CRPA). La décision visée, si elle est annulée, est dès lors censée n'avoir jamais existé dans l'ordre juridique. Un tempérament a néanmoins été apporté à cette règle par la jurisprudence AC !, dès lors que « l'effet rétroactif de l'annulation (de l'acte) est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets »⁹¹⁵. Au motif de la nécessaire sécurisation des actes

⁹¹³ STIRN Bernard et AGUILA Yann (2014), *Droit public français et européen*, Presses de Sciences Po, Dalloz, p.607.

⁹¹⁴ CAA LYON, 28 septembre 2022, N°20LY02577 où le juge censure l'appréciation d'un SDIS mettant fin au détachement d'un officier de la Brigade de sapeurs-pompiers de Paris dans le cadre d'emploi de capitaine de sapeurs-pompiers professionnels.

⁹¹⁵ CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC !*, Req. N°255886, Rec.

juridiques le juge de l'excès de pouvoir a ainsi la capacité de décider du caractère définitif des actes pris sur le fondement de l'acte en cause, de prononcer l'annulation à une date ultérieure...

Le second objectif est de retirer une décision ne garantissant pas le principe d'égalité et de non-discrimination, l'acte n'étant pas illégal en ce qu'il interdit ou autorise. La reconnaissance de cette « illégalité négative »⁹¹⁶ entraîne ainsi l'annulation de l'acte « en tant qu'il ne procède pas... ». Le recours excès de pouvoir (REP) va ainsi venir sanctionner une « rupture d'égalité », l'égalité étant un principe constitutionnel mais aussi un principe général du droit permettant « au Conseil d'État d'affirmer qu'à situation égale, le traitement doit être le même, dont il découle une interdiction de procéder à des discriminations. Trois limites sont toutefois posées : la discrimination est possible si la loi l'autorise, si l'intérêt général le justifie ou si la situation présente des différences qui justifient la différence de traitement (CE 10 mai 1974, Denoyez et Chorques, nos 88032, 88148 et Cons. const. 12 juill. 1979, n° 79-107 DC, Pont à péage) »⁹¹⁷.

Il existe ainsi quatre ouvertures possibles de REP, résultant de quatre faits générateurs possibles : des vices d'incompétence, des violations de forme, des détournements de pouvoir, une fausse application de la loi. Le requérant devra dans ce dernier cas à la fois justifier de la lésion d'un droit subjectif simultanément à une violation de la loi⁹¹⁸.

Tout agent déposant un recours pour excès de pouvoir va ainsi soulever deux types de moyens. Le premier type de moyens sont les moyens de légalité externe, c'est-à-dire l'ensemble des moyens tirés des vices de forme et de procédures, mais aussi de l'incompétence du signataire de la décision. Ils ont pour objectif d'établir la méconnaissance par l'auteur de l'acte attaqué d'une ou plusieurs obligations formelles s'imposant à elle. Ces moyens vont ainsi remettre en question la compétence de l'auteur et le déroulé de la procédure. Le second type de moyens sont les moyens de légalité interne, c'est-à-dire l'ensemble des moyens tirés de la violation de la règle de droit et du détournement de pouvoir.

⁹¹⁶ BERTHOUD Joël, *Pratique du contentieux de la fonction publique*, éditions du Panthéon, p.205.

⁹¹⁷ DALLOZ (2023), Fiche d'orientation sur le principe de non-discrimination.

⁹¹⁸ CE, 17 novembre 1899, *D'Argent de Deux-Fontaines*, Notes Hauriou, Rec.

Il importe ainsi d'approfondir les modalités précises du contrôle opéré par le juge administratif, afin de mieux saisir l'enjeu d'une médiation. Dans une optique d'analyse de la dynamique des rapports de force, il semble possible d'affirmer qu'à une logique de moyens soulevés par le requérant et examinés par le juge administratif correspond un ensemble de griefs, qui viennent détériorer la relation de travail entre l'agent et son administration, que le processus maïeutique de la médiation va tenter de réparer.

Si le contrôle de la légalité externe et de la légalité interne des décisions administratives obéit à des règles strictes (A), il apparaît ainsi que les modalités du contrôle constituent une clé d'analyse de la pertinence d'une médiation (B).

A. Le contrôle de la légalité externe et de la légalité interne des décisions administratives

Le contrôle juridictionnel de la légalité des décisions administratives, opéré par le juge administratif, « relève, au premier chef, de l'office du juge de l'excès de pouvoir, même si le juge de plein contentieux, saisi d'une demande indemnitaire, est également conduit à se prononcer sur le bien-fondé d'un acte pour déterminer si l'administration a commis une faute de nature à ouvrir droit à réparation »⁹¹⁹. Si la frontière entre recours pour excès de pouvoir (RPE) et recours de plein contentieux (RPC) n'est pas aussi marquée que cela en contentieux de la fonction publique, il nous semble que la jurisprudence *Intercopie*⁹²⁰ vient encore plus renforcer ce flou. Cette décision impose en effet aux requérants d'invoquer, avant l'expiration du délai de recours, au moins un moyen de légalité interne et un moyen de légalité externe s'ils souhaitent présenter de nouveaux moyens au fil de l'instruction. Cependant, si aucun moyen de légalité interne ou aucun moyen de légalité externe n'est présenté dès la requête introductive ou tout du moins à l'expiration du délai de recours, il ne sera plus possible au demandeur de présenter l'un ou l'autre de ces moyens.

Cependant les moyens soulevés par l'agent dans le recours qu'il dépose ne sont pas forcément évidents à saisir dès la requête introductive, seul le juge de l'excès de pouvoir étant

⁹¹⁹ BERTHOUD Joël, *Pratique du contentieux de la fonction publique*, éditions du Panthéon, p.473.

⁹²⁰ CE, 20 février 1953, *Intercopie*, Req. N°9772, Rec.

par ailleurs fondé à relever d'office des moyens d'ordre public⁹²¹. En effet, un moyen d'ordre public bénéficie d'un régime protecteur car il vise à « à sanctionner des vices d'une particulière gravité »⁹²². Il a principalement trait à des éléments de procédure juridictionnelle⁹²³ et aux éléments de l'acte attaqué⁹²⁴. L'existence de moyens d'ordre public va cependant mettre en péril la perspective de médiation administrative, voire la médiation administrative elle-même si cette dernière a débuté. En effet le juge administratif, dans l'hypothèse où la médiation aboutirait, peut être amené à homologuer l'accord de médiation⁹²⁵. Or que l'accord soit considéré comme un accord transactionnel ou comme un accord de médiation⁹²⁶ il se doit de relever les moyens d'ordre public, l'administration ayant sûrement la charge de le faire au préalable au risque de commettre une faute et d'engager sa responsabilité.

Hormis ce cas particulier et impératif le contrôle de la légalité d'une décision par le juge administratif obéit à des règles strictes. Ainsi, est-il possible lors du contrôle de la légalité externe (I) ou lors du contrôle de la légalité interne (II) d'identifier un lien permettant d'identifier la pertinence d'une médiation administrative ?

I. Le contrôle de la légalité externe

Le contrôle de la légalité externe « porte sur les formes de l'acte, à savoir la compétence de son auteur et le respect des règles de procédure »⁹²⁷. Ainsi la méconnaissance par l'administration des limites ou de l'étendue de sa compétence entache sa décision d'illégalité. Cette compétence est organisée par la délégation de compétence et la délégation

⁹²¹ CE, 25 janv. 1995, *Cne de Simiane-Collongue*, Req. N°32877.

⁹²² DALLOZ (2020), fiche d'orientation sur les moyens d'ordre public.

⁹²³ Comme la compétence de la juridiction administrative et les conditions de recevabilité de la requête (intérêt à agir, exercice d'un recours préalable, délai de recours contentieux, etc.).

⁹²⁴ Comme l'incompétence de l'auteur de l'acte, la méconnaissance du champ d'application de la loi, le principe selon lequel les personnes publiques ne sauraient être condamnées à payer des sommes qu'elles ne doivent pas (CE, sect., 19 mars 1971, *Sieur Mergui*, Req. N°79962), l'annulation par voie de conséquence d'un acte pris en application d'un acte annulé par le juge de l'excès de pouvoir (CE, sect., avis., 30 déc. 2013, *Mme Okosun*, Req. N°367615) ou encore la méconnaissance de l'autorité absolue de la chose jugée (CE 28 juill. 2000, *Cne de Port-Vendres*, Req. N° 198318).

⁹²⁵ Code de justice administrative (CJA), Art. L.213-4.

⁹²⁶ TA Strasbourg, 1er décembre 2017, Req. N°1704860 et TA Strasbourg 31 août 2018, Req. N°170831 ; TA Poitiers, 12 juillet 2018, Req. N°1701757.

⁹²⁷ BERTHOUD Joël, *Pratique du contentieux de la fonction publique*, éditions du Panthéon, p.474.

de signature, qui doivent être publiées⁹²⁸ pour produire des effets au bénéfice des délégataires.

La délégation de compétence, qui « organise une nouvelle répartition de compétences, est attachée à des fonctions : elle est impersonnelle, permanente et dessaisit le délégant des pouvoirs transférés, qu'il ne peut plus exercer. Elle survit donc aux changements affectant la personne du délégant ou du délégataire »⁹²⁹. La délégation de signature « permet à une autorité administrative, sans pour autant se dessaisir de sa propre compétence, d'habiliter une personne à signer en son nom certains actes entrant dans ses attributions préalablement définies »⁹³⁰. La délégation de signature doit être nominative, elle ne peut par ailleurs permettre au délégataire d'exercer la totalité des compétences du délégant⁹³¹, ni de subdéléguer.

Les dérogations aux règles compétences peuvent être admises par le juge administratif, si elles permettent d'assurer la continuité du service public et la stabilité juridique. Elles sont alors qualifiées d'incompétence positive⁹³², l'incompétence négative consistant pour une autorité administrative à rester en deçà des limites de sa compétence. Si la première est à l'évidence un moyen d'ordre public, la seconde ne l'est pas aussi simplement⁹³³.

Le non-respect des règles de procédure va permettre de matérialiser des vices de procédure qui, s'ils sont matérialisés et qu'ils emportent des conséquences substantielles conformément à la jurisprudence *Danthony*, vont pouvoir permettre d'annuler l'acte. Cependant, il ne nous semble pas qu'un motif de légalité externe particulier se dégage pour établir indiquer la pertinence d'une médiation administrative. Nous avons alors examiné les modalités du contrôle de la légalité interne d'un acte.

⁹²⁸ CE, 1^{er} décembre 2004, *Onesto et autres*, Req. N°260551.

⁹²⁹ BERTHOUD Joël, *Pratique du contentieux de la fonction publique*, éditions du Panthéon, p.476-477.

⁹³⁰ Ibid., p.477 ; CE, 30 septembre 1996, *Préfet de la Seine-Maritime*, Req. N°157424.

⁹³¹ CE, 30 septembre 1960, *Jauffret*, Rec.

⁹³² BERTHOUD Joël, *Pratique du contentieux de la fonction publique*, éditions du Panthéon, p.480 et suivantes.

⁹³³ Ibid., p.488.

II. Le contrôle de la légalité interne

Le contrôle de la légalité interne a pour objectif de vérifier que l'administration n'a pas pris une décision en violation directe ou indirecte de la règle de droit, mais aussi que cette décision n'est pas entachée de détournement de pouvoir. La violation directe de la règle de droit se distingue de l'erreur de droit « en ce qu'elle concerne non pas les motifs de la décision mais son seul dispositif, ce dernier étant contraire, par lui-même, à une règle de droit supérieure, indépendamment des motifs retenus »⁹³⁴. Il y a ainsi violation directe lors de sanction déguisée⁹³⁵ ou lorsqu'une règle de droit protectrice est ignorée⁹³⁶, etc. La violation indirecte de la règle consiste pour l'administration à prendre une décision selon des motifs erronés en droit ou en fait. Elle nécessite pour être détectée une analyse précise des motifs qui fondent la décision attaquée⁹³⁷ et peut prendre diverses formes : écarter un candidat en fonction d'opinions politiques, licencier un agent pour une simple perte de confiance, mal qualifier matériellement un fait, etc.

Le détournement de pouvoir ou de procédure se produit enfin « lorsque l'auteur d'une décision administrative utilise ses pouvoirs à des fins autres que celles pour lesquelles ils lui ont été confiés »⁹³⁸. Il est détecté selon la portée du contrôle opéré par le juge administratif, qui peut varier en fonction de la nature de la décision attaquée : soit un contrôle entier, soit un contrôle restreint.

Comme le contrôle de la légalité externe, le contrôle de la légalité interne d'un acte ne permet pas de mettre en relief un point d'attention particulier en droit de la fonction publique, à même d'indiquer la pertinence d'une médiation. Reste néanmoins à examiner les modalités du contrôle restreint opéré par le juge administratif dans le contentieux fonction publique, un grand nombre de décisions individuelles relevant de ce type de contrôle.

⁹³⁴ Ibid., p.537-538.

⁹³⁵ CE, 11 juin 1993, *Bidault*, Req. N°105576 ; CE, 4 février 1994, *Ferrand*, Req. N°98233.

⁹³⁶ CE, 20 mars 1987, *Commune de Bonneval*, Req. N°62553.

⁹³⁷ BERTHOUD Joël, *Pratique du contentieux de la fonction publique*, éditions du Panthéon, p.542 et suivantes.

⁹³⁸ Ibid., p.553 et suivantes.

B. Le contrôle restreint : une opportunité pour la médiation

Le contrôle « de l'excès de pouvoir se distingue selon son degré : le juge peut opérer un contrôle restreint à l'erreur manifeste d'appréciation ou se livrer sur les appréciations à un contrôle entier, pouvant aller jusqu'au contrôle de proportionnalité, selon que les marges d'appréciation dont l'administration doit pouvoir disposer sont réduites ou non »⁹³⁹. Ainsi, « l'étendue du contrôle du juge de l'excès de pouvoir varie en fonction de la nature de la décision attaquée »⁹⁴⁰. En effet, le juge met en œuvre, selon les cas, deux démarches différentes. Il peut soit opérer un contrôle « normal », où « il se livre à sa propre appréciation, à sa propre qualification juridique, puis la compare à celle qu'a portée l'administration. Tout écart entre les deux révèle une erreur, et donc une illégalité »⁹⁴¹, soit effectuer un contrôle « restreint », où il ne censure l'appréciation de l'administration que « si elle lui paraît entachée d'une erreur manifeste d'appréciation, autrement dit si elle révèle une erreur grossière pour un technicien averti »⁹⁴². Il existe néanmoins des cas intermédiaires ou mixtes, qui « combinent le contrôle normal et le contrôle restreint »⁹⁴³, fondant ainsi quatre grands types de contrôle en contentieux fonction publique : le contrôle minimum, le contrôle restreint, le contrôle normal et le contrôle entier (I). Parmi eux, le contrôle restreint semble constituer un signal fort pour indiquer la pertinence d'une médiation (II).

I. La portée du contrôle opéré par le juge administratif

Le contrôle minimum signe tout d'abord le refus du juge de contrôler l'appréciation portée par l'administration qui prend une décision, qui ne peut être par essence totalement discrétionnaire. Ainsi, dans ce contrôle le juge peut censurer « l'erreur de droit entachant les motifs retenus ou l'inexactitude matérielle des faits fondant la décision, ainsi que le détournement de pouvoir »⁹⁴⁴. Relèvent ainsi de ce contrôle le licenciement par une autorité

⁹³⁹ CE, 2017, Le juge administratif, juge de la fonction publique, dossier thématique.

⁹⁴⁰ BERTHOUD Joël, *Pratique du contentieux de la fonction publique*, éditions du Panthéon, p.542.

⁹⁴¹ CHABANOL Daniel, *La pratique du contentieux administratif*, 9^{ème} édition, LEXIS-NEXIS, pp.497.

⁹⁴² Ibid., pp.498.

⁹⁴³ Ibid., pp.499.

⁹⁴⁴ BERTHOUD Joël, *Pratique du contentieux de la fonction publique*, éditions du Panthéon, p.556.

territoriale d'un collaborateur de cabinet, l'octroi ou le refus d'octroi d'une décoration, l'appréciation d'un jury souverain.

Le contrôle restreint « s'exerce en général sur les décisions de caractère réglementaire relatives à la fonction publique »⁹⁴⁵. Relèvent de ce contrôle : les décisions relatives à la création, la suppression ou la modification d'un emploi, mais aussi celles relatives aux modalités et au taux d'attribution d'un avantage financier. Les décisions individuelles, largement discrétionnaires, font ainsi l'objet d'un contrôle restreint. De manière générale, plus les marges de manœuvre de l'administration sont importantes, plus le contrôle du juge administratif a des probabilités d'être restreint. De nombreux motifs en matière de contentieux fonction publique vont ainsi relever du contrôle restreint, citons ainsi de manière non exhaustive l'appréciation portée par l'autorité administrative sur la valeur professionnelle d'un agent⁹⁴⁶, les nécessités de service à prendre en compte pour accorder ou refuser un détachement⁹⁴⁷, l'intérêt du service justifiant que soit mis fin de manière anticipée à un détachement⁹⁴⁸, la décision modulant ou supprimant une prime de rendement ou de responsabilité⁹⁴⁹, le refus de prolongation d'activité au-delà de la limite d'âge⁹⁵⁰, etc.

Le contrôle normal « s'applique, en principe, lorsque les faits ont le caractère de conditions légales définies avec précision par les textes ou par la jurisprudence »⁹⁵¹. Relèvent de ce contrôle, sans que cette liste ne soit exhaustive⁹⁵² : le caractère équivalent de l'emploi proposé à un agent public dont l'emploi a été supprimé⁹⁵³, l'accord ou le refus d'un temps partiel, l'appréciation et la qualification des faits de nature à caractériser un harcèlement.

Le contrôle entier s'impose désormais dans le domaine des sanctions disciplinaires, alors « que le juge de l'excès de pouvoir ne censurait autrefois que les sanctions manifestement disproportionnées (CE, Sect., 9 juin 1978, Lebon, Rec., n°5911) »⁹⁵⁴. En effet,

⁹⁴⁵ Ibid., p.558.

⁹⁴⁶ CE, Sect., 26 octobre 1979, *Leca*, Req. N°4983, Rec.

⁹⁴⁷ CE, 8 juin 2015, *Ministre de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche c/ Museum national d'histoire naturelle*, Req. N°375625, Rec.

⁹⁴⁸ CE, 30 janvier 2015, *Agence pour l'enseignement français à l'étranger*, Req. N°374772, Rec.

⁹⁴⁹ CE, 4 janvier 1985, *Ministre des affaires sociales et de la solidarité nationale c/ Caucheteur*, Req. N°50869, Rec.

⁹⁵⁰ CE, 4 février 2004, *Rieu*, Req. N°242442.

⁹⁵¹ BERTHOUD Joël, *Pratique du contentieux de la fonction publique*, éditions du Panthéon, p.564.

⁹⁵² Ibid., p.564-565.

⁹⁵³ CE, 29 avril 1994, *Cougrand*, Req. N°105961.

⁹⁵⁴ CE, 2017, *Le juge administratif, juge de la fonction publique*, dossier thématique.

« pendant longtemps, le juge de l'excès de pouvoir s'est limité, dans son examen des mesures de sanction, à un contrôle d'exactitude matérielle et de qualification juridique des faits (CE, 14 janvier 1916, Camino, n° 59619, Rec. et CE, 4 avril 1914, Gomel, n° 55125, Rec.). Il n'opérait qu'un contrôle de la réalité des faits reprochés et de leur caractère fautif (et donc répréhensible), sans examiner la légalité du dispositif de la sanction elle-même dont il jugeait qu'elle relevait d'une question d'opportunité échappant à sa compétence (CE, Section, 28 février 1930, Sieur R., Rec. p. 226). Dans sa décision Sieur B., le Conseil d'État considérait en effet qu'il ne lui « appart[enait] pas d'apprécier si l'importance de la sanction prise est en rapport avec les faits qui l'ont provoquée » (CE, 16 juillet 1947, Sieur B., Rec. p. 319). Le juge administratif de l'excès de pouvoir a progressivement fait évoluer cette position jusqu'à se livrer, aujourd'hui, à un contrôle entier de cette proportionnalité »⁹⁵⁵. Le juge administratif va ainsi dans ce cadre contrôler à la fois l'exactitude matérielle des faits reprochés⁹⁵⁶, le caractère fautif des faits reprochés⁹⁵⁷ et la proportionnalité de la sanction⁹⁵⁸.

Parmi ces quatre types de contrôle le rapport entre les mesures d'ordre intérieur, le contrôle restreint et la pertinence d'une médiation administrative nous semble fort.

II. L'opportunité de la médiation dès lors que le contrôle est restreint

Les mesures d'ordre intérieur sont « les mesures prises à l'égard d'agents publics qui, compte tenu de leurs effets, ne peuvent être regardées comme leur faisant grief. Il en va ainsi des mesures qui, tout en modifiant leur affectation ou les tâches qu'ils ont à accomplir, ne portent pas atteinte aux droits et prérogatives qu'ils tiennent de leur statut ou à l'exercice de leurs droits et libertés fondamentaux, ni n'emportent perte de responsabilités ou de rémunération »⁹⁵⁹. Le champ de ces mesures, « décisions dont la faible importance pratique et la minceur juridique ont paru justifier qu'elles ne puissent faire l'objet de débats devant la

⁹⁵⁵ CE, 2017, *Le juge administratif et les sanctions administratives*, dossier thématique.

⁹⁵⁶ CE, Sect., 16 juin 1965, *Morin*, Req. N°62105, Rec.

⁹⁵⁷ CE, 27 février 2015, *La Poste*, Req. N°376598, Rec.

⁹⁵⁸ CE, Ass., 13 novembre 2013, *D.*, Req. N°347704, Rec.

⁹⁵⁹ DORD Olivier (2015), « Le Conseil d'État conforte les mesures d'ordre intérieur en droit de la fonction publique en considérant uniquement leurs effets sur la situation des agents publics », *La lettre juridique*, n°630, LEXBASE.

juridiction »⁹⁶⁰ tend à se réduire au profit du contrôle normal, notamment pour l'affectation d'un fonctionnaire présentant le caractère d'une mutation avec modification de sa situation⁹⁶¹. Ainsi, « en matière disciplinaire, et contrairement à une solution antérieure (CE, Sect., 11 juill. 1947, Dewavrin, Rec. p. 307), la légalité de la punition des arrêts infligée à un militaire peut, compte tenu de ses effets, être discutée devant le juge (CE, Ass., 17 févr. 1995, H., Rec., n° 107766). Il en va également ainsi de l'évaluation d'un agent public (CE, Sect., 23 nov. 1962, Camara, Rec. p. 627) »⁹⁶².

L'importante latitude laissée à l'administration dans la gestion de ses personnels amène néanmoins le juge à opérer le plus souvent un contrôle restreint. Les probabilités de voir ce dernier annuler une décision sont dès lors minimales, sauf à ce qu'il détecte une erreur manifeste d'appréciation. La médiation administrative peut alors être particulièrement indiquée pour restaurer éventuellement le droit des agents, mais aussi la qualité de la relation de travail entre l'agent et son administration. Plusieurs cas éminemment générateurs de conflit peuvent ainsi être propices à une médiation transformative, dont l'objectif est de réparer le lien managérial.

Par exemple, le contrôle du juge dans le cadre du recours contre un avancement de grade par nomination au choix est restreint : le contrôle opéré sur la décision est un contrôle restreint sur les modalités d'élaboration du tableau d'avancement, et non pas sur chacune des inscriptions sur ce tableau. En effet, la jurisprudence Rouzet⁹⁶³ énonce que « le tableau d'avancement est un acte indivisible ». Ainsi, parce que le recours d'un fonctionnaire contre ce tableau, « en tant qu'il n'y figure pas, est (...) irrecevable »⁹⁶⁴, comment restaurer le lien avec l'agent qui s'estime lésé ? Une médiation réparatrice pourrait alors être envisagée, car la lésion peut relever de considérants purement managériaux, où la logique de l'honneur, si prévalente au sein des organisations de travail en France, peut rapidement détériorer le dialogue entre l'agent, son supérieur hiérarchique et l'administration. En effet, alors que le

⁹⁶⁰ CE, 2017, *Le juge administratif, juge de la fonction publique*, dossier thématique.

⁹⁶¹ CE, Sect., 13 déc. 1991, *Syndicat C.G.T. des employés communaux de la mairie de Nîmes et Syndicat des cadres communaux de la mairie de Nîmes*, Rec., Req. N° 74153.

⁹⁶² Ibid.

⁹⁶³ CE, 27 avril 2011, *M. Rouzet*, Req. N°326936.

⁹⁶⁴ DORD Olivier (2021), *Droit de la fonction publique*, PUF, Collection Thémis, 4^{ème} édition, p.163.

droit va le plus souvent valider le choix opéré par l'administration, se noue le sentiment d'une lésion, source potentielle d'un différend ou contentieux à venir.

Il convient également de ne pas ignorer que de plus en plus de différends naissent pour des motifs économiques.

§2. La dimension indemnitaire des recours

L'aspect indemnitaire est souvent prévalant dans un conflit de travail. Or en droit de la fonction publique la limite entre le recours pour excès de pouvoir (REP) et le recours de plein contentieux (RPC) est poreuse, comme le démontrent les notions de « RPC de légalité » ou de « RPC en interprétation »⁹⁶⁵ pour illustrer les entrelacements possibles de ces deux types de contentieux. Les règles applicables à l'un et à l'autre sont par ailleurs souvent communes : ainsi un juge administratif ne peut, hors de la catégorie des moyens d'ordre public, inventer des conclusions ou des moyens, au risque de statuer *ultra petita*⁹⁶⁶, c'est-à-dire au-delà des moyens et des prétentions invoqués par les parties au procès.

Le RPC va s'appliquer à réparer le préjudice causé par un fait de l'administration, en établissant le lien de causalité entre le fait générateur et l'étendue du préjudice. Cependant à l'inverse du REP le juge du plein contentieux « va se placer à la date à laquelle il se prononce » pour apprécier « les droits du requérant ». En vertu du principe « *in mitius* »⁹⁶⁷, le juge de plein contentieux « soumet l'ensemble des sanctions administratives à la rétroactivité de la loi la plus douce »⁹⁶⁸. Néanmoins « lorsqu'il statue sur le point de savoir si une décision administrative est ou non entachée d'illégalité fautive, il apprécie bel et bien sa légalité, tout comme en excès de pouvoir, en fonction des circonstances de droit et de fait qui s'imposaient à l'administration à la date où elle a pris la décision. Ce n'est que dans un second temps, celui de la réparation du préjudice causé, qu'il prendra en compte des éléments postérieurs »⁹⁶⁹.

⁹⁶⁵ CHABANOL Daniel, *La pratique du contentieux administratif*, 9^{ème} édition, LEXIS-NEXIS, pp.396 et suivants.

⁹⁶⁶ Ibid., pp.402 à 404.

⁹⁶⁷ Application de la loi pénale la plus douce même rétroactivement, sauf pour les sanctions disciplinaires : CE, 17 mars 1997, OMI, Req. N°124588, Rec.

⁹⁶⁸ CHABANOL Daniel, *La pratique du contentieux administratif*, 9^{ème} édition, LEXIS-NEXIS, pp.789.

⁹⁶⁹ BERTHOUD Joël, *Pratique du contentieux de la fonction publique*, éditions du Panthéon, p.59.

Il appartient dès lors au juge administratif, disposant de pouvoirs de pleine juridiction, « de se prononcer lui-même sur les droits des intéressés, sauf à renvoyer à l'administration compétente et sous son autorité le règlement de tel aspect du litige dans des conditions précises qu'il lui appartient de fixer »⁹⁷⁰

Le recours de plein contentieux (RPC), qui obéit aux mêmes règles de procédure relatives à l'existence d'une décision et aux délais de recours⁹⁷¹ pour les REP, peut ainsi prendre deux formes. La première est le recours formé contre une sanction⁹⁷², où le juge du plein contentieux peut être amené à appliquer la loi la plus douce et à réformer la décision de l'administration. La seconde est le contentieux de l'indemnisation soulevé selon quatre causes juridiques : la responsabilité contractuelle, la responsabilité extra contractuelle/quasi délictuelle pour faute, la responsabilité sans faute, la responsabilité quasi-contractuelle⁹⁷³.

En matière de contentieux fonction publique l'engagement de la responsabilité ne se fait néanmoins que sur le terrain de la faute. La responsabilité pour faute est engagée dès qu'est matérialisée une faute de l'administration à l'égard d'un de ses agents, elle constitue le régime de droit commun d'engagement de la responsabilité de l'administration après l'abandon progressif de l'exigence de la faute lourde⁹⁷⁴. L'illégalité d'une décision est ainsi toujours fautive⁹⁷⁵, parce qu'elle « engage la responsabilité de l'administration à raison de ses conséquences pour l'agent, quand bien même cette décision est devenue définitive. Toutefois, le droit à indemnité n'est reconnu que si le préjudice dont la réparation est demandée possède les caractères d'un préjudice indemnisable et constitue la conséquence directe de la faute de l'administration »⁹⁷⁶. La faute de l'administration peut également consister dans le fait de rester inactive face à une situation ou de faire des promesses non tenues⁹⁷⁷. Dans ces cas, « qu'elle soit soulevée par le demandeur en première instance (faute de l'administration) ou par l'administration en défense (faute de l'agent), la faute doit être précisée et assortie d'éléments probants »⁹⁷⁸. Cependant, « à l'inverse, une décision illégale,

⁹⁷⁰ Ibid., p.58-59.

⁹⁷¹ Code de justice administrative (CJA), Art. R.421-1 à R.421-7.

⁹⁷² CE, 23 avril 2008, *Ministre du budget c/ Sté. Bisico France*, Req. N°308865.

⁹⁷³ CHABANOL Daniel, *La pratique du contentieux administratif*, 9^{ème} édition, LEXIS-NEXIS, pp.283

⁹⁷⁴ Ibid., pp.896 et suivants.

⁹⁷⁵ CE, 26 janvier 1973, *Ville de Paris c/ Driancourt*, Req. N°84768, Rec.

⁹⁷⁶ BERTHOUD Joël, *Pratique du contentieux de la fonction publique*, éditions du Panthéon, p.590.

⁹⁷⁷ Ibid., p.591.

⁹⁷⁸ Ibid., p.594.

mais légalement justifiée (ce sera le cas d'une décision entachée d'un vice de forme ou d'une incompétence, mais légalement fondée), n'est pas fautive (CE, 10 mai 1989, Bobin), ou plus exactement n'est pas de nature à ouvrir un droit à réparation, puisque le principe est encore que toute illégalité est fautive (CE, 26 janv. 1973, Ville de Paris c/ Driancourt) »⁹⁷⁹.

La responsabilité sans faute est quant à elle fondée sur l'existence d'un dommage résultant de risques liés aux activités réalisées au profit de l'administration depuis la décision CE, 21 juin 1895, Cames. Ainsi, « la victime, qui a droit à la réparation de tels dommages, n'a pas à prouver l'existence d'une faute de l'administration, mais seulement l'imputabilité du dommage à l'activité du service »⁹⁸⁰, la faute personnelle de l'agent pouvant néanmoins être recherchée afin d'exonérer partiellement ou totalement l'administration de sa responsabilité. Les régimes de protection des fonctionnaires contre les accidents de service et les maladies professionnelles, dont bénéficient les sapeurs-pompiers professionnels (SPP) et les sapeurs-pompiers volontaires (SPV), « sont inspirés du principe, issu de la jurisprudence Cames, selon lequel l'administration, indépendamment de toute faute commise par elle, doit garantir ses agents contre les dommages qu'ils peuvent subir dans l'accomplissement de leur service »⁹⁸¹. La matérialisation de ces dommages est cependant ardue, car elle peut se faire sur un temps long – plusieurs décennies, voire de manière heurtée, le plus souvent d'accidents de service (accidents du travail, AT) en congés maladie ordinaire (CMO), ou l'inverse.

Dans ce cadre, la réparation tardive du préjudice peut alors inciter à la médiation (A), sauf dans le cas de la réparation du préjudice corporel, qui nous semble obéir à une économie procédurale stable jurisprudentiellement (B).

A. La réparation tardive du préjudice, une incitation relative à la médiation

Quel que soit le fondement de la responsabilité, le préjudice « pour être indemnisable (...) doit être direct, certain, effectif, personnel, et assorti de justifications tant dans son

⁹⁷⁹ CHABANOL Daniel, *La pratique du contentieux administratif*, 9^{ème} édition, LEXIS-NEXIS, pp.895.

⁹⁸⁰ BERTHOUD Joël, *Pratique du contentieux de la fonction publique*, éditions du Panthéon, p.594.

⁹⁸¹ Ibid. p.595-596.

existence que dans son étendue »⁹⁸². Il doit ainsi cumuler quatre conditions qui sont examinées tour à tour par le juge administratif (I), dont la difficile réunion pourrait parfois plaider pour une médiation administrative (II).

I. La difficile conciliation des quatre conditions pouvant amener le préjudice à être indemnisé

Le préjudice doit en premier lieu être direct entre la nature du préjudice et le fait générateur relevé par le demandeur, « ce qui est une autre manifestation de l'exigence d'imputabilité »⁹⁸³.

Le préjudice doit en second lieu être certain, ainsi « l'exigence d'un préjudice certain fait obstacle à ce que soit réparé un préjudice éventuel. Toutefois, un préjudice dont la réalisation est probable n'est pas regardé comme éventuel. Il peut donner lieu à une indemnisation au titre de la perte de chance sérieuse »⁹⁸⁴. Cette perte de chance « toujours difficile à apprécier (...) recouvre les hypothèses dans lesquelles il est établi que la victime avait une probabilité raisonnable d'obtenir tel ou tel avantage, ou de réaliser tel ou tel projet »⁹⁸⁵. Elle se distingue de la « théorie de la perte de chances », « applicable en matière de responsabilité hospitalière. Dans le domaine médical, la perte de chances d'éviter la réalisation d'un dommage (corporel) présente par elle-même un caractère fautif »⁹⁸⁶. Elle se caractérise par le fait pour l'administration d'avoir privé la victime d'une probabilité que les choses se soient mieux passées. La perte de chances sérieuse permet à contrario au juge administratif de réparer un préjudice futur, dont le caractère certain n'a pas à faire l'objet d'une estimation probabiliste⁹⁸⁷. Parce que « savoir si une faute de l'administration a été susceptible de priver un agent d'une perte de chance sérieuse d'obtenir un avantage de carrière ou de rémunération s'apprécie en fonction des résultats de l'instruction »⁹⁸⁸.

⁹⁸² Ibid., p.598-599.

⁹⁸³ CHABANOL Daniel, *La pratique du contentieux administratif*, 9^{ème} édition, LEXIS-NEXIS, pp.968.

⁹⁸⁴ BERTHOUD Joël, *Pratique du contentieux de la fonction publique*, éditions du Panthéon, p.599.

⁹⁸⁵ CHABANOL Daniel (2011), *La pratique du contentieux administratif*, 9^{ème} édition, LEXIS-NEXIS, pp.969.

⁹⁸⁶ BERTHOUD Joël, *Pratique du contentieux de la fonction publique*, éditions du Panthéon, p.600.

⁹⁸⁷ BOTTEGHI Damien (2011), « Réparation pécuniaire des illégalités entachant les décisions de gestion des agents du ministère des affaires étrangères », AJDA 2011, p.1901.

⁹⁸⁸ BERTHOUD Joël, *Pratique du contentieux de la fonction publique*, éditions du Panthéon, p.600.

Le préjudice doit en troisième lieu être effectif, « ce qui conduit le juge à en déduire certaines sommes perçues par la victime à l'occasion du dommage, dès lors que ces sommes sont acquises avec certitude »⁹⁸⁹. Il s'agit en effet d'empêcher que la décision du juge ait « pour effet de procurer à la victime, par suite des indemnités qu'elle a pu ou qu'elle peut obtenir par ailleurs à raison des conséquences dommageables du même accident, une réparation supérieure au montant total du préjudice »⁹⁹⁰.

Le préjudice doit en quatrième lieu être personnel⁹⁹¹. Le préjudice doit en cinquième et dernier lieu être justifié « dans son existence et son étendue, des éléments particulièrement précis étant exigés du demandeur s'il s'agit d'un préjudice matériel ou professionnel »⁹⁹². Cette justification a ainsi amené le juge administratif à mettre fin à la réparation forfaitaire du préjudice né d'un accident de service ou de la contraction d'une maladie professionnelle, dite « forfait de pension ». La décision *Moya-Caville*⁹⁹³ juge en effet que les dispositions qui déterminent forfaitairement la réparation à laquelle un fonctionnaire victime d'un accident de service ou atteint d'une maladie professionnelle peut prétendre, au titre de l'atteinte qu'il a subie dans son intégrité physique, dans le cadre de l'obligation qui incombe aux collectivités publiques de garantir leurs agents contre les risques qu'ils peuvent courir dans l'exercice de leurs fonctions « ne font cependant (pas) obstacle ni à ce que le fonctionnaire qui a enduré, du fait de l'accident ou de la maladie, des souffrances physiques ou morales et des préjudices esthétiques ou d'agrément, obtienne de la collectivité qui l'emploie, même en l'absence de faute de celle-ci, une indemnité complémentaire réparant ces chefs de préjudice, distincts de l'atteinte à l'intégrité physique, ni à ce qu'une action de droit commun pouvant aboutir à la réparation intégrale de l'ensemble du dommage soit engagée contre la collectivité, dans le cas notamment où l'accident ou la maladie serait imputable à une faute de nature à engager la

⁹⁸⁹ CHABANOL Daniel, *La pratique du contentieux administratif*, 9^{ème} édition, LEXIS-NEXIS, pp.971.

⁹⁹⁰ Pour les exceptions à ce principe, voir CHABANOL Daniel, *La pratique du contentieux administratif*, 9^{ème} édition, LEXIS-NEXIS, pp.971 et 972.

⁹⁹¹ Notons sans que cela n'ait d'intérêt pratique ici que le préjudice subi par une personne décédée donne lieu à une créance transmissible à ses héritiers, quand bien même aucune action n'aurait été intentée par l'agent de son vivant

⁹⁹² BERTHOUD Joël (2015), *Pratique du contentieux de la fonction publique*, éditions du Panthéon, p.602.

⁹⁹³ CE, Ass., 4 juillet 2003, *Moya-Caville*, Req. N°211106, Rec.

responsabilité de cette collectivité ou à l'état d'un ouvrage public dont l'entretien incombait à celle-ci »⁹⁹⁴.

Dans le cadre du recours de plein contentieux (RPC), la réparation du préjudice se concrétise par son indemnisation, dont le calcul peut s'avérer complexe. Il est en effet dépendant de la date du préjudice, d'intérêts capitalisables et du montant justifié. Il peut ainsi être pertinent de proposer une médiation dans le cadre de sa réparation, notamment s'il n'est pas corporel.

II. La réparation du préjudice, une mécanique complexe qui plaide en cela pour la médiation

Parce que « la jurisprudence n'a cessé d'élargir le champ des types de préjudices réparables »⁹⁹⁵, une typologie des préjudices s'est progressivement structurée. Ainsi « la distinction entre préjudices matériels et préjudices moraux est souvent regardée comme une incontestable *summa divisio* »⁹⁹⁶. Le préjudice se décompose néanmoins en préjudice corporel, qui regroupe les dommages aux personnes, le préjudice matériel et le préjudice moral, la distinction et la quantification de ces deux derniers préjudices étant parfois difficile à opérer. Elle peut en effet apparaître comme inopérante, puisqu'il « n'est pas rare qu'un dommage matériel ait des répercussions morales et vice versa. Certains préjudices, tels que la douleur physique, le préjudice esthétique ou les troubles dans les conditions d'existence sont à la fois matériels et moraux »⁹⁹⁷.

Ainsi, le juge de plein contentieux « indemnise les différents préjudices invoqués, s'ils répondent aux conditions du préjudice réparable : préjudice pécuniaire résultant d'une perte de rémunération, préjudice moral, troubles dans les conditions d'existence »⁹⁹⁸, mais aussi le préjudice corporel. Cette réparation obéit à un principe intangible, qui stipule que la victime ne doit pas à cette occasion s'enrichir indûment. A ce titre, comme nous l'avons vu

⁹⁹⁴ Cette jurisprudence peut néanmoins ne pas s'appliquer en cas de maladie professionnelle, conformément à l'article L.451-1 du code de la sécurité sociale. Voir CHABANOL Daniel (2011), *La pratique du contentieux administratif*, 9^{ème} édition, LEXIS-NEXIS, pp.974.

⁹⁹⁵ SENERS François, ROUSSEL Fabien (2019), *Répertoire de la responsabilité de la puissance publique*, Le préjudice réparable, DALLOZ, p.249.

⁹⁹⁶ Ibid., p.250.

⁹⁹⁷ Ibid., p.250.

⁹⁹⁸ BERTHOUD Joël (2015), *Pratique du contentieux de la fonction publique*, éditions du Panthéon, p.611.

précédemment avec le forfait de pension, la réparation du préjudice corporel s'effectue dans des conditions spécifiques que nous examinerons ultérieurement.

La réparation doit quel que soit le type de préjudice s'appliquer à replacer la victime dans la situation antérieure au fait dommageable. La personne qui a subi les effets d'une erreur fautive de l'administration ne peut demander l'indemnisation d'une perte de valeur ou d'une absence de revenu⁹⁹⁹, car « la réparation doit replacer la victime dans la situation qui eut été la sienne sans la survenance du fait dommageable »¹⁰⁰⁰.

L'éviction irrégulière d'un agent est, à titre d'exemple, un cas fréquemment examiné par les juridictions administratives. Elle peut amener à déterminer une équivalence des traitements non perçus, que le juge estime alors de manière discrétionnaire. Conformément à la décision *Deberles*¹⁰⁰¹, « l'agent illégalement évincé ne peut prétendre, en l'absence de service fait, aux traitements non perçus durant la période où il a été écarté du service. Il peut seulement réclamer une indemnité à l'administration, en réparation du préjudice causé par l'illégalité fautive de l'éviction »¹⁰⁰². L'octroi de cette indemnité n'est donc pas automatique. Elle doit en effet être demandée par le requérant à l'employeur public si elle n'a pas été versée à l'initiative de l'administration, à la suite de l'annulation de la décision pour illégalité dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir.

Dans ce cadre, « si la décision portant éviction de l'agent est annulée, le juge ne statue sur les droits à indemnité que compte tenu des mesures d'exécution impliquées nécessairement par l'annulation prononcée. Ainsi, dans l'hypothèse où l'agent évincé illégalement aura demandé d'une part l'annulation de la décision d'éviction et d'autre part la condamnation de son employeur à lui verser une indemnité réparant les conséquences de la faute constituée par l'illégalité de cette décision, l'annulation impliquera la réintégration de l'agent et la reconstitution de sa carrière (...) le droit à indemnité de l'agent ne couvrira donc que la période antérieure à l'annulation »¹⁰⁰³.

⁹⁹⁹ Ainsi, selon la décision CE, 3 mai 2004, *Sohm*, Req. N°257075, le commerçant qui a subi les effets d'une annulation qui lui avait été délivrée ne peut demander l'indemnisation de la perte de valeur du fonds de commerce.

¹⁰⁰⁰ CHABANOL Daniel (2011), *La pratique du contentieux administratif*, 9^{ème} édition, LEXIS-NEXIS, pp.975.

¹⁰⁰¹ CE, Ass., 7 avril 1933, *Deberles*, Req. N°04711, Rec.

¹⁰⁰² BERTHOUD Joël (2015), *Pratique du contentieux de la fonction publique*, éditions du Panthéon, p.603.

¹⁰⁰³ *Ibid.*, p.604.

Ainsi, parce que le calcul du préjudice ne prendra pas en considération le parcours que l'agent aurait pu avoir entre le moment où il a été irrégulièrement évincé et le moment où il est réintégré, il peut être utile de transiger sur ce point lors d'une médiation, si tant est que l'administration, qui connaît cette règle, ait la volonté de le faire.

Cependant, « si l'indemnité versée à un agent public irrégulièrement évincé a notamment pour but de compenser la perte du traitement ainsi que celle des primes et indemnités dont l'intéressé avait, pour la période en cause, une chance sérieuse de bénéficier, elle tend également à réparer les préjudices de toute nature résultant de l'éviction irrégulière compte tenu de l'importance respective de cette illégalité et, le cas échéant, des fautes relevées à l'encontre de l'intéressé »¹⁰⁰⁴. La détermination de cette indemnité doit néanmoins prendre en compte le fait que « la réparation accordée à raison des conséquences dommageables d'une éviction illégale n'est pas nécessairement équivalente aux traitements non perçus durant la période où l'agent a été écarté du service »¹⁰⁰⁵. L'équivalence des traitements non perçus par l'agent n'est cependant pas égale aux « montants des traitements et avantages accessoires qui auraient dû lui être versés »¹⁰⁰⁶. Son calcul doit en effet prendre en compte quatre principes.

Le premier principe est que seules les rémunérations nettes doivent être prises en compte conformément à la décision CE, 7 octobre 1998, *M. Bousquet*, Req. N°186909. Les cotisations sociales à la charge de l'agent n'ont donc pas à rentrer en ligne de compte¹⁰⁰⁷. Le second principe est que rentrent en sus du traitement de base « le supplément familial de traitement (s'il était dû à l'agent, compte tenu notamment de la situation de son conjoint) et les primes ou indemnités qui rémunèrent une fonction fixe et permanente et ont de ce fait, un caractère automatique et général »¹⁰⁰⁸. Le troisième principe est qu'il est nécessaire d'écarter « de la base de calcul du préjudice indemnisable toutes les indemnités liées à l'exercice effectif des fonctions, estimant que leur perte, faute de service fait, n'était pas indemnisable »¹⁰⁰⁹. La nouvelle bonification indiciaire (NBI), les indemnités horaires ou

¹⁰⁰⁴ CE, Avis n°376501 et n°376573 du 28 mai 2014

¹⁰⁰⁵ BERTHOUD Joël (2015), *Pratique du contentieux de la fonction publique*, éditions du Panthéon, p.604

¹⁰⁰⁶ Ibid., p : 607

¹⁰⁰⁷ Voir CE, 6 juin 1997, *Vialas*, Rec. ; CE, 19 mai 1999, *Wolff*, Req. N°196544

¹⁰⁰⁸ BERTHOUD Joël (2015), *Pratique du contentieux de la fonction publique*, éditions du Panthéon, p.608 ; CE, 19 juin 1992, Min. de l'intérieur c/ Doucet, Req. N°102443

¹⁰⁰⁹ BERTHOUD Joël (2015), *Pratique du contentieux de la fonction publique*, éditions du Panthéon, p.608

forfaitaires de travail supplémentaire (IHTS, IFTS), l'indemnité de responsabilité, qui constituent une part substantielle du régime indemnitaire des sapeurs-pompiers professionnels, rentrent ainsi dans cette catégorie. La position du juge administratif a pu cependant s'assouplir en fonction de l'importance et de l'ampleur de l'illégalité fautive commise par l'administration depuis la décision CE, sect., 6 décembre 2013, *Commune d'Ajaccio*, Req. N°365155. Ce revirement est ainsi une source d'incertitude supplémentaire qui milite en faveur de l'intérêt de la médiation administrative. Le quatrième et dernier principe est « qu'il convient de déduire de la réparation allouée tout élément de rémunération ou tout revenu de remplacement perçu pendant la période d'éviction, y compris les aides publiques versées aux personnes sans emploi ou privées d'emploi »¹⁰¹⁰, les gains que l'agent aurait pu percevoir même s'il n'avait pas été privé de ses fonctions ne devant pas faire l'objet de cette déduction¹⁰¹¹.

Comme cet exemple le démontre, le calcul du préjudice dépend éminemment de la position du juge administratif, mais aussi d'une comptabilité plus ou moins précise des revenus perdus et des conséquences financières de la perte de chance. Une médiation pourrait permettre d'échanger les prétentions de chacune des parties, mais aussi de trouver un compromis, solution indispensable à la reprise d'une relation managériale.

La réparation du préjudice corporel, qui précise les règles énoncées supra, voire les ciselle dans un cadre procédural tenu par des avocats spécialisés en la matière, apparaît cependant moins propice à la médiation.

¹⁰¹⁰ CE, 23 janvier 1985, *Commune de Saint-Lin*, Req. N°45494, Rec. ; CE, 2 novembre 2005, *Me Marcilhacy*, Req. N°263059.

¹⁰¹¹ CAA Paris, 23 mai 2001, *M. Schmidt*, RFDA 2001, p.1355.

B. Le préjudice corporel, un contentieux particulier moins propice à la médiation

La réparation du préjudice corporel résultant d'un accident de service ou d'une maladie professionnelle s'est longtemps concrétisée par le versement du « forfait de pension »¹⁰¹². Cependant, « le Conseil d'État a longtemps estimé que le caractère forfaitaire de cette réparation (qui concerne les seules atteintes à l'intégrité physique de la victime) s'opposait à ce que l'employeur fût condamné à verser à l'agent – ou à ses ayant droit – une indemnité complémentaire par application des règles générales de la responsabilité de la puissance publique, alors même que le montant de la pension ne réparait pas intégralement le préjudice subi et que l'administration avait commis une faute »¹⁰¹³.

La haute juridiction a ainsi remis en cause ce forfait en 2000¹⁰¹⁴, le versement de ce forfait ne s'opposant plus désormais à la réparation intégrale du préjudice depuis la décision *Moya-Caville*¹⁰¹⁵. Cette jurisprudence ne trouve cependant à s'appliquer que dans le cadre de l'engagement de la responsabilité sans faute de l'administration, l'indemnisation dans le cadre de l'engagement de la responsabilité pour faute étant calculée selon les articles L.451-1 et suivants du code de la sécurité sociale. De manière synthétique, « un agent public victime d'un accident de service ou d'une maladie professionnelle bénéficie d'un régime de responsabilité comportant trois étages successifs : le premier étage est celui de la pension d'invalidité (...) le deuxième étage permet, sur le fondement de la responsabilité pour risque professionnel, c'est-à-dire en dehors de toute faute de l'administration, la réparation de préjudices de caractère personnel que la pension n'a pas pour objet de réparer (...) le troisième étage ouvre à l'agent la possibilité d'une action fondée sur le droit commun de la responsabilité, c'est-à-dire essentiellement la faute »¹⁰¹⁶.

¹⁰¹² Prévu aux articles L.27 et L.28 du code des pensions civiles et militaires de retraite, ainsi que par le décret n°65-773 du 9 septembre 1965 portant règlement d'administration publique et modifiant le décret n° 49-1416 du 5 octobre 1949 pris pour l'application de l'article 3 de l'ordonnance n° 45-993 du 17 mai 1945 et relatif au régime de retraite des tributaires de la caisse nationale de retraites des agents des collectivités locales.

¹⁰¹³ BERTHOUD Joël (2015), *Pratique du contentieux de la fonction publique*, éditions du Panthéon, p.612

¹⁰¹⁴ CE, sect., 15 décembre 2000, *Castanet*, Req. N°214065, RFDA 2001 p.701.

¹⁰¹⁵ CE, Ass., 4 juillet 2003 *Mme Moya-Caville*, Req. N°211106, Rec.

¹⁰¹⁶ BERTHOUD Joël (2015), *Pratique du contentieux de la fonction publique*, éditions du Panthéon, p.614-615.

L'étagement en trois niveaux du régime de responsabilité de l'administration nous semble néanmoins devoir être précisé afin de bien en restituer la mécanique rodée.

Le premier étage est celui de la responsabilité « classique » de l'administration. Il est constitué du forfait de pension, prévu par les règles statutaires applicables à l'agent et destinée à réparer de manière forfaitaire les préjudices relatifs à l'intégrité physique.

Le second étage ne peut être utilisé par l'agent public que dans le cadre de l'engagement de la responsabilité sans faute de l'administration, après l'occurrence d'un risque professionnel, à l'instar d'une personne victime d'un agissement fautif de l'administration. Il permet à l'agent d'obtenir une réparation des préjudices que le forfait de pension n'a pas pour objet de réparer.

Le troisième étage est celui de la responsabilité de l'administration, engagée à la suite de l'occurrence d'une faute. Dès lors « les préjudices subis par un agent, s'ils sont imputables à une faute de la collectivité publique qui l'emploie, peuvent faire l'objet d'une indemnisation complémentaire, calculée selon une méthode de globalisation partielle, prenant en compte la réparation effectuée par le forfait de pension »¹⁰¹⁷.

Les préjudices personnels du deuxième et du troisième étage sont des préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux, classés dans la nomenclature « Dintilhac »¹⁰¹⁸ qui les distinguent en fonction de leur caractère permanent ou temporaire (I). Cette répartition « matricielle » des préjudices sert alors à déterminer le montant de la réparation, dont le calcul obéit à des règles dont la précision semble incompatible avec un processus de médiation (II).

I. Les préjudices patrimoniaux et extra-patrimoniaux

La réparation des dommages corporels suppose de classer les préjudices à caractère patrimonial et les préjudices à caractère extrapatrimonial, car « les organismes tiers payeurs qui ont indemnisé la victime, en particulier les caisses de sécurité sociale, sont subrogés dans

¹⁰¹⁷ Ibid., p.615.

¹⁰¹⁸ La nomenclature « Dintilhac » est issue du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels, réuni en 2005 autour de Jean-Pierre Dintilhac, président de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation. Elle distingue les préjudices patrimoniaux et les préjudices extrapatrimoniaux.

les droits de celle-ci à l'égard du responsable de ce dommage, à hauteur des sommes que ces tiers payeurs lui ont versées. Peut alors surgir un débat sur le point de savoir ce que ces derniers ont réellement réparé et, au-delà, un conflit de répartition entre les victimes et les tiers payeurs »¹⁰¹⁹.

La juridiction administrative pose par conséquent quatre règles¹⁰²⁰, qui énoncent ainsi que le recours subrogatoire s'exerce poste de préjudice par poste de préjudice, les préjudices étant regroupés dans des catégories homogènes et étanches au sein desquelles le juge administratif doit « déterminer les droits respectifs de la victime et des tiers payeurs, compte tenu de l'indemnité mise à la charge du responsable au titre de cette catégorie de préjudices »¹⁰²¹. Le Conseil d'État a ainsi établi « une sorte de nomenclature des postes de préjudice, autour de la summa divisio introduite par le législateur entre préjudices patrimoniaux et préjudices non patrimoniaux ou personnels »¹⁰²². Ce dernier type de préjudice sera qualifié de préjudice extrapatrimonial.

Les préjudices patrimoniaux sont classés par type¹⁰²³, sans qu'il soit inutile de préciser qu'en « l'absence de dispositions réglementaires définissant les postes de préjudice, le juge doit au moins distinguer, parmi les préjudices de nature patrimoniale, les dépenses de santé, les frais liés au handicap, les pertes de revenus actuels et futurs, l'incidence professionnelle »¹⁰²⁴ qu'a le dommage sur la trajectoire professionnelle de l'agent, mais aussi les « autres dépenses » : les dépenses de santé qui ne sont pas pris en charge par des tiers payeurs¹⁰²⁵, conformément à plusieurs décisions du Conseil d'État¹⁰²⁶ ; les frais liés au handicap¹⁰²⁷ ; les frais liés à la perte de gains professionnels¹⁰²⁸ ; les frais liés à l'incidence

¹⁰¹⁹ Voir conclusions du rapporteur public LALLET Alexandre, sous décision CE, Sect., *M.D...*, 8 mars 2013, Req. N°361273, p.1.

¹⁰²⁰ *Ibid.*, p.2.

¹⁰²¹ *Ibid.*, p.2.

¹⁰²² *Ibid.*

¹⁰²³ *Ibid.*

¹⁰²⁴ Voir conclusions du rapporteur public DAUMAS Vincent, sous la décision CE, 26 mars 2012, Caisse des dépôts et consignations, Req. N°336880.

¹⁰²⁵ Ces tiers payeurs peuvent être des caisses de sécurité sociale, les sociétés d'assurance, les mutuelles et les employeurs publics. Il sera rappelé ici de manière spécifique qu'un SDIS a généralement recours à une couverture assurantielle externalisée ou internalisée, il est alors dans ce dernier cas son propre assureur.

¹⁰²⁶ SENERS François, ROUSSEL Fabien (2019), *Répertoire de la responsabilité de la puissance publique*, Le préjudice réparable, DALLOZ, p.261.

¹⁰²⁷ CE, 22 février 2010, Guerrault, Req. N°313333, AJDA 2010, p.415.

¹⁰²⁸ SENERS François, ROUSSEL Fabien (2019), *Répertoire de la responsabilité de la puissance publique*, Le préjudice réparable, DALLOZ, p.268.

professionnelle du handicap¹⁰²⁹ ; les frais divers (honoraires du médecin conseil, frais de déplacement pour les expertises, etc.).

Les préjudices extrapatrimoniaux ou personnels sont également classés par type. Ils comprennent, à tout le moins, les postes « souffrances physiques et morales », « préjudice esthétique » et « troubles dans les conditions d'existence ». Ces postes peuvent également être précisés : le préjudice de déficit fonctionnel¹⁰³⁰ ; le préjudice lié aux souffrances endurées dont le caractère est provisoire¹⁰³¹ ; le préjudice esthétique¹⁰³² ; le préjudice d'agrément¹⁰³³ ; le préjudice sexuel ; le préjudice d'établissement¹⁰³⁴ ; le préjudice lié à des pathologies évolutives.

L'évaluation matérielle de ces préjudices est assurée par des experts, soit mandatés par l'agent requérant afin qu'il puisse étayer ses demandes, soit diligentés par l'administration. L'expert va notamment avoir la responsabilité d'évaluer ou de confirmer la date d'évaluation du préjudice.

II. Une réparation fonction de la date d'évaluation, pouvant par ailleurs être accrue d'intérêts capitalisés

Si la date d'évaluation du préjudice ne souffre pas de complication dès lors qu'il s'agit de réparer l'éviction irrégulière d'un agent, elle peut néanmoins être plus complexe dans le cadre de la réparation du préjudice corporel, notamment en cas d'évolution de ce dernier. La règle générale est cependant que « le préjudice corporel est (...) évalué au jour du jugement, sauf si le comportement de la victime a retardé l'intervention de la décision de la justice »¹⁰³⁵. La date du paiement de la réparation étant postérieure à la date du jugement, le requérant

¹⁰²⁹ Ibid., p.274.

¹⁰³⁰ Ibid., p.281.

¹⁰³¹ Il permet depuis la décision CE, 6 juillet 1958, *Commune de Grigny*, Req. N°36253, Rec. d'indemniser sans restriction les souffrances selon le principe du « pretium doloris. Ce préjudice est évalué par les experts selon un barème d'évaluation de 1 (« très léger ») à 7 (« très important »).

¹⁰³² Il peut être temporaire, fixé en fonction des circonstances de l'espèce, ou permanent. Dans ce cas il est évalué par les experts selon un barème d'évaluation de 1 (« très léger ») à 7 (« très important »), l'âge de la victime étant un des critères d'appréciation.

¹⁰³³ SENERS François, ROUSSEL Fabien (2019), *Répertoire de la responsabilité de la puissance publique*, Le préjudice réparable, DALLOZ, p.286.

¹⁰³⁴ Ibid., p.287

¹⁰³⁵ CHABANOL Daniel, *La pratique du contentieux administratif*, 9^{ème} édition, LEXIS-NEXIS, pp.979.

peut demander le paiement d'intérêts. Dès lors, « sauf lorsqu'il est fait application d'une disposition spécifique du code civil (...) les intérêts ne courent qu'à compter de la sommation à payer, prévue par l'article 1153 de ce code, laquelle est constituée soit par la réception de la réclamation préalable à fin d'indemnité, soit par la date d'enregistrement de la requête, si elle est antérieure »¹⁰³⁶.

Si le Conseil d'État n'admet pas qu'une demande d'actualisation du préjudice tienne lieu accessoirement de demande d'intérêts, la jurisprudence *Moya-Caville* confirme par ailleurs que si les intérêts courent jusqu'au paiement, « les intérêts non payés peuvent faire l'objet d'une capitalisation, c'est-à-dire se transformer en capital portant lui-même intérêts »¹⁰³⁷. Ainsi capitaliser les intérêts consiste à incorporer au montant du préjudice accordé par le juge administratif les intérêts restants dus. Néanmoins « la demande de capitalisation (sans laquelle aucune capitalisation n'est prononcée) peut être formée à tout moment devant les juges du fond, pourvu qu'elle concerne les intérêts dus depuis au moins une année entière »¹⁰³⁸.

La réparation du préjudice corporel obéit ainsi à une mécanique finement ciselée, le plus souvent affaire d'avocats spécialisés en la matière. Le caractère quasiment mathématique de son évaluation, poussé à l'extrême, nous semble constituer une désincitation majeure pour la médiation administrative : à la fois pour l'agent et l'administration, qui en comprennent tous deux le caractère implacable, mais aussi pour le médiateur administratif lui-même, qui va devoir composer avec des règles jurisprudentielles d'une grande complexité.

¹⁰³⁶ BERTHOUD Joël (2015), *Pratique du contentieux de la fonction publique*, éditions du Panthéon, p.618

¹⁰³⁷ Ibid., p.619, voir également CE, 13 décembre 2002, *Cie d'Assurance Les Lloyds de Londres et autres*, Req. N°203429

¹⁰³⁸ CHABANOL Daniel, *La pratique du contentieux administratif*, 9^{ème} édition, LEXIS-NEXIS, pp.996

Conclusion du chapitre 1

L'objectif de ce chapitre a été de rechercher les éléments en fait ou en droit qui permettraient de mieux inciter à la médiation administrative. Cette exploration s'est faite avec en toile de fond une référence sémantique à la théorie des mécanismes d'incitation et de la théorie de l'information. Il s'est donc agi de rechercher les mécanismes juridiques qui sous-tendent l'émergence et la matérialisation d'un différend entre un agent et son administration, pouvant constituer un « signal » qui permettrait de mettre en relief la pertinence d'une médiation administrative. Si ce processus existe aujourd'hui, il est à la fois subjectif et empirique, reposant le plus souvent sur l'expérience propre de chaque référent médiation au sein des juridictions.

Le type de recours a été un premier angle d'analyse. Il a permis d'arriver à la conclusion que seuls les recours administratifs peuvent être considérés comme les signaux faibles d'un potentiel conflit à venir. Ils sont ainsi un indicateur de la potentielle pertinence d'une médiation administrative à l'initiative des parties, que ce soit l'agent ou l'administration.

L'économie procédurale du contentieux a ensuite constitué un second angle d'analyse, focalisé sur les modalités de contrôle du juge administratif et la dimension indemnitaire des recours. Avec une double focale juridique et économique, elle a démontré que les différends où le contrôle du juge est restreint constituent un signal fort pour une médiation administrative, qui va pouvoir réparer un lien endommagé par l'empire des mesures d'ordre intérieur. Elle conclue également que si la médiation est en général un outil pouvant accélérer la réparation d'un préjudice, elle est néanmoins peu propice à la réparation du préjudice corporel, qui obéit à une « mécanique » contentieuse particulière.

Ce deuxième angle d'analyse a également permis de mettre en relief l'importance de la subjectivité du différend, du conflit et du contentieux : les circonstances, les faits de l'espèce, les conséquences sur la vie de l'agent. Si la doctrine évoque le contentieux objectif et le contentieux subjectif en matière de droit de la fonction publique, elle reste néanmoins imprécise sur le périmètre de chacun d'eux. Or notre étude a pu éclairer sous un jour nouveau l'importance de la subjectivité du contentieux, notamment au regard de ce que la médiation administrative est, c'est-à-dire un processus maïeutique entre individus.

Chapitre 2 : L'émergence inaboutie du différend subjectif

Faciliter l'identification des différends et des contentieux fonction publique pouvant se prêter facilement à une médiation administrative, grâce à une classification spécifique, pourrait reposer sur la thématique des affaires. En effet, il a déjà pu être remarqué à plusieurs reprises que les litiges ayant une forte dimension indemnitaire pouvaient particulièrement être propices à ce type de mode alternatif de règlement. Une approche fondée dans ce cas sur un considérant économique achoppe néanmoins sur la difficulté d'identifier quelle est la nature profonde du différend entre l'agent et l'administration, tant les causes peuvent être nombreuses.

Le concept de droit subjectif est ainsi exploré dans ce chapitre, en tant que droit objectif dans le chef des agents mais aussi, plus largement, en tant que droit « historique » dont est titulaire tout sujet de droit :

« La création de droits subjectifs, dont les titulaires peuvent être différentes unités productives - familles, individus, entreprises, l'État, cela dépend des circonstances historiques et des préférences idéologiques - entraîne presque logiquement la naissance d'autres institutions juridiques. La création de droits subjectifs implique la nécessité de les protéger contre de possibles envahissements par d'autres, qui ont fait le choix de maximaliser leurs intérêts, non par une activité productive, mais en dérobant la production des autres. Le désir de produire implique le désir de protéger sa production, ce qui explique l'émergence d'institutions comme le talion, dans les sociétés primitives, la féodalité dans le moyen âge, la police, le ministère public, la responsabilité civile, le droit pénal dans les sociétés modernes. Chaque système juridique, aussi primitif qu'il soit, implique en plus de nombreuses occasions d'incertitudes. La qualité d'être titulaire de tel ou tel droit dépend le plus souvent de l'incidence d'un certain événement dans le passé (par ex. la conclusion d'un contrat, une occupation d'une "res nullius", la mort d'une personne). L'incertitude, qui accompagne inévitablement la reconstruction du passé, implique des possibilités de litiges sur les droits subjectifs. La nécessité de trancher ces litiges de façon définitive, afin de créer la certitude dans l'attribution des moyens rares, explique l'émergence de tribunaux, de la procédure, d'un système de preuves. En bref, le désir profondément humain de produire et d'utiliser des moyens rares explique beaucoup de phénomènes juridiques tels que les droits subjectifs, les

institutions protectrices et pénales, l'organisation judiciaire, le système des preuves. Armé de ce schème, on peut déjà formuler une hypothèse importante sur le développement des institutions juridiques dans l'histoire humaine : l'accroissement de l'activité productive mène à une augmentation de situations de rareté sociale et interpersonnelle, ce qui implique le développement graduel de droits subjectifs et de la superstructure institutionnelle destinée à protéger ces droits et à résoudre les litiges concernant ces droits »¹⁰³⁹.

Ainsi, les notions de droit subjectif, de contentieux fonction publique « subjectif » et de différend subjectif sont particulièrement intéressantes dans la perspective de mieux identifier les situations juridiques propices à une médiation administrative (Section 1). La recherche d'une structure ou d'une typologie des différends subjectifs, qui peuvent naître entre un agent et son administration, amène cependant à soumettre le résultat à une analyse juridique qui, si elle invalide en partie ces notions qui semblent demeurer pour l'instant inabouties, élargit la recherche en direction de la science juridique (Section 2).

¹⁰³⁹ BOUCKAERT Boudewijn (1987), « L'analyse économique du droit : vers un renouveau de la science juridique ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 18(1), p.47-61.

Section 1 : Le différend subjectif pour la médiation administrative

Développer la médiation administrative dans un univers où la réticence à son endroit se manifeste, comme nous l'avons étudié, sous différentes formes est, aujourd'hui, la tâche difficile des référents médiation au sein des juridictions administratives¹⁰⁴⁰, mais aussi des associations de médiateurs¹⁰⁴¹, très actives en la matière. Ils participent ainsi à l'expansion de la doctrine administrativiste sur la question de la médiation, la doctrine étant définie comme « le champ social spécifique que forment les professionnels spécialisés dans la production et dans la transmission du savoir juridique, professionnels chargés de connaître et de faire connaître le droit »¹⁰⁴². Ainsi, elle « participe au processus de production du droit au moins de quatre manières différentes : par une activité d'interprétation, par un travail de systématisation, par la production de nouvelles représentations, enfin par une participation plus directe à l'élaboration de la norme ; ces différentes facettes sont bien évidemment indissociables »¹⁰⁴³.

Si l'activité d'interprétation, la production de nouvelles représentations et la participation à l'élaboration des normes encadrant la pratique de la médiation¹⁰⁴⁴ sont largement développées depuis le début du vingt et unième siècle, comme en témoigne la bibliographie importante sur la médiation en général et la médiation administrative en particulier¹⁰⁴⁵, il nous semble que le travail de systématisation, qui est fondamental pour le développement du processus juridique, pourrait être plus largement abouti. En effet, le travail de systématisation « donne à la doctrine un rôle essentiel dans la construction et dans la reproduction de l'ordre juridique. Le droit ne peut remplir en effet la fonction qui lui incombe dans la société, c'est-à-dire être un facteur d'ordre, de sécurité et de stabilité, qu'à condition d'atteindre un certain degré d'abstraction et de généralité et de se présenter comme un ensemble logique et cohérent : il s'agit, non seulement d'établir les chaînons nécessaires entre les productions juridiques singulières en dégagant les principes communs sous-jacents, mais

¹⁰⁴⁰ CE, 2019, *Premières assises nationales de la médiation administrative*, 18 décembre 2019.

¹⁰⁴¹ Comme l'association nationale des médiateurs (ANM), l'association des médiateurs européens (AME), etc.

¹⁰⁴² CHEVALLIER Jacques (2002), « Doctrine juridique et science juridique », *Droit et Société : Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*, pp. 103-119.

¹⁰⁴³ Ibid.

¹⁰⁴⁴ Voir à ce titre la genèse des textes encadrant et développant la médiation dans GUILLAUME-HOFNUNG Michèle (2020), *La médiation*, Que sais-je, 8^{ème} édition.

¹⁰⁴⁵ Voir à ce sujet la bibliographie de cette thèse, relative à la médiation et à la médiation administrative, qui n'est pas exhaustive.

encore de construire les grandes synthèses donnant à l'ordre juridique son unité et le plaçant sous l'empire de la raison (J. Rivero, 1951) »¹⁰⁴⁶.

Par conséquent, existe-t-il une typologie des contentieux qui pourrait permettre d'aiguiller de manière systématique vers la médiation administrative, sans généraliser forcément la médiation préalable obligatoire, dont le succès semble néanmoins réel ? La médiation administrative étant efficace dès l'éclosion d'un différend, né d'une lésion, ressentie ou réelle, d'un droit dans le chef des particuliers, est-il possible de dégager un système cohérent permettant d'orienter très rapidement l'agent et son administration vers la médiation administrative, au motif de l'utilité de cette dernière ?

Le dépassement des classifications doctrinales du contentieux administratif nous apparaît nécessaire pour déboucher sur la notion que nous qualifions de différend subjectif, définissant un conflit entre l'agent et son administration au sujet d'un droit « subjectif » dans le chef de l'agent, en amont du contentieux qu'il pourrait faire naître (§1). Ce concept justifié et décrit, cette recherche ébauche ensuite une structure souple du différend subjectif autour d'une typologie des griefs propices au développement d'une médiation administrative, basée sur la notion d'utilité (§2).

¹⁰⁴⁶ CHEVALLIER Jacques (2002), « Doctrine juridique et science juridique », Droit et Société : Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique, pp. 103-119.

§1. Le dépassement des classifications doctrinales du contentieux administratif

Si la médiation est un processus ancien, la médiation administrative s'est largement développée depuis la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle. Cette dernière l'ancore comme un mode alternatif au règlement d'un différend, dont la classification doctrinale en matière de fonction publique n'apparaît pas pertinente pour déceler la nécessité d'une médiation administrative, dont la précocité est un gage de réussite.

Il semble ainsi pertinent de dépasser les classifications classiques du contentieux fonction publique pour parvenir dans un premier temps à la notion de contentieux fonction publique « subjectif », chargé de juger et de réparer la lésion de droits subjectifs dans le chef des agents (A). Cependant la pertinence d'ancrer la médiation en amont de la phase contentieuse nous amène à éclairer le différend sous un nouveau jour, en identifiant les griefs qui le fondent dès son éclosion (B).

A. De la nécessité d'évoluer vers un contentieux fonction publique « subjectif »

La doctrine a, dès la fin du dix-neuvième siècle, tenté de classer le contentieux administratif, alors en plein développement. Ce dernier va ainsi être qualifié d'objectif ou de subjectif, à la suite des multiples controverses de cette époque rappelés par le professeur Norbert Foulquier : il s'agissait en effet pour les juristes et les professeurs de droit administratif de cette époque de « jouer leur rôle de théoriciens et de systématiciens de la législation et de la jurisprudence administrative »¹⁰⁴⁷. Si la notion de contentieux objectif s'est imposée dans la doctrine au détriment de celle de contentieux subjectif, la notion de conflit du travail au sein de la fonction publique réactive la question de ces droits subjectifs en droit administratif, dont la seule définition consensuelle ne suffit pas à décrire précisément tous les

¹⁰⁴⁷ FOULQUIER Norbert (2005), « L'analyse du discours juridique : le concept de droit subjectif en droit administratif », dans Sur la portée sociale du droit. Usages et légitimité du registre juridique, PUF, p.47.

contours : « une prérogative juridique qui appartient en propre à un sujet de droit et que celui (peut) revendiquer en justice »¹⁰⁴⁸.

Si ces droits subjectifs sont au cœur du droit civil¹⁰⁴⁹, ils peinent néanmoins à trouver une définition et un périmètre stabilisés en droit administratif, où le « grand Droit », fait des règles objectives, à portée générale et impersonnelle, semble écraser le « petit Droit », composé des droits qui appartiennent en propre aux sujets de droit. Or ces derniers revêtent une importance particulière en droit de la fonction publique et dans le contentieux qui y est attaché. Il semble donc nécessaire de distinguer le contentieux objectif du contentieux subjectif (I), les droits subjectifs apparaissant comme un concept pertinent en droit de la fonction publique (II).

I. Le contentieux objectif et le contentieux subjectif en contentieux administratif

La première classification est dégagée par Edouard Laferrière dans son *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*¹⁰⁵⁰, dont la première édition remonte à 1887-1888. Elle est avant tout fondée sur les pouvoirs du juge : le célèbre professeur de droit et Vice-président du Conseil d'État dégage ainsi la notion de pleine juridiction, qu'il définit comme comprenant de nombreuses catégories d'affaires dans lesquelles la juridiction administrative exerce les pouvoirs les plus larges. Cette définition extensive est en outre dotée d'un champ d'application particulièrement large et ouvert.

Il donne étonnement et à l'inverse de sa conception large du recours de pleine juridiction une définition très circonscrite du contentieux de l'annulation. Il décrit ce dernier en précisant que les actes et décisions de l'administration ayant le caractère d'actes de commandement et de puissance publique donnent lieu à ce contentieux, excluant par là-même les autres décisions de l'administration du champ d'application de ce contentieux. Il précise ensuite que ces actes ne peuvent pas être révisés et réformés par la juridiction

¹⁰⁴⁸ Ibid., p.44.

¹⁰⁴⁹ MENARD Benjamin (2020), *L'anormalité en droit de la responsabilité civile*, Thèse, LGDJ, pp.476.

¹⁰⁵⁰ LAFERRIERE Edouard Julien (1887), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Edition Hachette/BNF, réédition de 2017.

administrative, ils ne peuvent être qu'annulés, et seulement pour illégalité, non pour inopportunité ou fausse appréciation des faits »¹⁰⁵¹.

La distinction entre le contentieux de l'annulation et le contentieux de pleine juridiction est par conséquent aujourd'hui aussi naturelle dans l'esprit des publicistes que floue : « L'expression de pleine juridiction n'a donc pas, positivement, de sens en elle-même, si ce n'est de préciser que le recours ouvert n'est pas un recours pour excès de pouvoir »¹⁰⁵². Il suffit pour s'en convaincre de songer à la dimension indemnitaire que peut recouvrir le contentieux de l'annulation dans le domaine de la fonction publique. Ainsi la médiation administrative peut tout aussi s'épanouir, comme cette recherche l'a déjà démontré, dans le contentieux de l'annulation que dans le contentieux de la pleine juridiction. Cette première classification n'apparaît donc pas pertinente pour examiner la pertinence d'une médiation administrative. Or « à cette classification des branches du contentieux, fondée sur les pouvoirs du juge est préférée parfois une classification matérielle en fonction de la question posée au juge »¹⁰⁵³.

La seconde classification est en effet celle dégagée par Léon Duguit dans son *Traité de droit constitutionnel*¹⁰⁵⁴. Le doyen de la faculté de droit de Bordeaux estime en effet qu'il y a « juridiction subjective toutes les fois que le juge est appelé à résoudre avant tout et principalement une question de droit subjectif (car) les situations objectives et subjectives s'entremêlent de sorte qu'il incombe au juge, à partir de la question qui lui est posée, de déterminer si le litige pose principalement une question de droit objectif ou de droit subjectif »¹⁰⁵⁵.

Cette frontière entre le contentieux objectif et le contentieux subjectif est néanmoins « flottante », ce qui « rend la classification de Duguit difficilement applicable. Les seuls recours pour lesquels la distinction semble immédiatement opératoire sont le recours pour excès de

¹⁰⁵¹ LEPETIT-COLLIN Hélène, PERRIN Alix (2011), « La distinction des recours contentieux en matière administrative », RFDA 2011, p.813.

¹⁰⁵² Ibid.

¹⁰⁵³ BROUSSOLLE Yves (2019), *Les recours contentieux. Fiches d'introduction au droit public*, éditions Ellipses, p. 215-218.

¹⁰⁵⁴ DUGUIT Léon (1928), *Traité de droit constitutionnel*, Edition De Boccard.

¹⁰⁵⁵ LEPETIT-COLLIN Hélène, PERRIN Alix (2011), « La distinction des recours contentieux en matière administrative », RFDA 2011, p.813.

pouvoir et le recours indemnitaire »¹⁰⁵⁶, comme nous l'avons d'ailleurs déjà vu précédemment.

C'est ainsi que le Conseil d'État semble avoir éludé la notion de droit subjectif, sans rentrer dans le débat doctrinal sur l'existence ou l'inexistence des droits subjectifs de la puissance publique¹⁰⁵⁷, en entretenant une « certaine ambiguïté. Il affirmait le droit subjectif du contentieux de l'annulation des actes administratifs. En effet, pour spécifier le recours pour excès de pouvoir (...) les membres du Conseil d'État ont affirmé que le recours pour excès de pouvoir était un recours objectif, c'est-à-dire qu'il ne visait pas tant à protéger immédiatement les droits individuels qu'à garantir que l'administration respectait bien les prescriptions législatives »¹⁰⁵⁸. Il s'agissait également pour lui de ne pas nourrir un débat doctrinal houleux sur les conséquences que pourraient avoir l'existence de droits subjectifs des particuliers, à savoir l'existence de droits subjectifs dans le chef même de la puissance publique, amenant à indirectement questionner la légitimité de ce concept princeps, au fondement même de l'État en France.

Dans un contexte d'individualisation croissante des droits, nous considérons qu'un tel débat doctrinal ne mérite pas d'être réactivé : le contentieux administratif est par essence objectif, puisqu'il s'applique à corriger les erreurs de l'administration. La notion de droits subjectifs dans le chef des particuliers apparaît néanmoins centrale dans les conflits de travail au sein de la fonction publique, ces derniers étant définis internationalement comme « toute controverse naissant entre un travailleur et un employeur, ou entre un syndicat et des employeurs, à propos de l'application d'une loi, d'une convention collective, des règles du travail, d'un contrat de travail ou des règles d'usage, ainsi que tout désaccord naissant lors de la négociation d'une convention collective ou en lien avec une convention collective »¹⁰⁵⁹.

II. La pertinence des droits subjectifs en matière de contentieux fonction publique

¹⁰⁵⁶ Ibid.

¹⁰⁵⁷ Voir les développements à ce sujet de FOULQUIER Norbert (2005), « L'analyse du discours juridique : le concept de droit subjectif en droit administratif », dans Sur la portée sociale du droit. Usages et légitimité du registre juridique, PUF

¹⁰⁵⁸ Ibid.

¹⁰⁵⁹ International Labour Organization, Les définitions inscrites dans la loi : conflit de travail.

La pertinence du concept de droits subjectifs en matière de contentieux fonction publique, où les recours pour excès de pouvoir, assortis éventuellement de conclusions indemnitaires, sont majoritaires, nous semble en effet réelle. Elle permet en effet d'aligner l'adéquation quasi naturelle entre les droits subjectifs et la médiation administrative, sans ignorer que la limite entre le contentieux objectif et subjectif est brouillée depuis la décision *Blanc, Argaing, Bézie*¹⁰⁶⁰ qui permet au requérant dans la même requête de « saisir le juge administratif de questions de droit objectif et de droit subjectif. Toutefois, dans cette hypothèse, les conclusions aux fins d'annulation et les conclusions aux fins d'indemnisation conservent leur autonomie : examinées séparément par le juge, elles sont en outre soumises à des régimes juridiques distincts »¹⁰⁶¹.

Si Hélène Lepetit-Collin et Alix Perrin rejettent ces classifications « classiques » et historiques en ce début de vingt-et-unième siècle, elles reconnaissent également qu'en « l'absence de guichet unique devant le juge administratif et de classifications doctrinales opérantes, la diversité du contentieux administratif ne peut être aujourd'hui appréhendée qu'au moyen d'un inventaire. Celui-ci permet de distinguer un nombre de recours contentieux plus important que ce qui résultait des anciennes classifications. Il ne bouleverse pas pour autant totalement la structure du contentieux administratif (...) Cependant, cet inventaire ne concerne pas l'ensemble des recours dont le juge administratif peut être saisi et dont la plupart n'ont d'ailleurs jamais été évoqués par les classifications doctrinales. En effet, cet inventaire, qui succède aux classifications doctrinales, vise, comme elles, à distinguer les différents recours à l'occasion desquels le juge administratif tranche, au fond, un litige né d'un acte ou d'un comportement de l'administration »¹⁰⁶².

Il nous apparaît par conséquent pertinent au point de vue méthodologique de retenir la possibilité de fonder en contentieux fonction publique des droits « subjectifs » fondé sur un inventaire des recours permettant de trancher les griefs nés d'un acte ou d'un comportement de l'administration, considéré à raison ou à tort par l'agent comme fautif. Afin de faciliter la dénomination de ce contentieux particulier, objectif par nature mais subjectif par

¹⁰⁶⁰ CE, 31 mars 1911, *Blanc, Argaing, Bézie*, Rec.

¹⁰⁶¹ FOULQUIER Norbert (2005), « L'analyse du discours juridique : le concept de droit subjectif en droit administratif », dans *Sur la portée sociale du droit. Usages et légitimité du registre juridique*, PUF, p.45.

¹⁰⁶² LEPETIT-COLLIN Hélène, PERRIN Alix (2011), « La distinction des recours contentieux en matière administrative », RFDA 2011.

circonstances, nous le qualifions de contentieux fonction publique « subjectif ». Le qualificatif de subjectif nous semble en effet fondamental, en ce qu'il se rapporte à la notion de sujet : le sujet de droit certes, mais le sujet d'un différend également.

B. Un contentieux fonction publique « subjectif » reposant sur un inventaire des griefs

Hélène Lepetit-Collin et Alix Perrin ont identifié plusieurs familles de recours, dont deux concernent directement le contentieux fonction publique, que notre travail de recherche a d'ores et déjà abordés. Notre recherche part ainsi de ce travail pour établir un classement du contentieux selon un inventaire des recours né d'un acte fautif de l'administration (I), puis selon un inventaire des griefs (II).

I. Un classement du contentieux selon un inventaire des recours où le juge administratif tranche un litige né d'un acte fautif de l'administration

La première famille de recours est celle des recours en annulation, fondé sur le recours pour excès de pouvoir, où, « saisi d'un litige portant sur la légalité d'un acte administratif unilatéral, le juge administratif, pour trancher ce litige, n'exerce qu'un pouvoir d'annulation, dont la portée peut toutefois varier. L'annulation peut en effet être totale, partielle, conditionnelle et le cas échéant différée dans le temps. Lorsque cette illégalité est d'une particulière gravité, le juge de l'excès de pouvoir peut même en déclarer l'inexistence. La théorie de l'inexistence (...) ne constitue en réalité qu'une hypothèse particulière du recours pour excès de pouvoir. D'ailleurs, lorsque les parties saisissent le juge d'une demande en déclaration d'inexistence d'un acte administratif, elles l'associent à une demande d'annulation de l'acte »¹⁰⁶³.

La seconde famille est celle des recours en réparation d'un dommage, qui « porte exclusivement sur une situation juridique subjective. En effet, à l'appui de ce recours, le requérant ne peut se prévaloir que d'un préjudice personnel dont l'existence et l'étendue

¹⁰⁶³ Ibid.

conditionnent le pouvoir de réparation du juge. Ce pouvoir de réparation qui, devant le juge administratif prend généralement la forme de dommages et intérêts, permet seul de compenser le préjudice »¹⁰⁶⁴.

Le contentieux fonction publique peut voir ces deux familles juxtaposées l'une sur l'autre grâce à la jurisprudence Lafage, un litige soulevé devant le juge pouvant à la fois avoir une dimension annulatoire et une dimension indemnitaire. Cette imbrication nécessite donc de proposer un autre type de classification, permettant d'identifier les thématiques des conflits particulièrement propices à la médiation.

II. [Un classement du contentieux selon un inventaire des griefs](#)

Selon le dictionnaire Le Robert, le grief est un sujet ou un motif de plainte, généralement contre une personne. Appliqué au domaine du contentieux fonction publique, il naît le plus souvent d'un acte ou d'un comportement de l'administration, que l'agent va estimer, à tort ou à raison, comme fautif. Comme nous l'avons déjà largement examiné il va, par l'intermédiaire des recours administratifs et des recours juridictionnels, tenter de faire annuler une décision, soit par l'administration elle-même, soit par le juge. Il va également pouvoir demander la réparation de cette faute, si cette dernière est établie.

La dimension annulatoire et la dimension indemnitaire des griefs est ainsi au cœur des différends qui peuvent se nouer entre un agent et son administration. Néanmoins, comment classer ces derniers, sachant que la notion de droit subjectif, si elle est établie en droit administratif depuis la fin du dix-neuvième siècle, ne fait pas encore l'objet d'un consensus clair ? Il nous semble intéressant de poursuivre la proposition de classer les droits subjectifs des agents sur la base d'un inventaire, non pas sur la base des prérogatives du juge en matière d'annulation ou d'indemnisation, mais des griefs que les agents peuvent adresser à leur administration. Cette translation est par ailleurs motivée par la nécessité d'ancrer la médiation administrative dans une phase précontentieuse, dont on sait qu'elle permet de dénouer des tensions que le contentieux vient cristalliser en lui-même.

¹⁰⁶⁴ Ibid.

§2. Vers l'ébauche d'une structure souple du différend « subjectif » autour de la notion d'utilité

L'ouvrage collectif du Conseil d'État et de la Direction générale de l'administration et de la fonction publique, intitulé « L'essentiel de la jurisprudence du droit de la fonction publique – Recueil de commentaires de jurisprudences applicables aux agents publics »¹⁰⁶⁵ fournit une classification thématique pouvant constituer une source d'inspiration intéressante. En effet, il est composé de sept parties, elles-mêmes subdivisées en plusieurs fiches thématiques : l'organisation générale et la gestion des corps et des cadres d'emploi, les droits et obligations du fonctionnaire, le recrutement, la carrière et le parcours professionnel, les modalités d'emploi et les droits sociaux, les agents contractuels et le contentieux de la fonction publique.

L'utilité d'une typologie consacrant l'adéquation du contentieux fonction publique « subjectif » avec la médiation administrative ayant été démontrée, il convient ainsi de la structurer selon la vocation de la médiation administrative, dans la temporalité où cette dernière semble le plus efficace : en amont du contentieux juridictionnel. Il est ainsi important ici de postuler qu'avant un contentieux fonction publique « subjectif » il y a un différend entre l'agent et son administration, relatif à la lésion réelle ou ressentie d'un droit subjectif dans le chef de l'agent. Nous définissons ce différend comme un différend subjectif.

Ce double glissement sémantique permet de positionner l'agent et son administration dans une logique d'enjeu, où chacun peut perdre ou gagner quelque chose. Or rappelons ici que la médiation administrative est un mode de résolution amiable amenant les parties à rechercher un accord consensuel, mais aussi et peut-être avant tout un processus frappé du sceau de l'utilité. Le mot utilité est ici à envisager sous plusieurs acceptions¹⁰⁶⁶. S'il s'agit de conférer à la médiation le caractère de ce qui est utile, c'est-à-dire de l'envisager comme un

¹⁰⁶⁵ Direction générale de l'administration et de la fonction publique, Conseil d'État, (2020), L'essentiel de la jurisprudence du droit de la fonction publique – Recueil de commentaires de jurisprudences applicables aux agents publics, sous la direction de DUTHEILLET DE LAMOTHE Louis, LABRUNE Nicolas, FIROUD Marc, DOMINGO Laurent, ILJIC Anne, DE MAILLARD Benjamin, PERRIERE Manon.

¹⁰⁶⁶ Les définitions employées ici sont empruntées au Centre nationale de ressources textuelles et lexicales : <https://cnrtl.fr/definition/utilité>.

moyen permettant d'atteindre une finalité donnée, c'est aussi en économie la qualité d'un bien ou d'un service qui le rend apte à assurer une certaine fonction, et de ce fait le rend désirable pour ses acquéreurs potentiels. Or la médiation est un service, que les médiés décident d'acheter ou pas, voire de valoriser ou pas. Ainsi la médiation recèle au-delà d'une utilité pratique une utilité économique, cette dernière impliquant une appréciation et une satisfaction. L'objectif est donc ici d'apprécier de manière sommaire l'utilité potentielle d'une médiation administrative, pour constituer une structure souple du contentieux fonction publique « subjectif », par essence propice à ce MARD.

Cette utilité ne nous apparaît potentiellement réelle qu'en fonction de certaines thématiques, centrées sur la vie de l'agent au sein de la structure d'emploi qu'est l'administration. Elle est d'abord examinée sous l'angle des cadres d'emploi, puis des droits et des obligations des fonctionnaires (A). Puis elle l'est sous celui du recrutement, de la carrière, du parcours et des droits sociaux (B).

A. Les cadres d'emploi, les droits et les obligations des fonctionnaires

La gestion des cadres d'emploi (I), ainsi que les droits et les obligations des fonctionnaires (II), constituent une première source de griefs importants en matière de droits subjectifs invocables par les agents.

I. La gestion des différents cadres d'emploi et du fonctionnaire dans l'administration

La distinction du grade et de l'emploi¹⁰⁶⁷ permet à tout agent de se voir attribué un grade, inscrit dans un cadre d'emploi dont le caractère est statutaire, a contrario de l'emploi qui n'est qu'une « notion administrative et budgétaire (qui) relève de l'organisation du service »¹⁰⁶⁸. Ainsi chaque emploi, défini par une fiche de poste, elle-même inscrite

¹⁰⁶⁷ CE, 18 mars 1959, *Sieur Sarfati*, Rec. ; CE, 8 février 1961, *Sieur Bourianne*, Rec.

¹⁰⁶⁸ Direction générale de l'administration et de la fonction publique, Conseil d'État, (2020), *L'essentiel de la jurisprudence du droit de la fonction publique – Recueil de commentaires de jurisprudences applicables aux agents publics*, sous la direction de DUTHEILLET DE LAMOTHE Louis, LABRUNE Nicolas, FIROUD Marc, DOMINGO Laurent, ILJIC Anne, DE MAILLARD Benjamin, PERRIERE Manon, p.20

potentiellement dans un répertoire des métiers¹⁰⁶⁹, peut différer d'une administration à une autre, notamment dans le domaine des collectivités locales. L'emploi peut ainsi dans la fonction publique territoriale être parfois le fruit d'un consensus entre l'administration et l'agent, la fiche de poste¹⁰⁷⁰ étant un document élaboré conjointement par l'agent et son responsable hiérarchique direct. Si elle peut être modifiée unilatéralement par l'administration, elle est néanmoins évolutive et constitue un des socles de l'évaluation annuelle de l'agent public, facilitant notamment le bilan de l'activité et la définition des objectifs. L'affectation sur un périmètre fonctionnel donné, corrélée à l'évaluation de l'agent sur ce poste de travail, sont ainsi deux champs de quérulence développés dans la fonction publique. Ils amènent parfois à voir le différend tranché sur le terrain de l'insuffisance professionnelle, caractérisée par le comportement général dans les relations de travail, tant au niveau du savoir-faire que du savoir-être¹⁰⁷¹. Si l'administration doit la démontrer et suivre une procédure stricte, elle est souvent annulée par le juge administratif, en raison d'une qualification erronée de la situation¹⁰⁷². Elle est également le fruit d'un long processus, où une médiation à l'initiative des parties (MIP) précoce pourrait être largement profitable afin de repositionner l'agent en échec.

Le principe d'égalité de traitement des fonctionnaires¹⁰⁷³ « s'applique au déroulement de leur carrière et à leurs conditions de rémunération (...) La méconnaissance de ce principe permet d'annuler tout acte constitutif d'une discrimination entre des fonctionnaires qui, au sein d'un même corps ou cadre d'emplois, se trouvent dans une situation identique »¹⁰⁷⁴. L'application de ce principe n'est cependant ni automatique, ni absolue, puisqu'il ne « s'oppose pas à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'elle déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général

¹⁰⁶⁹ Il existe un grand nombre de répertoire des métiers, qu'ils soient à grande échelle (voir le Répertoire interministériel des métiers de l'État en vigueur depuis 2017 ou le répertoire des métiers de la fonction publique territoriale : <https://www.cnfpt.fr/evoluer/emploi-fpt/le-repertoire-des-metiers#rmt-marguerite>) ou à l'échelle d'une collectivité locale comme un SDIS.

¹⁰⁷⁰ La fiche de poste ne doit pas être confondue avec le profil de poste, qui permet la définition de la fonction occupée au sein de l'organisation de travail, et la fiche métier, qui décrit de façon générale les caractéristiques du métier.

¹⁰⁷¹ CE 31 mai 1968, *Dame Duprerré*, Req. N°67050, Rec. ; CE 19 février 1954, *Couture*, Req. N°18198, Rec.

¹⁰⁷² CE 17 mars 2004, *CNRS*, Req. N° 205436.

¹⁰⁷³ CE, Ass., 27 octobre 1989, *M. X...*, Req. N° 95511, Rec.

¹⁰⁷⁴ Direction générale de l'administration et de la fonction publique, Conseil d'État, (2020), *L'essentiel de la jurisprudence du droit de la fonction publique – Recueil de commentaires de jurisprudences applicables aux agents publics*, sous la direction de DUTHEILLET DE LAMOTHE Louis, LABRUNE Nicolas, FIROUD Marc, DOMINGO Laurent, ILJIC Anne, DE MAILLARD Benjamin, PERRIERE Manon, p.31.

pourvu que, dans l'un comme dans l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la norme qui l'établit et ne soit pas manifestement disproportionnée au regard des motifs susceptibles de la justifier »¹⁰⁷⁵. Si des dérogations sont ainsi admises elles donnent néanmoins lieu à un contrôle entier de la part du juge administratif, qui pourrait inciter les parties à refuser une médiation. Si cette dernière intervient suffisamment tôt elle peut néanmoins faire œuvre pédagogique auprès de l'agent concerné.

Le retrait et l'abrogation d'un acte de gestion¹⁰⁷⁶ obéissent à des règles strictes, notamment dès lors que cette décision est créatrice de droits. Ainsi l'administration ne peut, à son initiative, abroger que dans un délai de quatre mois suivant son édicition un acte créateur de droit. Si ce délai peut être dépassé dans plusieurs hypothèses, il convient de mesurer la portée des droits créés, qui peut être nulle ou relative¹⁰⁷⁷. Ainsi, une médiation « pédagogique » peut là aussi être utile, la frontière entre ce qui est acquis et ce qui est révocable en droit étant dans l'esprit des agents souvent floues, la plupart du temps pour des motifs économiques.

II. Les droits et les obligations

Les droits et les obligations pourraient ainsi constituer la seconde source de griefs importants en matière de droits subjectifs invocables par les agents. Si la médiation est propice à certains litiges, elle ne l'est cependant peut-être pas pour d'autres comme les différends liés aux obligations de réserve¹⁰⁷⁸, de secret professionnel et de discrétion professionnelle¹⁰⁷⁹, de désintéressement et de prévention des conflits d'intérêt¹⁰⁸⁰, de

¹⁰⁷⁵ CE, Ass., 11 avril 2012, *GISTI*, Req. N°322326, Rec.

¹⁰⁷⁶ CE, Ass., 26 octobre 2001, *M. Ternon*, Req. N° 197178, Rec. ; Art. L.242-1 et L.242-2 du code des relations du public avec l'administration (CRPA).

¹⁰⁷⁷ Direction générale de l'administration et de la fonction publique, Conseil d'État, (2020), *L'essentiel de la jurisprudence du droit de la fonction publique – Recueil de commentaires de jurisprudences applicables aux agents publics*, sous la direction de DUTHEILLET DE LAMOTHE Louis, LABRUNE Nicolas, FIROUD Marc, DOMINGO Laurent, ILJIC Anne, DE MAILLARD Benjamin, PERRIERE Manon, p.44.

¹⁰⁷⁸ CE, 12 janvier 2011, *M. Jean-Hugues A...*, Req. N°338461, Rec.

¹⁰⁷⁹ CE, 1er juin 1994, *Centre hospitalier spécialisé Le Valmont*, Req. N°150870, Rec. ; CE, 30 novembre 2007, Req. N°298814.

¹⁰⁸⁰ CE, Ass., 6 décembre 1996, *Société Lambda*, Req. N°167502, Rec. ; CE, 30 juillet 2003, *MM. Michel et Maurice B...*, Req. N°228230, Rec.

neutralité et de respect du principe de laïcité¹⁰⁸¹, d'obéir ou de désobéir¹⁰⁸². Les droits et les devoirs du sapeur-pompier, en tout point identiques à ceux mis en exergue par la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, sont repris par la charte nationale des sapeurs-pompiers volontaires¹⁰⁸³ et la charte de déontologie de la sécurité civile. Ces textes servent de fondement à toute action disciplinaire, qui n'est pas habituellement propice avec le processus de médiation : comment parvenir à transiger sur une sanction ?

La lésion de droits subjectifs « classiques », présumée ou réelle, nous semble néanmoins pouvoir faire l'objet d'une médiation dans plusieurs cas, où le comportement de l'individu peut être au cœur des débats, tout comme les différences de perception entre les médiés : le droit à la rémunération et à la règle du service fait (a), le droit à la protection fonctionnelle (b), l'obligation de protection (c), l'obligation de se consacrer à son emploi (d).

a. Le droit à la rémunération et à la règle du service fait

Le droit à la rémunération et à la règle du service fait¹⁰⁸⁴ est à ce titre un droit général et absolu, mais qui « peut toutefois se révéler d'application délicate, ainsi que le révèle l'abondante jurisprudence dans ce domaine »¹⁰⁸⁵. Ainsi, dans la fonction publique territoriale un « service imparfaitement fait peut donner lieu à une sanction disciplinaire mais ne peut entraîner une retenue sur traitement pour absence de service fait (CE, 19 octobre 2012, *Commune de Molsheim*, n° 329636, T.) »¹⁰⁸⁶. Une médiation peut ainsi s'avérer utile en fonction des cas, pour notamment permettre à l'agent et à l'administration de trouver un compromis où leurs intérêts pourraient converger.

¹⁰⁸¹ CE, Avis, 3 mai 2000, *Mlle Marteaux*, Req. N°217017, Rec.

¹⁰⁸² CE, Sect., 10 novembre 1944, *Sieur X...*, Rec.

¹⁰⁸³ Code de la sécurité intérieure (CSI), Annexe 3.

¹⁰⁸⁴ CE, Sect., 24 avril 1964, *Syndicat national des médecins des établissements pénitentiaires*, Req. N°57706, Rec. ; CE, 27 juin 2008, *Ministre de l'économie, des finances et de l'emploi c/ Mme Morand*, Req. N°305350, Rec.

¹⁰⁸⁵ Direction générale de l'administration et de la fonction publique, Conseil d'État, (2020), *L'essentiel de la jurisprudence du droit de la fonction publique – Recueil de commentaires de jurisprudences applicables aux agents publics*, sous la direction de DUTHEILLET DE LAMOTHE Louis, LABRUNE Nicolas, FIROUD Marc, DOMINGO Laurent, ILJIC Anne, DE MAILLARD Benjamin, PERRIERE Manon, p.62.

¹⁰⁸⁶ *Ibid.*, p.64.

b. Le droit à la protection fonctionnelle

Le droit à la protection fonctionnelle¹⁰⁸⁷, prévu à l'article 11 de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983, fait l'objet d'une jurisprudence fournie car ce droit n'est ni général, ni absolu. Ainsi, l'autorité territoriale d'emploi a toute latitude de fixer de manière subjective l'envergure de la protection fonctionnelle concédée à l'agent public, que ce dernier soit un sapeur-pompier professionnel ou un sapeur-pompier volontaire¹⁰⁸⁸. Cependant, « le bénéfice de cette protection ne peut toutefois leur être accordé, en cas de poursuites civiles ou pénales, que dans la mesure où une faute personnelle détachable du service ne leur est pas imputable »¹⁰⁸⁹. Une médiation peut ainsi permettre de trouver rapidement une issue, notamment sur les questions de prise en charge financière des frais d'avocat.

c. L'obligation de protection

L'obligation de protection contre le harcèlement et les violences au travail¹⁰⁹⁰ s'est vu renforcée par la loi n°2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté, qui protègent les fonctionnaires des agissements sexistes, mais aussi par la loi n°2019-828 du 6 août 2019, qui renforce les obligations des employeurs publics en matière de prévention et de traitement des violences, des discriminations, du harcèlement et des agissements sexistes. Une médiation est possible dans de pareils cas, notamment parce que c'est à l'agent d'apporter les preuves de tels agissements. Elle doit cependant intervenir dans les plus brefs délais, les rapports humains s'enkystant souvent très rapidement en pareille circonstance.

¹⁰⁸⁷ CE, Sect., 11 juin 2008, *M. X...*, Req. N°312700, Rec.

¹⁰⁸⁸ CE, 13 janvier 2017, *M. M. A..B*, Req. N°386799, Rec.

¹⁰⁸⁹ Direction générale de l'administration et de la fonction publique, Conseil d'État, (2020), *L'essentiel de la jurisprudence du droit de la fonction publique – Recueil de commentaires de jurisprudences applicables aux agents publics*, sous la direction de DUTHEILLET DE LAMOTHE Louis, LABRUNE Nicolas, FIROUD Marc, DOMINGO Laurent, ILJIC Anne, DE MAILLARD Benjamin, PERRIERE Manon, p.66 ; CE, Ass., 18 novembre 1949, *Dlle Y...*, Req. N° 91864, Rec.

¹⁰⁹⁰ CE, 12 mars 2010, *Commune de Hœnheim*, Req. N°308974, Rec. ; CE, Sect., 11 juillet 2011, *Mme B...A...*, Req. N°321225, Rec. ; CE, 15 janvier 2014, *La Poste*, Req. N°362495, Rec.

d. L'obligation de se consacrer à son emploi

L'obligation de se consacrer à son emploi¹⁰⁹¹ est un sujet en développement au sein de la fonction publique en général et des SDIS en particulier, le temps de travail des sapeurs-pompiers professionnels leur permettant souvent d'exercer une ou plusieurs activités accessoires¹⁰⁹². Soumises à déclaration et à l'autorisation de l'autorité territoriale, elles peuvent être refusées ou accordées en fonction de certains motifs, qu'une médiation peut mettre en relief.

Le respect des droits et des obligations peut ainsi être une thématique propice à la médiation administrative. Nous avons donc cherché à identifier si des moments particuliers dans la gestion d'une carrière ou d'une trajectoire professionnelle pouvaient également se prêter à une médiation administrative.

A. Le recrutement, la carrière, les conditions de travail et les droits sociaux

Le recrutement, la carrière et les droits sociaux des agents constituent un champ thématique très vaste¹⁰⁹³. Néanmoins, si certaines thématiques apparaissent en phase avec la possibilité d'une médiation administrative, est-il possible d'identifier un lien fort entre plusieurs thèmes et la médiation. La recherche s'est ainsi appliquée à examiner les événements émaillant le recrutement et la carrière des agents publics (I), ainsi que leurs conditions de travail ou l'exercice de leurs droits sociaux (II).

¹⁰⁹¹ CE, 8 novembre 2000, *M. X...*, Req. N°200835, Rec. ; CE, 15 octobre 2014, *M. A...B...*, Req. N°353168, Rec.

¹⁰⁹² Assemblée nationale, XVème législature, question écrite n°15242 d'Hervé Berville.

¹⁰⁹³ Voir la vastitude des sujets abordés par L'essentiel de la jurisprudence du droit de la fonction publique – Recueil de commentaires de jurisprudences applicables aux agents publics, déjà abondamment cité.

I. Le recrutement et la carrière

Le recrutement et le déroulement de la carrière sont émaillés de plusieurs événements qui peuvent être sources d'un différend entre l'agent et son administration, pouvant éventuellement résolu dans le cadre d'une médiation : la titularisation (a), la réintégration (b), la mutation (c) et l'éviction irrégulière (d).

a. La titularisation

L'issue du stage de titularisation¹⁰⁹⁴ est une situation parfois complexe où la médiation peut permettre de dénouer certains différends et permettre d'encadrer la prolongation du stage, le juge administratif n'exerçant le plus souvent qu'un contrôle restreint sur la décision de licenciement pour insuffisance professionnelle en fin de stage¹⁰⁹⁵, sauf en cas de licenciement pour aptitude physique¹⁰⁹⁶.

b. La réintégration

La réintégration dans le cadre d'emploi et/ou l'administration d'origine constitue un terrain particulier où le processus de médiation peut s'épanouir. Le détachement¹⁰⁹⁷ et la disponibilité¹⁰⁹⁸, très rares au sein de la filière des sapeurs-pompiers professionnels il y a dix ans, tendent en effet à se développer¹⁰⁹⁹. Ces positions statutaires peuvent ainsi s'avérer complexes lors de la réintégration dans le cadre d'emploi d'origine. Un fonctionnaire public

¹⁰⁹⁴ CE, 20 janvier 1984, *Ministre de l'éducation nationale c/ Dame Cavagna*, Req. N°30931, Rec. ; CE, Sect., 3 décembre 2003, *Mme Katia X/...*, Req. N°236485, Rec. ; CE, Sect., 3 décembre 2003, *Syndicat intercommunal de restauration collective*, Req. N°256879, Rec.

¹⁰⁹⁵ CE, Sect., 16 mars 1979, *Ministre du travail c/ M. X...*, Req. N°11552, Rec. ; CE, 27 avril 1994, *Commune d'Heillecourt*, Req. N°125837, Rec.

¹⁰⁹⁶ CE, 16 juin 1995, *Commune de Savigny-le- Temple*, Req. N°114957, Rec.

¹⁰⁹⁷ CE, 28 juillet 1995, *Département de la Loire*, Req. N°118716, Rec. ; CE, 25 juin 2014, *Syndicat des juridictions financières*, Req. N°365207

¹⁰⁹⁸ CE, Ass., 11 juillet 1975, *Ministre de l'éducation nationale c/ Mme X...*, Req. N°95293, Rec. ; CE, 24 janvier 1990, *Centre hospitalier général de Montmorency*, Req. N°67078, Rec.

¹⁰⁹⁹ Des détachements de SPP de catégorie C dans la filière des policiers municipaux de la FPT ou de SPP de catégorie A dans la filière technique de la FPT sont sporadiquement observés.

territorial au terme de son détachement peut en effet être placé en disponibilité d'office¹¹⁰⁰ s'il met lui-même un terme à son détachement avant l'échéance, « jusqu'à l'échéance de la date prévue de d'expiration de son détachement, après quoi il est maintenu en surnombre pendant un an auprès de la collectivité dont il relève et, si au terme de cette période, celle-ci ne parvient pas à le réintégrer faute d'emploi vacant, il est pris en charge par le Centre national de gestion dans les conditions de l'article 97 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 »¹¹⁰¹.

Une médiation peut ainsi s'avérer utile en cas de situation de blocage, qui peut également apparaître lors d'un retour de congé parental¹¹⁰², où la réintégration est autant de droit que l'assimilation de ce congé à une période de service effectif. La mise à disposition, position statutaire archétypique pour les sapeurs-pompiers employés en dehors des SDIS¹¹⁰³, n'a quant à elle pas ou très peu de caractère contentieux.

c. La mutation

La mutation¹¹⁰⁴ et ses conséquences sur la situation individuelle du fonctionnaire est un évènement¹¹⁰⁵ où la teneur des différends et des configurations possibles peuvent rendre utile un processus de médiation. En effet, est qualifiée de mutation tout changement d'affectation emportant un changement de résidence ou une modification de la situation du fonctionnaire. Ce changement peut être du fait de l'agent ou de l'administration, qui peut prononcer une mutation d'office dans l'intérêt du service. Dans ce cas, la mutation ne doit pas alors être considérée comme une sanction disciplinaire déguisée.

¹¹⁰⁰ Cette disponibilité d'office peut également être prononcée dans un certain nombre de cas, comme l'expiration des congés de maladie, de longue maladie ou de longue durée.

¹¹⁰¹ Direction générale de l'administration et de la fonction publique, Conseil d'État, (2020), L'essentiel de la jurisprudence du droit de la fonction publique – Recueil de commentaires de jurisprudences applicables aux agents publics, sous la direction de DUTHEILLET DE LAMOTHE Louis, LABRUNE Nicolas, FIROUD Marc, DOMINGO Laurent, ILJIC Anne, DE MAILLARD Benjamin, PERRIERE Manon, p.129.

¹¹⁰² CE, 21 novembre 2007, *Mme Danièle A...*, Req. N°272388, Rec.

¹¹⁰³ Les sapeurs-pompiers professionnels, notamment leurs officiers, sont fréquemment mis à disposition de la Direction générale de la sécurité civile et de la gestion des crises du ministère de l'intérieur, de l'École nationale supérieure des officiers de sapeurs-pompiers (ENSOSP), des zones de défense civile, de la SNCF, etc.

¹¹⁰⁴ CE, Sect., 23 novembre 2005, *Mme Anne A...*, Req. N°285601, Rec. ; CE, 2 février 2011, *Ministre de l'intérieur c/ M. . B...A...*, Req. N°326768, Rec.

¹¹⁰⁵ Direction générale de l'administration et de la fonction publique, Conseil d'État, (2020), L'essentiel de la jurisprudence du droit de la fonction publique – Recueil de commentaires de jurisprudences applicables aux agents publics, sous la direction de DUTHEILLET DE LAMOTHE Louis, LABRUNE Nicolas, FIROUD Marc, DOMINGO Laurent, ILJIC Anne, DE MAILLARD Benjamin, PERRIERE Manon, p.138 et suivantes.

d. L'éviction irrégulière

Les conséquences indemnitaires d'une éviction irrégulière (licenciement, radiation, révocation, mise en retraite d'office, etc.) ouvrent un champ d'indemnisation « à géométrie variable »¹¹⁰⁶. Ainsi, « lorsque le principe de l'indemnisation est acquis, l'agent public concerné est indemnisé, outre la perte de rémunération, des divers chefs de préjudice résultant de l'éviction illégale. Le Conseil d'État a ainsi reconnu la possibilité de se prévaloir d'un préjudice moral (CE, 9 avril 1999, M. *Maurice X...*, n° 155304, Rec.), de troubles dans les conditions d'existence (CE, Sect., 7 février 1958, *Ministre de l'intérieur c/ Sieur X...*, Rec.) ou encore d'un préjudice matériel distinct de la perte de rémunération (CE, 23 mai 1969, *Dlle X...*, n° 72772, Rec.) »¹¹⁰⁷. Une médiation est ainsi utile pour trouver rapidement un compromis et éviter une action contentieuse longue, qui nuirait à la qualité de la relation avec l'agent mais coûterait aussi à l'administration.

II. Les conditions de travail et les droits sociaux

Les conditions de travail s'entendent comme le temps de travail, les congés et le travail à temps partiel¹¹⁰⁸. Si « le régime du temps d'activité du fonctionnaire est défini par un cadre réglementaire général qui assez souvent est aménagé par les chefs de service en accord avec les agents »¹¹⁰⁹, force est de constater que ce cadre est souvent l'objet d'interprétations individuelles, pouvant générer de nombreux différends entre les agents et leurs supérieurs hiérarchiques, chargés notamment de vérifier le service fait, condition sine qua non de la rémunération¹¹¹⁰.

¹¹⁰⁶ Ibid., p.170.

¹¹⁰⁷ Ibid.

¹¹⁰⁸ Cette définition est reprise de celle posée par TAILLEFAIT Antony (2019), *Droit de la fonction publique*, Éditions DALLOZ, 8^{ème} édition, pp.385 et suivants.

¹¹⁰⁹ Ibid.

¹¹¹⁰ Ibid., pp.494.

Les agents publics peuvent néanmoins se prévaloir de droits sociaux, qui constituent enfin un champ de conflictualités important, où se distinguent notamment plusieurs sujets à forte dimension économique.

Ainsi, le retrait et l'abrogation d'une décision pécuniaire¹¹¹¹ obéissent à des règles particulières, permettant à l'administration de contourner le principe de la décision irrégulière devenue créatrice de droit après quatre mois. En effet, la loi n° 2011-1978 du 28 décembre 2011 de finances rectificative pour 2011 dispose que l'administration peut désormais demander la restitution d'une somme non due dans un délai de deux ans. Ce pouvoir discrétionnaire de l'administration peut ainsi, en fonction du cas d'espèce, fonder une médiation.

Enfin, comme nous l'avons déjà examiné, l'indemnisation complémentaire au-delà du forfait de pension¹¹¹², permettant de réparer intégralement les préjudices en cas de faute de l'administration, est un principe qui milite pour la médiation, un accord entre les parties pouvant en effet accélérer le règlement financier recherché par l'agent¹¹¹³, ce qui peut s'avérer particulièrement crucial s'il s'agit d'un sapeur-pompier, dont la valeur symbolique est importante aux yeux de la société.

Nous sommes néanmoins sur l'ensemble de cet examen du recrutement, de la carrière, des conditions de travail et des droits sociaux des agents publics dans l'incapacité d'établir un lien fort entre des événements en particulier et la médiation administrative. Là aussi les circonstances de l'espèce, les acteurs du conflit et un ensemble de facteurs difficilement identifiables vont influencer sur la possibilité ou pas d'une médiation administrative.

Il convient cependant de ne pas ignorer les conditions d'emploi souvent difficiles, mais aussi le caractère particulier des statuts du sapeur-pompier professionnel et du sapeur-pompier volontaires, qui pourraient éventuellement receler des événements archétypiques pouvant être reliés à la pertinence d'une médiation administrative.

¹¹¹¹ CE, Sect., 12 octobre 2009, *M. Jean-Pierre A...*, Req. N°310300, Rec.

¹¹¹² CE, Ass., 4 juillet 2003, *Mme Y-X...*, Req. N° 211106, Rec.

¹¹¹³ Direction générale de l'administration et de la fonction publique, Conseil d'État, (2020), *L'essentiel de la jurisprudence du droit de la fonction publique – Recueil de commentaires de jurisprudences applicables aux agents publics*, sous la direction de DUTHEILLET DE LAMOTHE Louis, LABRUNE Nicolas, FIROUD Marc, DOMINGO Laurent, ILJIC Anne, DE MAILLARD Benjamin, PERRIERE Manon, p.223.

Section 2 : Une structure du différend subjectif et sa validité en tant que système

Les sapeurs-pompiers, qu'ils soient professionnels ou volontaires, constituent une population particulièrement intéressante à étudier : les processus de médiation en matière de contentieux fonction publique y sont rares. Si leur administration est à l'instar de toute administration dans une posture légale et réglementaire, elle est aussi dans une logique purement égalitaire, où la révision d'une décision discrétionnaire de l'autorité d'emploi peut, à titre d'exemple, engendrer dans une corporation caractérisée par l'uniforme de nombreuses comparaisons préjudiciables à la concorde dans ses rangs. Comme nous l'avons vu également, le sapeur-pompier, du bas en haut de l'échelle hiérarchique, est porteur d'un code de l'honneur qui, s'il est porté par de multiples chartes, n'en demeure pas moins largement interprété de manière individuelle.

Le sapeur-pompier est plongé dans le large processus de judiciarisation des relations de travail, où la judiciarisation d'un conflit est entendue comme « son déplacement dans l'enceinte judiciaire et sa transformation en litige, et, plus largement (comme) un phénomène désignant un recours accru à l'institution judiciaire pour régler les conflits »¹¹¹⁴. Spécifier la structure des différends subjectifs chez les sapeurs-pompiers impose ainsi de suivre le même chemin dans la section précédente : il est impératif de partir du contentieux pour parvenir à la nature des différends, nés de la lésion de droits subjectifs dans le chef des sapeurs-pompiers (§1). Cette recherche n'aboutissant pas à une structure intrinsèquement plus précise que celle dégagée dans la première section, il convient alors de questionner la pertinence du concept de droit subjectif dans la perspective du développement de la médiation administrative, pour utiliser, en prenant en compte les notions de grief et d'utilité, l'analyse économique du droit comme un moyen d'étude et outil de développement de cette pratique (§2).

¹¹¹⁴ PELISSE Jérôme (2009), « Judiciarisation ou juridicisation ? », *Politix*, 22 (86), pp.73-86.

§1. L'examen du contentieux fonction publique « subjectif » chez les sapeurs-pompiers

Le contentieux fonction publique soulevé par le sapeur-pompier n'a, à notre connaissance, jamais fait l'objet d'une taxonomie particulière. Il existe néanmoins une première catégorisation du contentieux relatif aux sapeurs-pompiers, échafaudée par le colonel Marc Genovese dans son ouvrage « Le sapeur-pompier et le juge, recueil de jurisprudences annotées »¹¹¹⁵. Basée sur la recension des jugements, arrêts et décisions intéressant les sapeurs-pompiers ou les SDIS depuis la seconde moitié du vingtième siècle elle distingue, dans le domaine du contentieux fonction publique en général et du contentieux subjectif en particulier, plus d'une vingtaine de thèmes

Si ce recueil de jurisprudences apporte un éclairage majeur sur l'éventail du contentieux soulevé par le sapeur-pompier, il n'est néanmoins pas exhaustif. Une revue de la jurisprudence issue des différends entre le sapeur-pompier et son service départemental d'incendie et de secours (SDIS), portés devant le juge administratif, pourrait ainsi compléter cette typologie qui permettrait d'accroître la pertinence de la médiation administrative. Cette revue est réalisée grâce à un échantillonnage, consistant à analyser un panel de jugements, d'arrêts et de décisions prises à l'endroit de sapeurs-pompiers employés par des SDIS, au prisme des quatre premières thématiques identifiées en matière de lésion des droits subjectifs et explorés dans la section précédente : la gestion des différents cadres d'emploi de la filière sapeur-pompier professionnel, les droits et les obligations du sapeur-pompier, le parcours du sapeur-pompier professionnel, les modalités d'emploi et les droits sociaux des sapeurs-pompiers.

Cet échantillonnage a établi un recensement des décisions prises en matière de contentieux des situations réglementaires individuelles depuis 2010, grâce à l'outil ARIANE WEB du Conseil d'État mais aussi par le réseau des juristes des SDIS¹¹¹⁶. Le choix de cette année s'est effectué au regard de la décision CE, sect., 9 décembre 2011, *Marcou*, Req.

¹¹¹⁵ GENOVESE Marc (2014), *Le sapeur-pompier et le juge, recueil de jurisprudences annotées*, éditions du Papyrus. Le colonel (ER) Marc Genovese est docteur en droit public, ancien officier supérieur du service départemental d'incendie et de secours des Alpes-Maritimes.

¹¹¹⁶ Devant la multiplicité et la redondance des jugements portés à la connaissance de cette recherche un focus a été réalisé sur les SDIS 59 (SDIS de France le plus important en effectif de sapeurs-pompiers), 62 et 31.

N°337255. Cette dernière énonce en effet que toute requête contre un acte individuel est désormais divisible, puisqu'elle comporte d'un côté des conclusions propres à un recours pour excès de pouvoir (REP), mais aussi éventuellement d'un autre côté des conclusions propres à un recours de plein contentieux (RPC, où le requérant peut renoncer à ces dernières en cours d'instance). Le choix des jurisprudences dans le vaste champ du contentieux fonction publique s'est par ailleurs fait sur la base de la qualité du requérant, à savoir sapeur-pompier professionnel (SPP) ou sapeur-pompier volontaire (SPV) dans un service départemental d'incendie et de secours (SDIS). Une telle grille de lecture a néanmoins conduit à éliminer le contentieux des situations réglementaires objectives soulevé par le sapeur-pompier qui, comme tout agent public, est fondé à contester les textes à portée générale et impersonnelle qui s'appliquent à sa situation personnelle¹¹¹⁷, parfois des motifs plus « politiques » et syndicaux que réellement personnels¹¹¹⁸. Plusieurs jugements ont ainsi retenu notre attention, ils sont classés selon qu'ils ont été à l'initiative de sapeurs-pompiers professionnels (A) ou sapeurs-pompiers volontaires (B).

A. Le contentieux soulevé par les sapeurs-pompiers professionnels

Le contentieux soulevé par les sapeurs-pompiers professionnels est majoritairement consacré à la procédure disciplinaire. Il a néanmoins été possible d'identifier plusieurs contentieux relevant pour les premiers des cadres d'emploi, des droits et des obligations du sapeur-pompier professionnel (I), pour les seconds de sa carrière, de ses conditions de travail et de ses droits sociaux¹¹¹⁹ (II).

¹¹¹⁷ Comme l'exercice du droit de grève ou l'organisation du temps de travail pour les sapeurs-pompiers professionnels, ou bien encore le port de la barbe : voir à ce sujet CE, Référé, 18 octobre 2024, Req. N° 492819.

¹¹¹⁸ Toutes les jurisprudences issues de requêtes groupées, ayant le plus souvent amené le juge administratif à joindre les requêtes, ont ainsi été éliminées de l'analyse.

¹¹¹⁹ Cet examen a été réalisé grâce au moteur de recherche du Conseil d'État ARIANE WEB, mais aussi grâce aux jugements, arrêts et décisions relatifs aux SDIS59, 62 et 31, qui ont constitué un échantillonnage particulièrement intéressant.

I. Les cadres d'emploi, les droits et les obligations du sapeur-pompier professionnel

Le contentieux soulevé par le sapeur-pompier professionnel en matière de cadres d'emploi, mais aussi de droits et d'obligations, est en tout point semblable à celui du fonctionnaire. Deux jurisprudences ont néanmoins retenu dans ce large champ notre attention : la protection fonctionnelle, qui ne peut être accordée que sur décision discrétionnaire de l'autorité d'emploi (a), la dissociation entre temps de travail et rémunération (b).

a. La protection fonctionnelle d'un sapeur-pompier professionnel à la discrétion du président du conseil d'administration

Le conseil d'administration constitue l'organe de définition des orientations et de prise des décisions nécessaires à l'exercice des compétences administratives et opérationnelles du service départemental d'incendie et de secours, cadre dans lequel celui-ci peut déléguer au bureau une partie de ses attributions. Néanmoins, « le président du conseil d'administration du service départemental d'incendie et de secours (...) tire des dispositions de l'article L.1424-30 du code général des collectivités territoriales la compétence pour administrer l'ensemble du personnel de cet établissement public local, et notamment les sapeurs-pompiers professionnels »¹¹²⁰.

A ce titre, il dispose seul du pouvoir de nomination et de l'autorité hiérarchique sur les agents du service départemental d'incendie et de secours (SDIS), dont il assure la gestion administrative et individuelle. A cet égard, « il incombe au président du conseil d'administration du service départemental d'incendie et de secours et à lui seul de statuer sur les demandes de protection fonctionnelle formées par les agents du SDIS au titre de l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983 ». La décision de l'autorité d'emploi étant purement discrétionnaire, le contrôle du juge administratif est restreint, ce qui peut être un argument en faveur de la médiation.

¹¹²⁰ CAA Bordeaux, 4 avril 2018, Req. N°16BX02031.

b. La directive européenne de 2003 n'a pas vocation à s'appliquer aux questions de rémunération

La Haute Assemblée a statué en moins d'un an sur trois contentieux introduits par trois sapeurs-pompiers professionnels (SPP) de trois services départementaux d'incendie et de secours (SDIS) différents, relatif à la comptabilisation du temps de travail des sapeurs-pompiers professionnels. Le juge administratif a ainsi établi que « le régime d'horaire d'équivalence constituant un mode particulier de comptabilisation du travail effectif qui consiste à prendre en compte la totalité des heures de présence, tout en leur appliquant un mécanisme de pondération tenant à la moindre intensité du travail fourni pendant les périodes d'inaction, il résulte des dispositions précitées que seules peuvent constituer des heures supplémentaires ouvrant droit à un complément de rémunération les heures de garde assurées par les sapeurs-pompiers au-delà du temps d'équivalence au décompte annuel du temps de travail fixé »¹¹²¹.

Les limites de ce temps d'équivalence sont prévues par l'article 4 du décret du 31 décembre 2001 et l'article 6 de la directive du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail (cf. cas n°4). Le juge a par ailleurs précisé que la directive européenne de 2003 n'a pas vocation à s'appliquer aux questions de rémunération.

La question de la pertinence de la médiation en pareille circonstance peut se poser en fonction du cas d'espèce, les sapeurs-pompiers professionnels ayant des cycles de travail le plus souvent mixtes (gardes de 24 heures et de 12 heures, service administratif de 8H mais aussi parfois des heures supplémentaires). Cependant, il nous semble précipité d'établir un lien fort entre d'un côté un différend sur la comptabilisation du temps de travail ou la rémunération, d'un autre côté la médiation administrative.

¹¹²¹ CE, 30 novembre 2018, Req. N°407459 ; CE 28, novembre 2019, Req. N°391536.

II. La carrière, les conditions de travail et les droits sociaux

Plusieurs jurisprudences émaillent là aussi ce large champ de conflictualités possibles entre un sapeur-pompier professionnel (SPP) et son administration. Deux thèmes ont retenu l'attention : le contour de la résidence administrative d'un SPP (a), le projet de fin de carrière du SPP (b).

a. La mutation d'un sapeur-pompier professionnel et le contour de la résidence administrative

Dans sa décision CE, 11 juillet 2019, Req. N°417168, le Conseil d'État énonce que la mutation d'un sapeur-pompier professionnel au regard de sa résidence administrative nécessite que le périmètre de cette dernière soit défini si elle dépasse le territoire communal. En effet « si la résidence administrative s'entend en général de la commune où se trouve le service auquel est affecté l'agent, il en va différemment dans le cas où l'activité du service est organisée sur plusieurs communes. Dans cette hypothèse, il incombe à l'autorité compétente, sous le contrôle du juge, d'indiquer à ses services quelles communes constituent une résidence administrative unique ».

Cette décision a ainsi été appliquée par la Cour d'appel de Lyon, saisie pour renvoi. La Cour a ainsi arrêté¹¹²² que la décision de muter un SPP du centre de secours X au centre de secours Y, en l'absence d'une définition préalable des résidences administratives, emporte comme conséquence le fait de considérer la commune qui est siège du centre de secours comme résidence administrative. Ainsi un SDIS est fondé à déterminer pour chaque centre d'incendie et de secours une résidence administrative excédant le territoire communal, ou bien à faire reposer un centre d'incendie et de secours sur plusieurs « casernes ».

Une telle jurisprudence procède de la lésion présumée par l'agent d'un droit subjectif que la Haute assemblée ne lui reconnaît pas. Elle n'est donc pas propice à une médiation, tant elle semble relever d'un contentieux objectif, qui dépasse le chef d'un particulier.

¹¹²² CAA Lyon, 15 janvier 2020, n°19LY02740.

b. Le projet de fin de carrière du sapeur-pompier professionnel

La loi n°2000-628 du 7 juillet 2000 relative à la prolongation du mandat et à la date de renouvellement des conseils d'administration des services d'incendie et de secours ainsi qu'au reclassement et à la cessation anticipée d'activité des sapeurs-pompiers professionnels permet aux sapeurs-pompiers professionnels (SPP) de plus de 50 ans, connaissant des difficultés opérationnelles reconnues par le conseil médical saisi en ce sens, de bénéficier d'un projet de fin de carrière. Ce dernier peut revêtir trois formes, à savoir une mutation sur une fonction non opérationnelle, un reclassement via détachement dans une autre filière de la fonction publique territoriale ou un congé pour raison opérationnelle (CRO). Le CRO, équivalent à 75% du traitement brut indiciaire hors prime de feu, peut être non cotisant ou cotisant (sa durée est alors limitée à 5 ans, l'agent étant alors automatiquement radié des cadres).

Dans sa décision CE, 8 novembre 2017, Req. N°402951, le Conseil d'État juge que « lorsque le sapeur-pompier professionnel demande à bénéficier d'un congé pour raison opérationnelle, l'autorité territoriale ne peut lui refuser l'octroi d'un congé pour raison opérationnelle avec constitution de droits à pension que s'il a rejeté la ou les propositions de détachement dans un autre emploi, de niveau équivalent et situé dans un lieu d'affectation proche de celui qu'il occupait qu'elle lui a adressées dans le délai de deux mois à compter de sa demande de congé. En l'absence de proposition de détachement dans ce délai de la part de l'autorité territoriale, qui n'a pas à être saisie préalablement par le sapeur-pompier professionnel d'une demande spéciale en ce sens, ce dernier peut bénéficier d'un congé avec constitution de droits à pension ».

Parce qu'un service départemental d'incendie et de secours (SDIS) est ainsi fondé à refuser un CRO cotisant si l'agent a décliné la ou les propositions de détachement, une médiation peut être possible afin de trouver une issue plus favorable. Cependant, quelle serait sa pertinence une fois le conflit arrivé au stade du contentieux ? Cette situation, éminemment subjective, semble ainsi propice à une médiation, mais pas de façon absolue.

Le contentieux soulevé par le sapeur-pompier professionnel (SPP) en particulier n'apparaît pas ainsi exorbitant du contentieux soulevé par le fonctionnaire en général. Si

certaines particularités peuvent inciter à la médiation, d'autres non. Le contentieux soulevé par le sapeur-pompier volontaire doit maintenant être examiné.

B. Le contentieux soulevé par les sapeurs-pompiers volontaires

Le classement du contentieux fonction publique soulevé par le sapeur-pompier volontaire (SPV) ne peut être strictement identique à celui de sapeur-pompier professionnel, car cet agent relève d'un statut de droit public *sui generis* en partie codifié dans le code de la sécurité intérieure¹¹²³. Il y a néanmoins une homothétie entre la structure de leurs statuts respectifs, qui permet d'adapter le classement applicable au sapeur-pompier professionnel (SPP). Parce qu'il repose sur deux piliers, les cadres d'emploi, les droits et les obligations des fonctionnaires d'une part, le recrutement, la carrière et les droits sociaux d'autre part, il nous semble à l'identique pouvoir faire reposer le classement applicable au contentieux fonction publique soulevé par le SPV sur deux grands piliers : l'engagement et la protection du sapeur-pompier volontaire. Le premier pilier (I) intègre l'engagement proprement dit, sa suspension, son renouvellement, sa fin, les conditions d'évolution de grade, la discipline, etc. Le second pilier (II) est composé de la protection sociale et fonctionnelle, mais aussi de la protection de l'engagement citoyen de cet individu.

I. Le premier pilier : l'engagement du sapeur-pompier volontaire

Si l'engagement initial ou premier engagement du sapeur-pompier volontaire (SPV) ne nous semble pas être l'objet d'un contentieux fourni nous avons constaté, *a contrario*, que le renouvellement ou la fin de l'engagement sont deux moments particuliers qui sont sources de très nombreux différends. Le juge administratif peut alors faire cas des incidences économiques d'une éviction irrégulière, d'une radiation illégale ou d'un refus de réintégration, qui peuvent entraîner l'indemnisation du préjudice de la chance sérieuse que le SPV a perdue sur la période en cause.

¹¹²³ Code de la sécurité intérieure (CSI), Art. L.723-3 à L.723-21.

Dans sa décision CE, 31 mars 2014, Req. N°364728 le Conseil d'État confirme à ce titre « que lorsqu'un sapeur-pompier volontaire a fait l'objet d'une résiliation illégale de son engagement et d'un refus illégal de le réintégrer, il est en droit de demander à être indemnisé du préjudice résultant de la chance sérieuse qu'il a perdue, pour la période en cause, de bénéficier des vacations horaires mentionnées à l'article 11 de la loi du 3 mai 1996 ».

Néanmoins il estime également que la Cour d'appel a commis une erreur en « s'abstenant de rechercher s'il y avait lieu de déduire du montant de l'indemnisation les sommes correspondant à la rémunération des activités professionnelles » que le sapeur-pompier volontaire (SPV) avait pu exercer au cours de sa période d'éviction. Il pourrait donc y avoir là matière, dans l'hypothèse où cette soustraction aboutirait à une somme positive, à privilégier une médiation afin de trouver une issue plus rapide à la résolution du litige. L'autorité territoriale d'emploi va en effet en pareille circonstance être contrainte de réintégrer l'agent lésé, mais aussi de l'indemniser selon les principes retenus par le juge administratif. Cependant cette conclusion n'est-elle pas trop simpliste ? Si évincer un SPV nécessite de respecter les règles de forme et de fond, elle est aussi au point de vue managérial un acte fort qui signe souvent une fracture profonde entre le service d'incendie et de secours et l'agent concerné. Si tel est le cas, quelle est l'utilité réelle d'une médiation à ce stade avancé du conflit ? La médiation pourrait être à l'évidence pertinente à un stade précoce, éventuellement par l'intermédiaire d'un médiateur interne, fonction qui à notre connaissance n'a pas à ce jour été mise en place dans un service départemental d'incendie et de secours (SDIS).

II. Le deuxième pilier : la protection du sapeur-pompier volontaire

La protection du SPV est en tout point parallèle, tant au point de vue du fond que de la forme, à celle du SPP. Deux jurisprudences ont retenu notre attention : la fin du forfait de pension pour le sapeur-pompier volontaire (a) et le versement de la prestation de fidélisation et de reconnaissance (b).

a. La fin du forfait de pension pour le sapeur-pompier volontaire

Dans sa décision CE, 7 novembre 2019, Req. N°409330, le Conseil d'État doit statuer sur une demande de réparation de préjudices financiers subis par un sapeur-pompier volontaire suite à un accident de service. Si la Haute assemblée note que le sapeur-pompier volontaire dispose d'une protection sociale particulière¹¹²⁴, il relève également que l'article 20 de la loi du 31 décembre 1991 relative à la protection sociale des sapeurs-pompiers volontaires en cas d'accident survenu ou de maladie contractée en service dispose qu'aucun « avantage supplémentaire ne peut être accordé par les collectivités locales et leurs établissements publics pour l'indemnisation des risques couverts par la présente loi ». Le Conseil d'État relève néanmoins que des dispositions « ne font, en revanche, pas obstacle à ce que le sapeur-pompier volontaire qui subit, du fait de l'invalidité ou de la maladie, des préjudices patrimoniaux d'une autre nature ou des préjudices personnels obtienne de la personne publique auprès de laquelle il est engagé, même en l'absence de faute de celle-ci, une indemnité complémentaire réparant ces chefs de préjudice, ni à ce qu'une action de droit commun pouvant aboutir à la réparation intégrale de l'ensemble du dommage soit engagée contre la personne publique, dans le cas notamment où l'accident ou la maladie serait imputable à une faute de nature à engager la responsabilité de cette personne ou à l'état d'un ouvrage public dont l'entretien lui incombait ».

Il est ainsi mis fin au forfait de pension pour le SPV seize années après la jurisprudence Moya-Caville¹¹²⁵. Une médiation peut ainsi être utile en cas de désaccord sur l'existence et/ou le montant des préjudices à indemniser, dans l'hypothèse où le conseil médical statuerait dans un sens opposé de celui de l'administration.

b. Le versement de la prestation de fidélisation et de reconnaissance et/ou allocation de vétérance

Dans sa décision CE, 19 décembre 2018, Req. N°403753, la Haute assemblée juge qu'« aucune disposition législative ou réglementaire ne subordonne l'éligibilité à la prestation

¹¹²⁴ Voir l'article 1-5 de la loi du 3 mai 1996 relative au développement du volontariat dans les corps de sapeurs-pompiers.

¹¹²⁵ CE, Ass., 4 juillet 2003, *Moya-Caville*, Req. N°211106, Rec.

de fidélisation et de reconnaissance à la réalisation par le sapeur-pompier volontaire d'un minimum d'heures de service ».

De plus, dans une affaire examinée par la Cour d'appel de Marseille¹¹²⁶, un sapeur-pompier professionnel à « double statut »¹¹²⁷ conteste le rejet de sa demande au SDIS, tendant d'une part à rectifier le décompte de ses années de service comme SPV et, d'autre part, au bénéfice du régime de l'allocation de fidélité de sapeur-pompier volontaire. Cet agent s'est en effet vu attribué au titre de son activité de SPP un congé pour raison opérationnelle à compter du 2 août 2005 jusqu'au 31 juillet 2010, suite à un constat d'inaptitude aux fonctions opérationnelles effectuée lors d'une visite médicale le 28 septembre 2004. Le SDIS alléguant que l'activité de SPV de Mr A s'est achevée fin 2004, le juge administratif relève que l'inaptitude médicale ne signifie pas obligatoirement la cessation définitive de l'activité de SPV. Cependant il considère également que l'absence de versements de vacations en 2005 signe l'arrêt effectif de l'activité de SPV (en l'absence de la production d'un arrêté de fin d'activité en tant que SPV). Cet arrêt mérite ainsi une attention particulière, car il illustre d'une part l'écho entre le contentieux soulevé par les SPP ayant le statut de SPV, mais aussi la « zone grise » pouvant exister entre ces deux statuts, qui pourrait alors renforcer l'utilité d'une médiation.

L'examen des jurisprudences relatives à trois SDIS, doublée d'une recherche exhaustive sur le moteur de recherche du Conseil d'État, ne semblent pas démontrer une relation nette de cause à effet entre d'un côté des droits subjectifs lésés ou allégués comme tels, d'un autre côté la pertinence d'une médiation. En effet, nous n'avons pas été en effet capable d'établir de manière systématique l'existence d'un lien qui, s'il est suggéré parfois, peut être aussi dans le même temps, en fonction des circonstances de fait ou de droit, remis en question. Par conséquent cet approfondissement a-t-il véritablement permis de préciser la notion de droit subjectif et de lien avec la médiation administrative ? Une analyse épistémologique de ce modèle reposant sur un socle de droits subjectifs semble ainsi nécessaire.

¹¹²⁶ CAA Marseille, 14 décembre 2018, Req. N° 17MA01027.

¹¹²⁷ L'expression « double statut » est employée pour désigner le sapeur-pompier professionnel qui a également souscrit, dans le SDIS où il est fonctionnaire ou dans un autre SDIS, un engagement de sapeur-pompier volontaire.

§2. Droit subjectif versus analyse économique du droit pour développer la médiation

La recherche s'est attelée à identifier les liens pouvant être établis entre la lésion de droits subjectifs et la médiation administrative. Si des lignes de force ont pu être esquissées, elles n'apparaissent pas suffisamment solides pour constituer un système qui permettrait de mettre en lumière avec assurance la pertinence d'une médiation administrative.

Par souci de cohérence il semble par conséquent important de se livrer à une critique épistémologique du concept de droit subjectif en droit de la fonction publique, que nous considérons comme une évaluation *a priori* de ce modèle (A). Notre recherche s'appuie ainsi sur la science juridique. Elle nous amène à considérer tout l'intérêt d'assimiler les règles de droit à des règles du jeu, mais aussi à focaliser notre attention sur les incitations que toute norme porte en elle-même. La notion d'incitation semble ainsi plus opérante que celle de droit subjectif dans le droit de la médiation administrative (B).

A. L'analyse *a priori* de la validité du concept de droit subjectif pour développer la médiation administrative

La doctrine juridique participe au processus de production du droit de quatre manières différentes : par une activité d'interprétation, la production de nouvelles représentations, une participation plus directe à l'élaboration de la norme et enfin une recherche de systématisation¹¹²⁸. Parmi elles, le professeur Chevallier établit un lien fort entre la systématisation, à savoir la mise en place d'un système se présentant comme « un ensemble logique et cohérent »¹¹²⁹, et la fonction de représentation, qui « conduit la doctrine à exercer une fonction proprement idéologique »¹¹³⁰ qui va permettre elle-même de faire évoluer la réalité juridique.

¹¹²⁸ CHEVALLIER Jacques (2002), « Doctrine juridique et science juridique », *Droit et Société : Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*, pp. 103-119.

¹¹²⁹ Ibid.

¹¹³⁰ Ibid.

Nous venons en décrivant un système de classification des droits subjectifs de poser à la fois un modèle et un système. Le modèle est celui des droits subjectifs, à savoir des droits dans le chef des particuliers dont la lésion, réelle ou alléguée par l'agent, constitue l'origine du différend qui va l'opposer à son administration. Le système est la relation privilégiée que ces droits vont nourrir avec la médiation administrative, dont ils doivent promouvoir l'usage par leur nature même.

L'examen approfondi de ces droits, en partant du droit fonction publique « général » jusqu'au droit fonction publique des sapeurs-pompiers, s'il a permis d'en définir le contour, n'a pas néanmoins permis d'établir un système clair et stable de relations avec la médiation administrative. Il convient donc d'en éprouver sans délai la solidité, ex-ante. En effet, « la seule contrainte morale que la théorie impose (...) au modélisateur est celle d'une vérification *a priori* : a-t-il explicité les quelques axiomes sur lesquels il va, progressivement, appuyer ses inférences et graver son dessin ? Mais il doit choisir, librement, cette axiomatique, et nulle théorie ne les calcule pour lui (...) Expérience de l'architecte, de l'ingénieur, du stratège, du juriste, de l'administrateur. Plus il théorise ses méthodes, plus il restaure sa liberté. Plus il assure les performances de ses instruments, plus il a le choix de ses outils »¹¹³¹.

Pour procéder à l'analyse du concept de droit subjectif, que nous avons considéré comme pertinent afin d'identifier le lien entre le fond d'une affaire et la médiation administrative, nous recourons ainsi à la science juridique (I). Cette dernière permet de matérialiser les difficultés que la notion de droit subjectif emporte (II).

I. La méthode : le recours à la science juridique

Quels principes retenir pour réaliser cette évaluation ? Parce que cette évaluation est épistémologique il nous semble nécessaire de nous appuyer sur la science juridique et la science du droit, qui « ne tend pas à la création du droit mais à la connaissance du droit : elle n'est pas de l'ordre de la prescription mais de l'ordre de la description (...) Ce faisant la science du droit ne fait que se conformer à un ensemble d'exigences épistémologiques communes à l'ensemble des sciences sociales. D'abord le refus du pragmatisme, par lequel le chercheur se

¹¹³¹ LE MOIGNE Jean-Louis (1994), *La théorie du système général : théorie de la modélisation*, 4^{ème} édition, PUF, p.21.

placerait dans l'ordre de l'action, en cherchant à agir sur la réalité qu'il étudie (...) ensuite le refus du normativisme, par lequel le chercheur aurait pour ambition de poser des normes, des préceptes, des principes qu'il conviendrait d'appliquer (...) enfin la distance prise vis-à-vis d'idéologies »¹¹³².

Il convient donc d'adopter une approche scientifique pour évaluer le modèle proposé, à savoir une classification reposant sur l'existence de droits subjectifs dans le chef des agents, dont la répliquabilité est analysée au prisme des liens entre ces droits subjectifs et la pertinence d'une médiation. Néanmoins comment faire cette analyse à priori ?

Nous avons tout d'abord pensé aux préceptes du « Discours de la méthode »¹¹³³, fondement même de toute démarche scientifique, qui s'applique à douter de toute connaissance. Si ces principes sont toujours valables en sciences expérimentales force est cependant de constater qu'ils sont d'application limitée en matière d'analyse juridique. Dès lors, quelle(s) méthode(s) retenir pour cela ?

Sans rentrer dans de prolifiques débats théoriques et doctrinaux sur l'analyse et la science juridique, marquées toutes deux du sceau du positivisme juridique et de la nécessité de dissocier l'objet (le droit) de ses modalités d'étude, nous nous appuyons sur l'article aux références explicitement mathématiques « Qu'est-ce que l'analyse juridique de (x) ? Pour une explicitation »¹¹³⁴ :

« Qu'est-ce que l'analyse juridique de (x) ? Rien de mystérieux. Le sens de la formule est le suivant : tout x, connu ou inconnu, peut donner lieu à une analyse juridique. Autrement dit, l'analyse juridique peut a priori porter sur un quelconque élément, dénommé x. Notre postulat de départ est donc qu'il n'existe pas d'objet naturel à l'analyse juridique. La proposition rejoint le constat – contesté dans ses extrêmes mais devenu banal dans sa généralité – de la construction de l'objet par la science. A l'instar de l'analyse historique qui ne se réduit pas à l'étude de faits considérés comme *historiques* en eux-mêmes mais peut

¹¹³² CHEVALLIER Jacques (2002), « Doctrine juridique et science juridique », Droit et Société : Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique, pp. 103-119

¹¹³³ DESCARTES René (1637), Discours de la méthode pour bien conduire sa raison et chercher la vérité dans les sciences

¹¹³⁴ ENCINAS DE MUÑAGORRI Rafael, MIGUEL HERRERA Carlos, LECLERC Olivier (2019), Qu'est-ce que l'analyse juridique de (x) ? Pour une explicitation. Droit et Société : Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique, 2019, 103, pp.609-628

porter sur des objets divers (histoire des pratiques alimentaires ou sexuelles, histoire du mètre étalon, histoire de la pensée d'un auteur, histoire de l'histoire, etc.), l'analyse juridique n'a pas à se cantonner à des objets qui seraient considérés comme *juridiques* pour relever du domaine du droit ou de la justice. Le geste épistémologique ainsi esquissé conduit pour la connaissance juridique à étendre son champ d'analyse, à explorer de nouveaux domaines en partage avec d'autres disciplines ».

Analyser scientifiquement la notion de droit subjectif en contentieux fonction publique, au sens de droit objectif lésé ou ressenti comme lésé dans le chef des agents, pour mieux les identifier et lancer rapidement une médiation administrative, nécessite ainsi, du point de vue de la science juridique, d'élargir la connaissance de ce type de droit grâce à trois approches, où les sciences sociales jouent un rôle majeur et où la variable « x » est égale à « droit subjectif » :

« Un premier cercle regroupe les analyses du droit et des institutions juridiques. Celles-ci peuvent être de type doctrinal ou théorique. Ces analyses supposent de se doter d'une conception préalable de la juridicité qui permette de déterminer ce qui relève du droit et ce qui y est extérieur. Cette conception est rarement explicitée et il n'existe pas d'unité sur ce point parmi les juristes, même s'il existe des objets classiques, comme la loi et la jurisprudence, et des controverses qui ne le sont pas moins sur les frontières du droit, le droit injuste, le droit illégal, le droit mou, etc. (...) »

Un deuxième cercle comporte les analyses juridiques des réalités sociales. C'est à ce niveau que se rattache la proposition d'une analyse juridique de (x) : l'entrée se fait par les concepts juridiques – et en cela elle est bien spécifiquement juridique – mais elle porte sur tout type d'objets, sans qu'il soit utile ou pertinent de s'interroger sur leur juridicité ou de postuler leur appartenance à un phénomène social normatif. Ce deuxième cercle inclut le premier mais le dépasse par sa dimension exploratoire (plus que conquérante) (...)

Enfin, un troisième cercle désigne les analyses pluridisciplinaires de (x), où les objets sont construits par l'analyse juridique et d'autres sciences sociales. Le mode de construction est en soi complexe, car il emprunte aux différents domaines du savoir, s'hybridant et s'enrichissant mutuellement, mais ce n'est pas la place ici pour avancer ses modalités. Ces

objets peuvent être divers, en incluant d'ailleurs le droit, mais l'analyse qui en est faite n'est pas spécifiquement juridique »¹¹³⁵.

II. L'analyse juridique du concept de droit subjectif

Par conséquent, envisager l'analyse de la validité du concept de droit subjectif présuppose tout d'abord d'approfondir juridiquement cette notion qui, si elle semble compréhensible en matière de conflit de travail au sein de la fonction publique, doit être bien cadrée. Elle implique également de livrer ce « topos » juridique à l'analyse des sciences sociales.

Ces deux étapes apparaissent trop complexes pour être menée exhaustivement ici, car elles dépassent largement le seul cadre de cette thèse. Il nous semble néanmoins possible de nous livrer à une courte analyse, en reprenant certains éléments déjà abordés dans ce travail de recherche.

Sur l'analyse de ce droit subjectif et des institutions juridiques qui le manipulent ou qui en connaissent, rappelons que nous avons fondé comme en droit civil et en droit du travail la notion de droit subjectif comme une prérogative que le droit objectif reconnaît et sanctionne au profit de personnes physiques et morales. Nous avons néanmoins buté sur la capacité de cette notion à exister dans le contentieux administratif, qui est par essence objectif de par la notion de puissance publique : comment envisager dès lors, dans une optique civiliste par essence contractualiste, l'existence de droits subjectifs si la puissance publique n'en est elle-même pas dotée ? Nous butons ainsi sur une première ligne de difficultés.

Nous avons néanmoins tenté de cerner le périmètre de ces droits subjectifs, dans le cadre d'une analyse de la doctrine et du contentieux fonction publique structurée selon deux points d'entrée : d'une part la gestion des différents cadres d'emploi et du fonctionnaire, ainsi que les droits et les obligations, d'autre part le recrutement, la carrière, les conditions de travail et les droits sociaux. Nous avons ainsi identifié les droits subjectifs suivants ou les obligations suivantes : le droit à l'égalité de traitement, les droits acquis, les droits et les

¹¹³⁵ Ibid.

devoirs du fonctionnaire, le droit à la rémunération, le droit à la protection fonctionnelle, le droit au cumul d'activité, les droits attachés à la mobilité, le droit à congé, le forfait de pension. Avons-nous néanmoins été exhaustif ? Il nous semble que non, ne serait-ce que parce que nous n'avons pas mentionné un motif régulier en matière de contentieux fonction publique, à savoir « les troubles dans les conditions d'existence » subies par l'entourage proche d'un agent victime d'un accident ou d'un fait suffisamment grave pour avoir des incidences sur la vie d'une famille par exemple. Ce moyen a ainsi été soulevé à de nombreuses reprises sur un grand nombre de litiges intéressant le temps de travail des sapeurs-pompiers professionnels. Nous butons donc sur une deuxième ligne de difficultés qui, pour être levée, nécessiterait de définir plus précisément ces droits subjectifs.

Enfin, une troisième ligne d'objections possibles au concept de droit subjectif se dresse, en arpentant notamment le terrain des sciences sociales, comme nous l'avons d'ailleurs fait en nous référant aux travaux de Pierre Bourdieu sur la signification du parler¹¹³⁶. Si les mots ont un sens ils ont aussi une imprégnation sociale, étant alors la source de conflits et de stratégies de lutte collective. L'examen de la jurisprudence en contentieux fonction publique soulevé par des sapeurs-pompiers amène sur ce point à rapidement penser qu'un certain nombre de différends puis de contentieux individuels sont en réalité le fruit d'une action collective et concertée, pilotée le plus souvent par des organisations syndicales qui se saisissent du contentieux objectif pour faire avancer certains sujets, comme la gestion du temps de travail au sein des services départementaux d'incendie et de secours (SDIS) ou le statut des sapeurs-pompiers volontaires. En pareil cas, comment alors dissocier le contentieux subjectif du contentieux objectif ?

La fragilité du concept de droit subjectif semble réelle, au point de ne pas recourir à ce système pour développer la médiation administrative. Nous retenons néanmoins que plusieurs éléments, dénommés « balises » par souci de neutralité sémantique, ont été dégagés pour améliorer l'identification par les parties d'une utilité, au sens économique du terme, de la médiation, en amont de tout contentieux : le recours gracieux et le recours hiérarchique, les différends pouvant aboutir à un recours pour excès de pouvoir où le contrôle

¹¹³⁶ BOURDIEU Pierre (1982), Ce que parler veut dire, Fayard

du juge serait restreint, le recours de plein contentieux ponctué d'expertises et de contre-expertises longues et coûteuses épuisant à la fois l'agent et l'administration.

Toutes ces balises ne marquent néanmoins pas avec certitude la pertinence d'une médiation. Cela étant posé, quel système alternatif à celui des droits subjectifs pourrions-nous utiliser pour développer la médiation administrative ? Le recours à la science juridique pour analyser la solidité de notre construction doctrinale nous ouvre une nouvelle voie : la modélisation de la règle de droit comme règle du jeu.

B. Une alternative : l'analyse économique du droit de la médiation administrative

Si le concept de droit subjectif ne nous apparaît pas assez solide pour constituer le fondement de notre recherche destinée à améliorer le recours à la médiation administrative dans le contentieux fonction publique, nous devons désormais orienter notre recherche vers un autre fondement. L'analyse *a priori* menée afin de formuler une telle conclusion, basée sur la science juridique, conjuguée à la notion d'utilité qui est au cœur des choix de partir ou pas en médiation, amènent à questionner la possibilité d'analyser le droit de la médiation administrative et ses règles en assimilant ces dernières à des règles du jeu (I). Un tel cheminement amène ainsi à explorer les enseignements de l'analyse économique du droit en général et, en particulier, l'analyse économique du droit de la médiation administrative (II).

I. Règles de droit, règles du jeu

Le recours à la science juridique a permis d'analyser le concept de droit subjectif, considéré à la fois comme un droit objectif dans le chef des agents, mais aussi comme le motif ou un des motifs d'un différend qui nécessiterait l'intervention rapide d'une médiation. Il a également mis à jour l'existence des stratégies que les agents peuvent poursuivre dès lors qu'un contentieux fonction publique naît avec leur administration, la lésion ou le sentiment de la lésion d'un droit subjectif amenant chaque agent, mais aussi l'administration, à tracer pas à pas la trajectoire qui transformera bientôt le différend en conflit, puis en contentieux.

Cet enkystement progressif du litige, préjudiciable en termes d'efficacité à l'agent et à l'administration, s'effectue dans une époque dite « post moderne », dont la description se dérobe « entre la profusion des signes et le déficit du sens »¹¹³⁷ et où l'agent, les avocats et l'administration tentent de prendre la décision la plus adéquate dans la complexité¹¹³⁸ de notre monde contemporain. Comme nous l'avons vu, si le contentieux fonction publique soulevé par un agent contre son administration obéit à des règles objectives intangibles, dans le cadre d'une mécanique procédurale à la fois précise et immuable, il est aujourd'hui traversé d'injonctions contradictoires : il y a certes le contentieux dans sa pureté théorique, mais il y a aussi le coût du conflit, la détérioration de la relation managériale, le sens du travail, autant de facteurs nouveaux qui rentrent désormais dans les multiples dimensions du différend au sein de la fonction publique. Ces problématiques se superposent désormais, comme notre recherche tente de le décrire. Ainsi, « ce qu'il faut apprendre à penser aujourd'hui, c'est la coexistence conflictuelle des contraires, la tension des opposés. Il est passé le temps où il suffisait de remplacer les lois naturelles et les monarques de droit divin par les lois constitutionnelles et la souveraineté nationale, celles-ci ensuite par les constantes sociologiques et les sondages d'opinion (...) Voilà la nouveauté : une idée simple ne chasse plus une autre idée simple pour en prendre la place, un niveau ne se superpose plus à un autre niveau pour le commander ou le faire disparaître : ils interagissent désormais »¹¹³⁹.

Cette superposition d'idées, de concepts, d'informations que le droit doit désormais intégrer fait ainsi écho au développement de la théorie systémique, inspirée de l'ingénierie des systèmes de systèmes et utilisée comme un réducteur de la complexité. Or les professeurs Van de Kerchove et Ost reviennent largement dans leur ouvrage¹¹⁴⁰ sur cette théorie largement déployée dans le champ des sciences humaines par Edgar Morin¹¹⁴¹, dont ils dénoncent la trop grande simplicité¹¹⁴² dans son application au droit. Selon eux, la « pensée

¹¹³⁷ VAN DE KERCHOVE Michel, OST François (1992), *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Collection Les voies du droit, PUF, p.7.

¹¹³⁸ MORIN Edgar (2015), *Introduction à la pensée complexe*, Éditions du Seuil.

¹¹³⁹ VAN DE KERCHOVE Michel, OST François (1992), *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Collection Les voies du droit, PUF, p.8.

¹¹⁴⁰ Ibid.

¹¹⁴¹ MORIN Edgar (2004), *La méthode*, Somme de six volumes, Éditions du Seuil.

¹¹⁴² Ibid. Notons qu'ils reviennent largement sur la Théorie pure du droit d'Hans Kelsen, qu'ils considèrent désormais comme non recevable de par sa prétention à isoler, dans une pureté théorique « totale », l'objet « droit ».

complexe » déployée de manière différenciée par Ronald Dworkin et Niklas Luhmann (sur laquelle nous reviendrons en particulier ultérieurement), n'est qu'apparente :

« D'un côté Dworkin : le conventionnalisme (positivisme) juridique aurait fait faillite ; le droit devrait donc se dire du dehors, à partir des valeurs et principes de moralité politique qui prévalent dans la communauté et dont le juge se fait l'interprète (...) Dans le camp d'en face, Luhmann, qui s'emploie à raviver, sous une forme systématique-fonctionnaliste, le positivisme juridique qu'on croyait dépassé. Le droit, comme tout système différencié et donc autonome, se déterminerait exclusivement lui-même (...) On le voit, dans les deux cas : une seule réponse, un seul code, un seul programme. Ou Hercule, ou le Système. Le simple, toujours »¹¹⁴³.

Nous n'adhérons pas à l'idée d'une simplicité de la théorie systémique, qui réfute le syllogisme aristotélicien ou la transitivité mathématique pour lui préférer l'heuristique¹¹⁴⁴, au cœur des travaux de recherche menés par Edgar Morin. En effet, Edgar Morin n'entend pas substituer mais additionner les concepts pour affiner la question du sens, l'heuristique et le syllogisme pouvant trouver en droit des entrelacements possibles :

« A la froide pureté formelle de la syllogistique parfaite, préférons souvent l'intelligibilité fonctionnelle de la dialogique Morinienne : elle ne prétend pas expliquer définitivement, elle s'attache pragmatiquement à rendre intelligible, à comprendre donc. La complexité appelle la stratégie. Il n'y a que la stratégie pour s'avancer dans l'incertain et l'aléatoire. La méthode de la complexité nous demande de penser sans jamais clore les concepts, de rétablir les articulations entre ce qui est disjoint, de penser avec la singularité, la localité, la temporalité (E. Morin, 1991). Exercices heuristiques plutôt qu'algorithmiques, qui se forment au cœur du Paradigme de la Pensée Complexe (...) Relier, toujours relier, était une méthode plus riche, au niveau théorique même, que les théories blindées, bardées

¹¹⁴³ Ibid., p.9-10.

¹¹⁴⁴ L'heuristique désigne comme substantif en philosophie la discipline qui étudie les procédés de recherche pour en formuler les règles et qui effectue une réflexion méthodologique. En tant qu'adjectif et dans le domaine mathématique elle désigne la méthode qui procède par approches successives en éliminant progressivement les alternatives et en ne conservant qu'une gamme restreinte de solutions tendant vers celle qui est optimale. Méthode heuristique p. oppos. à méthode algorithmique. En insérant dans le programme d'une machine un grand nombre de règles heuristiques (...) on peut échapper au problème de l'augmentation exponentielle (Pappert ds Log. et connaissance sc., 1967, p. 838 [Encyclopédie de la Pléiade]). Centre national de ressources textuelles et lexicales : <https://www.cnrtl.fr/definition/heuristique> .

épistémologiquement et logiquement, méthodologiquement aptes à tout affronter, sauf évidemment la complexité du réel »¹¹⁴⁵.

Nous souscrivons néanmoins entièrement à la thèse des professeurs Van de Kerchove et Ost, consistant à envisager la théorie du droit comme un jeu, qui serait défini comme « mouvement dans un cadre, l'espace premier, le léger écart qui permet le déplacement d'une pièce dans son dispositif »¹¹⁴⁶, sa nature étant par essence plurielle et protéiforme : « Régulé comme les échecs ? Sans doute ; mais aussi improvisé comme le tohu-bohu carnavalesque. Profane, mais aussi sacré. Imaginaire, mais réel, aussi bien. Frivole et innocent, mais sérieux aussi, et cruel. Et encore collectif comme solitaire, coopératif et compétitif, jeu d'audace ou d'adresse, de représentation ou d'action »¹¹⁴⁷. En effet, les jeux comportent en eux-mêmes une complexité que leur côté ludique tend parfois à placer au second plan, souvent pour le plus grand soulagement de ceux qui le pratiquent¹¹⁴⁸.

Recourir au paradigme du jeu pour étudier de quelles manières l'agent et son administration pourraient transformer, par le droit à la médiation administrative, un différend ou un contentieux en un accord de « sortie de crise » nous semble en effet être une approche intéressante à plusieurs titres. Il porte tout d'abord en lui un côté ludique, qui place à titre d'exemple le jeu sérieux au centre des processus d'apprentissage en andragogie. Il véhicule également un ensemble de qualificatifs en commun avec la science économique : régulé, coopératif, compétitif. Il permet enfin d'intégrer une dimension morale, que le droit peine à restituer : « le jeu, c'est bien connu, est, plus qu'à son tour, immoral : vénal, dissimulateur, brutal. Jeux d'argent, jeux de dupes, jeux de vilains. Et le tricheur qui toujours menace ; et le double jeu qu'on ne peut conjurer »¹¹⁴⁹.

Ainsi, si la notion de droit subjectif apparaît intéressante pour exprimer la lésion ou le sentiment d'une lésion d'un droit objectif dans le chef des agents, qui peuvent en eux-mêmes constituer une incitation majeure à la médiation, elle ne peut porter en elle l'ensemble des

¹¹⁴⁵ LE MOIGNE Jean-Louis (2009), « L'intelligence de la complexité : faire avec plutôt que la maîtriser », L'éditorial du réseau Intelligence de la complexité, décembre 2008 – janvier 2009.

¹¹⁴⁶ VAN DE KERCHOVE Michel, OST François (1992), *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Collection Les voies du droit, PUF, p.10-11.

¹¹⁴⁷ Ibid., p.11.

¹¹⁴⁸ BONNET Edouard et ABDALLAH Saffidine (2013), « Complexité des jeux », ROADEF-Le Bulletin, n°30.

¹¹⁴⁹ VAN DE KERCHOVE Michel, OST François (1992), *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Collection Les voies du droit, PUF, p.20.

stratégies – bonnes ou mauvaises, saines ou malsaines - que les acteurs en présence peuvent développer dans le différend ou le contentieux.

Si le droit de la médiation administrative se définit comme un ensemble de règles, il convient de ne pas oublier que comme toute règle juridique il se caractérise par la relativité et l'incertitude entourant sa signification, qui génèrent à leur tour de la jurisprudence et de la doctrine¹¹⁵⁰ :

« En ce qui concerne l'applicabilité de la règle de droit, enfin, il est également possible de relever un dernier élément d'incertitude, en affirmant à la suite de J. Carbonnier que la phrase banale, que les règles de droit sont faites pour s'appliquer, quoiqu'elle ait l'air d'un truisme, n'est pas une vérité. Du moins pas une vérité générale. A une conception dogmatique de l'application de la règle de droit (*law enforcement as a dogma*), aux termes de laquelle toute norme valide doit être inconditionnellement appliquée, s'oppose en effet une conception qu'on peut précisément qualifier de ludique (*law enforcement as a game*), selon laquelle un certain nombre de limites font raisonnablement obstacle à une telle application »¹¹⁵¹.

L'analyse du droit et de sa théorie sous l'angle de la théorie des jeux, sur un substrat d'analyse juridique fondé une approche scientifique du savoir juridique dans un domaine donné, nous semblent ainsi étroitement liées. Leurs nombreux caractères communs nous amènent par ailleurs à interroger la pertinence de recourir, de manière synthétique et en première approche, à l'analyse économique du droit. Cette science à mi-chemin de l'analyse juridique et de l'analyse économique nous semble être en effet l'aboutissement logique de notre exploration de la science juridique comme outil de connaissance et d'amélioration du droit.

¹¹⁵⁰ Voir à titre d'exemple au sujet de l'homologation d'un accord de transaction : DIEMER Marie-Odile (2025), « La précision du périmètre de la tierce opposition à l'égard d'un jugement d'homologation », Revue Lexsociété, La lettre du tribunal administratif de Nice n°57 ; COURREGES Florent (2025), « Les mots d'un accord de médiation et leurs procédures : le rôle du médiateur et du juge qui homologue », Revue Lexsociété, La lettre du tribunal administratif de Nice n°57.

¹¹⁵¹ VAN DE KERCHOVE Michel, OST François (1992), *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Collection Les voies du droit, PUF, p.119-120.

II. Des jeux à l'analyse économique du droit de la médiation

L'analyse économique du droit est une discipline commune au droit et à l'économie, qui cherche à expliquer les phénomènes juridiques ou à améliorer la qualité de la norme grâce aux méthodes et aux outils de la science économique. En s'appuyant sur l'ensemble des théories qui fonde la micro-économie, elle « peut être utilisée pour une analyse explicative des phénomènes juridiques : de ses causes et de ses effets sur d'autres phénomènes sociaux »¹¹⁵², parce que la science économique « n'a jamais rompu avec son véritable sujet qui concerne les choix et les actions de l'individu concret »¹¹⁵³.

L'analyse économique du droit, parce qu'elle repose sur les postulats de la science économique en général, mais aussi en particulier sur les concepts d'efficacité, d'utilité, de valeur, etc. semble appartenir ainsi au vaste domaine de la science juridique, ne serait-ce que parce que « L'utilité normative de l'analyse économique du droit peut être ramenée à deux prétentions : la prétention d'un potentiel de démystification et la prétention d'un potentiel réformateur, basé sur la valeur de l'efficacité »¹¹⁵⁴. Démystification sur le droit lui-même, en mettant à jour dans le cadre d'une approche téléologique l'écart entre l'objectif de la norme et la réalité sociale. Volonté de réformer, par une approche technique centrée sur la notion d'efficacité qui, même si elle invite « à des questions éthiques assez difficiles à résoudre »¹¹⁵⁵, permet de suggérer des améliorations du droit.

C'est dans cette double optique que notre travail de recherche utilise l'analyse économique du droit, qu'elle applique au droit de la médiation administrative, afin d'en améliorer le recours en matière de contentieux fonction publique.

¹¹⁵² BOUCKAERT Boudewijn (1987), « L'analyse économique du droit : vers un renouveau de la science juridique ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 18(1), p.47-61.

¹¹⁵³ Ibid.

¹¹⁵⁴ Ibid.

¹¹⁵⁵ Ibid.

Conclusion du chapitre 2

Après avoir examiné les avantages et les freins à la médiation dans un premier chapitre, l'objectif de ce second chapitre a été d'identifier au mieux les litiges ou les situations pouvant se prêter à un tel processus de règlement amiable. Il s'est appuyé pour cela sur le concept de droit subjectif, dégagé depuis longtemps par la doctrine juridique, mais difficile à cerner dans la doctrine administrative. L'administration, nimbée de prérogatives de puissance publique, ne se met effectivement en mouvement que sur la base de droits objectifs. Le droit subjectif en droit administratif a ainsi été défini comme un droit objectif dans le chef des agents, en différend ou en contentieux avec leur administration : la lésion ou le sentiment de la lésion de ces droits subjectifs est ainsi un argument de poids pour lancer une médiation.

Plusieurs éléments caractéristiques de ces droits subjectifs, dénommés « balises », ont été dégagés par la recherche. Cette dernière n'est cependant pas parvenue à établir un lien évident entre la lésion de certains droits subjectifs et la médiation administrative, bien qu'elle ait pu identifier des situations juridiques où la pertinence de ce mode alternatif de règlement des différends est à explorer¹¹⁵⁶.

La détermination imprécise du contour de ces droits subjectifs nous a amené à effectuer une analyse à priori de ce concept qui, sans le disqualifier, en a montré les limites. Cette évaluation qui mériterait d'être précisée a été effectuée en recourant à la science juridique, dont l'influence sur la doctrine juridique a été rappelée. Parce que le droit subjectif dépend souvent des circonstances de l'espèce, il est difficilement répliquable. Il porte néanmoins en germe la question de l'utilité de la médiation, ouvrant dès lors par continuité sémantique et épistémologique la voie à l'analyse du droit de la médiation administrative sous l'angle du jeu et de la théorie des jeux. La thèse des professeurs Van de Kerchove et Ost, qui dans une perspective d'étude scientifique de l'objet « droit » assimile les règles de droit à des règles du jeu ouvre dès lors la piste de l'analyse économique du droit, science plurielle à la fois science économique et science juridique.

¹¹⁵⁶ Ceci tendant à justifier l'importance du référent médiation au sein de chaque juridiction administrative.

Conclusion du titre 1

Ce premier titre a d'abord cherché à identifier quels pourraient être les éléments de forme ou de fond à même de constituer des incitations à la médiation. Il a démontré que si les recours administratifs constituent une incitation majeure à la médiation, les recours juridictionnels ne constituent néanmoins qu'une incitation relative, le plus souvent fonction des circonstances de l'espèce. Ce faisant, il a de facto conforté le rôle du référent médiation au sein de chaque juridiction administrative.

Il a ensuite cherché à étudier l'économie du conflit entre un agent et son administration, en partant du contentieux pour tenter de remonter au différend, stade premier du conflit où la médiation administrative révèle toute son efficacité. Il a examiné pour cela les modalités de contrôle du juge administratif et identifié la pertinence d'une médiation sur les actes où le contrôle du juge administratif est restreint. Ce cheminement dans la recherche¹¹⁵⁷ a ainsi permis de mettre en relief la pertinence des droits « subjectifs » dans la naissance et le développement des litiges entre un agent et son administration. Elle n'a cependant pas pu adapter cette notion au contentieux fonction publique, le recours à la science juridique mettant en relief sa trop grande plasticité, mais aussi l'intérêt d'assimiler la règle de droit à une règle du jeu, notamment au regard de l'objectif avoué de notre recherche : améliorer le recours à la médiation administrative, et donc de facto son utilité et son efficacité.

Il n'y a ainsi plus qu'à faire un pas pour envisager l'analyse économique du droit comme une science à la fois économique et juridique qui, appliquée au droit de la médiation administrative, pourrait permettre de mieux en connaître, mais aussi, par effet ricochet, d'améliorer le recours à ce mode alternatif de règlement des différends (MARD).

¹¹⁵⁷ Nourri notamment par une exploration des concepts de droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux dans le chef des particuliers en droit administratif

TITRE 2 : L'analyse économique du droit de la médiation administrative, une approche pluridisciplinaire qui pourrait favoriser cette pratique

Les différends en matière de gestion des ressources humaines peuvent fréquemment questionner la pertinence d'une médiation, les potentiels médiés étant alors amenés à prendre ou pas la décision de se lancer dans ce processus atypique. Derrière chaque réflexion personnelle résonne ainsi en creux la question de « comment prendre une décision satisfaisante ? »¹¹⁵⁸, car ce mode alternatif peut tout autant intéresser qu'inquiéter les parties au litige.

C'est d'ailleurs une des premières interrogations qui sous-tend la thèse de Régis Lanneau, présentée en 2009 et consacrée à l'analyse épistémologique du mouvement Law and Economics (L&E). Ainsi, « l'analyse économique du droit propose une méthodologie d'approche des phénomènes juridiques qu'elle considère comme scientifique. En s'appuyant sur un point de vue systématisé, elle espère faciliter la résolution des problèmes juridiques en les recentrant »¹¹⁵⁹. Parmi ces phénomènes juridiques se trouvent aussi bien l'élaboration de la loi, les choix des acteurs du procès, l'écart constaté entre l'objectif de la norme et les comportements sociaux, que la manière de juger et les jugements en eux-mêmes.

Les apports de l'analyse économique du droit sont ainsi majeurs, en ce qu'ils questionnent l'efficacité de la norme, du conflit ou des jugements qui en découlent. Ce faisant, ils mettent aussi en relief la capacité limitée des acteurs à un procès d'envisager en toute sérénité le raisonnement du juge, qui ne se borne pas qu'au syllogisme. Ainsi, au motif que « les auteurs ont, de longue date, souligné que le syllogisme, même lorsqu'il reste, comme en France, la forme du jugement, ne reflète pas le raisonnement par lequel le juge parvient à la solution du litige »¹¹⁶⁰, elle peut constituer un outil puissant dans l'analyse et la résolution des litiges. En effet, au sein du syllogisme « les prémisses supposent toujours un jugement de

¹¹⁵⁸ LANNEAU Régis (2009), *Les fondements épistémologiques du mouvement Law and economics*, Thèse de droit public, p.1.

¹¹⁵⁹ Ibid.

¹¹⁶⁰ SIBONY Anne-Lise (2009), *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, LGDJ, p.20.

l'auteur, il s'y glisse une irréductible part d'appréciation personnelle, et c'est par le truchement de cette appréciation que le juge assume son double rôle créateur, à l'égard du fait et à l'égard du droit »¹¹⁶¹. Dès lors, prendre en compte les biais induits par cette subjectivité est une des préoccupations majeures de l'analyse économique du droit, dont nous démontrerons l'utilité pour produire ou aider à produire de nouvelles méthodes de résolution ou de nouvelles solutions aux différends RH grâce à la médiation.

L'analyse économique du droit, largement développée aux Etats-Unis où la transaction, l'arbitrage et la médiation constituent d'importantes procédures de règlement des litiges, repose sur des outils issus de la microéconomie. Parce qu'elle s'intéresse notamment au droit de la responsabilité et à l'économie globale du processus de règlement des litiges, elle pourrait être utilisée pour améliorer le recours à la médiation (Chapitre 1). Une analyse économique du droit de la médiation administrative amène ainsi à formaliser plusieurs préconisations pour développer ce mode alternatif de règlement des différends (Chapitre 2).

¹¹⁶¹ Ibid.

Chapitre 1 : L'analyse économique du droit, une notion d'origine américaine

L'analyse économique du droit est née à l'Université de Chicago, au sein de l'école de droit (« Chicago Law School ») et de l'école d'économie (« Chicago School of economics »), dans le cadre d'un débat intense entre ces deux écoles, débuté par Ronald Coase¹¹⁶² dans les années 1930 puis poursuivi par Richard Posner¹¹⁶³ dans les années 1970. Science juridique par excellence, elle a pour objectif d'améliorer la norme au sens de l'efficacité sociale. Elle postule en effet que le droit est codé par l'économie, en fondant ses prémisses sur la notion de coût social d'une norme, d'abord mis en relief par Arthur Pigou¹¹⁶⁴. Elle a ainsi pour objectif d'améliorer la norme, notamment au travers de l'optimisation des mécanismes incitatifs agissant comme des signaux à destination des acteurs à un échange, qui ont tous la volonté de maximiser leurs gains (Section 1). Elle cherche pour cela à expliciter les décisions individuelles, grâce des théories microéconomiques générales que nous qualifierons ici de « classiques », dans le sens premier du terme, c'est-à-dire de ce qui fait autorité¹¹⁶⁵.

¹¹⁶² Pour des ouvrages en langue française : COASE Ronald (1937), « La nature de la firme », dans *L'entreprise, le marché et le droit*, traduit et présenté par Boualem ALIOUAT, Éditions d'Organisation, 2005 ; COASE Ronald (2000), *Le coût du droit*, collection droit, éthique, société, PUF. Dans cet ouvrage compilant plusieurs articles parus entre 1937 et 1980, dans plusieurs revues de référence comme *The journal of law and economics* ou *The journal of legal studies*, est notamment retranscrit l'article majeur de Coase sur « le problème du coût social » du droit. La bibliographie en langue anglaise est abondante et se retrouve majoritairement dans *The journal of law and economics* : cf. « Durability and monopoly » (1972), « The lighthouse in economics » (1974) », « Law and economics at Chicago » (1993).

¹¹⁶³ L'œuvre de Richard POSNER a fait l'objet d'une seule présentation en français : HARNAY Sophie, MARCIANO Alain (2003), *L'analyse économique du droit*, Collection Bien Commun, Edition Michalon. Son œuvre en anglais est importante (plus de 50 livres et de 500 articles), parmi celle-ci : *Economic analysis of Law* (1972) qui est constamment réédité, *The economics of justice* (1981), *The problems of jurisprudence* (1990).

¹¹⁶⁴ PIGOU Arthur (1912), *Wealth and welfare*, Macmillan ; PIGOU Arthur (1920), *The economics of Welfare*, Macmillan.

¹¹⁶⁵ Dans le sens premier du terme, c'est-à-dire de ce qui fait autorité. Cet adjectif n'est ainsi pas lié aux concepts d'école classique ou néoclassique en ce qui concerne la microéconomie, qui sert de fondement épistémologique à l'analyse économique du droit. L'école classique désigne le courant qui a dominé les sciences économiques jusqu'à la moitié du dix-neuvième siècle, à une époque où le libéralisme mercantile domine dans les relations entre et au sein des États : cf. ORAIN Arnaud (2025), *Le monde confisqué – Essai sur le capitalisme de la finitude (XVI-XXIème siècle)*, Éditions Flammarion. Elle se caractérise par des théories comme celles des rendements décroissants du Baron de TURGOT, de la loi des débouchés de Jean-Baptiste SAY, des avantages comparatifs de David RICARDO, etc. L'école néoclassique est l'école de pensée économique qui postule que les marchés ont des mécanismes autorégulateurs qui conduisent à l'optimum économique, au motif que les individus sont rationnels et cherchent à maximiser leur utilité. Elle est fondée dans la seconde moitié du dix-neuvième siècle par des économistes marginalistes comme Léon WALRAS, puis s'épanouit jusqu'à la crise financière de 1929 et l'avènement de l'école keynésienne, qui promeut un interventionnisme de l'État sur les marchés, la monnaie et les finances publiques. La synthèse *néoclassique* va incorporer dans la seconde moitié du vingtième siècle ces trois écoles.

L'analyse économique du droit postule par conséquent la rationalité des acteurs économiques, qui cherchent à maximiser leur utilité, terme polysémique pouvant désigner tour à tour des gains, des positions avantageuses, etc. Elle reprend en cela l'individualisme méthodologique explicité par Gary Becker¹¹⁶⁶, également membre de l'école d'économie de Chicago : les phénomènes sociaux s'expliquent à partir des choix et des comportements des individus, considérés comme des personnes logiques et sensées, qui arbitrent en fonction de leurs préférences, de leurs contraintes et des coûts/bénéfices perçus, parfois même à rebours de ce que prescrit la loi. C'est ainsi que l'obligation, au sens juridique du terme, est avant tout appréhendée comme étant une incitation, et non pas une règle absolue que tout citoyen doit suivre. Ainsi le droit pénal est avant envisagé comme un droit incitatif.

Le but de l'analyse économique du droit est ainsi double : améliorer l'efficacité des incitations que porte la norme juridique, ou bien diminuer le coût social d'un échange. Elle s'appuie pour cela sur des théories comme la théorie des jeux, la théorie du risque ou la théorie de l'agence. Le « Law and economics » place également au cœur de sa réflexion l'étude des coûts de transaction, mis en relief par Ronald Coase. Pour imaginer ce concept, les coûts de transaction sont à l'échange économique ce que les frottements sont au déplacement d'un palet lancé sur une patinoire. Parce que ces derniers doivent être minimisés pour allonger la course du palet, la minimisation des coûts de transaction permet d'améliorer l'efficacité sociale d'un échange. Richard Posner postule ainsi leur existence dans le domaine légal et judiciaire, en fixant au système juridique l'objectif de les minimiser (Section 2).

¹¹⁶⁶ Gary Stanley BECKER est le fondateur de la notion de capital humain, qui est l'objet de son seul article en français (2015), « Le Capital humain, une analyse théorique et empirique », Encyclopaedia Universalis, collection « Les Fiches de lecture d'Universalis ». Sur l'individualisme méthodologique, en anglais, voir notamment : *The economics of discrimination* (1957, 1971) ; « Crime and punishment : an economic approach », *The journal of political economy* (1968).

Section 1 : L'analyse économique du droit et l'amélioration de la norme

L'analyse économique du droit poursuit deux objectifs, complémentaires l'un de l'autre. Le premier est d'améliorer l'efficacité économique du droit (§1), le second est d'améliorer les mécanismes incitatifs (§2).

§1. L'analyse économique du droit a pour premier objectif l'efficacité économique du droit

L'analyse économique du droit est aux Etats-Unis une branche commune aux écoles de droit et d'économie, dont la prémisse majeure est le codage du droit par l'économie (A). Son premier objectif est d'améliorer l'efficacité économique du droit, en analysant les coûts sociaux en général et les coûts de transaction en particulier (B).

A. Un droit codé par l'économie

Le mouvement de l'analyse économique du droit est nommé, peut-être grâce à la faculté de la langue anglaise à imaginer en toute simplicité des concepts complexes, « Law and economics ». Il est défini au point de vue conceptuel comme « l'application de la théorie économique - principalement la microéconomie et les concepts de base de l'économie du bien-être - à l'examen de la formation, de la structure, des processus et de l'impact économique du droit et des institutions juridiques »¹¹⁶⁷. Cette description n'est peut-être pas satisfaisante pour la France, car elle ne permet pas de classer cette discipline dans la partition classique des sciences. Est-ce une science juridique ? Ou bien encore une science économique ? Si notre pays a défini le droit public économique et le droit public des affaires comme un droit à part entière¹¹⁶⁸, qu'en est-il pour l'analyse économique du droit, qui est en

¹¹⁶⁷ MERCURO Nicholas, MEDEMA Steven G. (2006), *Economics and the law: From Posner to post-modernism and beyond*, Second edition, Princeton University Press, p.1.

¹¹⁶⁸ Cf. « le droit public économique se concentrant sur l'intervention de la puissance publique et les outils qu'elle met en œuvre, y compris en dehors du marché, alors que le droit public des affaires privilégie l'action publique en tant qu'elle a une incidence sur le marché ». BERNARD Sébastien, JOUVE Denis (2023), *Droit public des affaires*, 2^{ème} édition, Éditions LEXISNEXIS, p.1.

France largement employé par les sciences économiques, mais de manière très marginale par le droit ?

Cette définition est ainsi considérée comme trop large par Régis Lanneau qui, peut-être grâce à son profil particulier – il est professeur de droit public à l'Université Paris X et professeur agrégé d'économie, a pu la préciser. Il a ainsi démontré dans sa thèse de droit public que l'analyse économique du droit a pour principe de base l'idée que le droit est codé par l'économie, à savoir l'économie classique mais aussi d'autres écoles : « La terminologie Law and Economics apparaît dès lors trompeuse puisqu'elle ne traduit pas exactement l'idée que le droit est codé par l'économie, et pourrait laisser croire que le mouvement est concerné par l'ensemble des interactions possibles entre ces deux domaines »¹¹⁶⁹. Cette définition a ainsi l'avantage de contourner les multiples débats sur la nature de l'analyse économique du droit, dû à « cette propension très marquée en France qui consiste à négliger l'importance de l'interdisciplinarité, tout simplement parce que l'organisation des études de droit n'autorise pas autre chose : une théorie du droit essentiellement doctrinale »¹¹⁷⁰.

Cette notion de codage du droit par l'économie n'est donc pas simple à cerner pour un juriste français. Elle est apparentée au fait que le langage est un code de communication – il est d'ailleurs codifié par les règles d'orthographe, de grammaire et de conjugaison. Par une duplication de cette idée à d'autres champs de pensée le droit peut ainsi être considéré comme un code, dont une grande partie est économique¹¹⁷¹ (I). Le concept d'efficacité trouve ainsi à s'appliquer au droit, qui est étudié par l'analyse économique du droit dans le cadre d'une triple approche : normative, positive et fonctionnelle (II).

I. Le codage du droit par l'économie

Il convient ainsi de définir précisément cette notion de « codage », parvenue dans le monde du droit grâce au développement de la théorie des systèmes. Cette théorie,

¹¹⁶⁹ LANNEAU Régis (2009), *Les fondements épistémologiques du mouvement Law and economics*, Thèse de droit public, p.4-5.

¹¹⁷⁰ SUEUR, Jean-Jacques (2012), « Pour une autre analyse économique du droit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 68(1), p.107-144. Voir l'article dans son intégralité, qui resitue un grand nombre de débats doctrinaux sur la nature et la fonction de l'analyse économique du droit, pour mieux les dépasser.

¹¹⁷¹ PISTOR Katharina (2023), *Le code du capital – comment la loi crée la richesse capitaliste et les inégalités*, Éditions du Seuil.

développée par le biologiste Ludwig Von Bertalanffy, tend à considérer qu'il est possible de modéliser une organisation ou une activité comme un système, caractérisé par des états stables et des états de transition. Cette approche pluridisciplinaire est « une extension de la physique, de la chimie, de la cinétique et de la thermodynamique classiques »¹¹⁷². A la base de l'ingénierie des systèmes de systèmes, des systèmes complexes et de l'épistémologie constructiviste¹¹⁷³, elle a par ailleurs été appliquée aux sciences sociales, notion qui « doit s'entendre dans une acception très large : histoire, économie, psychologie sociale, linguistique, anthropologie sociale et culturelle, science politique, sociologie... »¹¹⁷⁴. Cette « systémique sociale » part ainsi du principe que comme « en anthropologie sociale (structuralisme), en économie mathématique, l'usage du raisonnement hypothético-déductif est possible. La théorie de l'information, la théorie des jeux, la théorie de la décision, etc., fournissent des modèles qui traitent des comportements sociaux »¹¹⁷⁵. Ainsi, s'il « existe donc des règles statistiques et des lois dans les systèmes sociaux, même si les modèles ainsi construits diffèrent des modèles applicables aux sciences de la nature »¹¹⁷⁶, il convient de les mettre à jour : un grand défi de l'analyse économique du droit est ainsi d'établir un certain nombre de phénomènes sociaux dégagées par des analyses statistiques sur l'utilisation des « droits de propriété », qui constituent le premier objet d'attention de cette science à la fois économique et juridique. Ces derniers sont néanmoins définis d'une manière plus large que celle du droit civil¹¹⁷⁷, comme la relation des acteurs avec des biens matériels et immatériels produisant de l'utilité :

« Property rights can be defined as socially recognized entitlements of individuals to use a good. Here the term 'property' is used in a broad sense and is meant to encompass the relations of actors to all scarce goods yielding utility, including rights not only to material

¹¹⁷² LUGAN Jean-Claude (2009), *La systémique sociale*, Presses Universitaires de France, p. 5-11.

¹¹⁷³ LE MOIGNE Jean-Louis (2012), *Les épistémologies constructivistes*, Presses Universitaires de France.

¹¹⁷⁴ LUGAN Jean-Claude (2009), *La systémique sociale*, Presses Universitaires de France, p.12-31.

¹¹⁷⁵ Ibid.

¹¹⁷⁶ Ibid.

¹¹⁷⁷ Code civil, article 554 : « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ».

resources but also to immaterial, human rights such as the right to vote and that of free speech »¹¹⁷⁸.

L'échange de ces droits de propriété fonde ainsi le concept de coûts de transaction, sur lesquels nous reviendrons largement, parce qu'ils fondent comme le démontre Ronald Coase l'institution à la fois économique, juridique et sociale qu'est l'entreprise. La nature scientifique de l'analyse économique du droit et du codage du droit par l'économie est confirmée par de nombreux auteurs¹¹⁷⁹, mais aussi grâce aux travaux de Niklas Luhmann, sur lesquels il est important de revenir succinctement, tant ils fondent les notions de droit comme un système, mais aussi légitiment au point de vue méthodologique la modélisation¹¹⁸⁰ et le jeu comme moyens d'étude des rapports juridiques, économiques et sociaux.

Ce professeur de sociologie du droit allemand a en effet largement consacré ses travaux de recherche à la fondation d'une théorie fonctionnaliste du droit, car selon lui « le XIXe siècle est le moment où le droit accroît sa différenciation fonctionnelle et où il entre dans une relation de couplage accru avec les autres systèmes sociaux, notamment la politique et l'économie »¹¹⁸¹. Comme la thèse de Régis Lanneau, ce travail de recherche est fortement inspiré par la théorie autopoïétique¹¹⁸² du penseur allemand, souvent opposé à son compatriote Jürgen Habermas¹¹⁸³ et à sa théorie de l'agir communicationnel¹¹⁸⁴.

La théorie de Luhmann conçoit le droit comme un système social, lui-même « sous-système du système qu'est la société », où « le droit est avant tout fait de

¹¹⁷⁸ MÜLLER Christian, TIETZEL Manfred (2005), « Property rights and their partitioning », in *The Elgar Companion to law and economics*, edited by BACKHAUS Jürgen G., 2nd edition, Edward Elgar Publishing, p.40. Traduction : « Les droits de propriété peuvent être définis comme des droits socialement reconnus des individus à utiliser un bien. Le terme « propriété » est utilisé ici dans un sens large et vise à englober les relations des acteurs avec tous les biens rares produisant de l'utilité, y compris les droits non seulement sur les ressources matérielles mais aussi sur les droits immatériels, les droits de l'homme tels que le droit de vote et la liberté d'expression ».

¹¹⁷⁹ Voir notamment l'article présentant l'analyse économique du droit comme un renouveau de la science juridique : BOUCKAERT Boudewijn (1987), « L'analyse économique du droit : vers un renouveau de la science juridique ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 18(1), p.47-61.

¹¹⁸⁰ La modélisation est définie ici comme un processus qui consiste à créer une représentation simplifiée et abstraite d'un système ou d'un phénomène.

¹¹⁸¹ SOSOE Lukas K. (2015), *Le droit-un système social, un commentaire coopératif de Niklas Luhmann*, Éditions OLMS, p.28.

¹¹⁸² Selon une définition simplifiant le concept, trouvée sur Wikipédia en 2023, l'autopoïèse (du grec auto soi-même, et poïesis production, création) est la propriété d'un système de se produire lui-même, en permanence et en interaction avec son environnement, et ainsi de maintenir son organisation (structure) malgré son changement de composants (matériaux) et d'informations (données).

¹¹⁸³ WEILL Nicolas, « La sociologie épurée de Niklas Luhmann », *Le Monde*, 17 avril 2021.

¹¹⁸⁴ MELKEVIK Bjarne (2012), *Droit et agir communicationnel – Penser avec Habermas*, Buenos Books International, 1^{ère} édition

communication »¹¹⁸⁵. Ainsi « en tant que code du système juridique, les concepts de légalité et d'illégalité doivent se comprendre ici en un sens large. Ils ne signifient pas seulement la conformité ou non-conformité à telle ou telle attente normative particulière »¹¹⁸⁶. L'analyse économique du droit permet ainsi de dépasser les notions de légalité/illégalité et de conformité/non-conformité pour mettre à jour des réalités à la fois juridiques, économiques et sociales au travers de la notion de « système », elle-même au fondement de la théorie des systèmes à laquelle Jean-Louis Le Moigne a largement contribué. Cette approche novatrice et ardue est issue de la pensée complexe d'Edgar Morin qui, par une approche heuristique, cherche à réduire le compliqué en agrégeant les approches. Elle nous semble néanmoins devoir être simplifiée par une approche ludique, parce que « la référence au jeu doit résolument dépasser la simple forme d'une analogie au sens didactique pour aboutir à l'élaboration d'un véritable paradigme au sens explicatif, éthique, épistémologique et logique du terme, c'est-à-dire se transformer d'un simple instrument commode de description de la réalité juridique en un instrument d'explication de celle-ci et de réflexion critique sur l'éthique juridique, la science du droit et l'activité juridique discursive en général »¹¹⁸⁷.

L'application de la théorie des jeux, d'essence économique, au droit, permet ainsi à l'analyse économique du droit d'approfondir l'efficacité du droit dans une triple approche.

II. L'approche normative, positive puis fonctionnelle du L&E

Si, comme nous le verrons ultérieurement, l'analyse économique du droit utilise un grand nombre de théories microéconomiques, elle repose également sur d'autres concepts et théories économiques : « D'une manière générale, nous considérons que le mouvement Law and Economics est composé de différentes méthodes d'analyses ou d'approches économiques du droit »¹¹⁸⁸, reposant sur un corps de concepts homogènes, allant de la

¹¹⁸⁵ SOSOE Lukas K. (2015), *Le droit-un système social, un commentaire coopératif de Niklas Luhmann*, Éditions OLMS, p.10-11.

¹¹⁸⁶ Ibid., p.14.

¹¹⁸⁷ VAN DE KERCHOVE Michel, OST François (1992), *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Collection Les voies du droit, PUF, p.46.

¹¹⁸⁸ LANNEAU Régis (2009), *Les fondements épistémologiques du mouvement Law and economics*, Thèse de droit public, p.4-5.

microéconomie, voire à l'analyse comportementale¹¹⁸⁹. Régis Lanneau distingue néanmoins au sein de ce mouvement deux types d'analyse, l'une normative, l'autre positive : « l'analyse économique appliquée au droit viserait, dans sa version positive, à redonner du sens à l'évolution juridique et à prévoir les comportements des individus suite à une modification d'une ou plusieurs règles juridiques (...) Dans sa version normative, l'analyse économique du droit servirait à critiquer et améliorer les normes juridiques et les institutions et à conseiller le juge ou le législateur sur les règles à mettre en place »¹¹⁹⁰. Ces deux approches doivent néanmoins être utilisées « avec prudence »¹¹⁹¹ : reposant sur des modélisations et des comportements « prévisionnels » elles peuvent ne pas correspondre à la réalité. Elles seront ainsi employées dans cette recherche de manière mesurée et limitée, l'approche résolument scientifique plaidant pour démarche pas à pas, dont la critique permettra nous l'espérons d'accroître l'appropriation de l'analyse économique du droit par les juristes français.

L'analyse économique du droit a « deux ancêtres immédiats »¹¹⁹². Le premier est un courant économique dénommé l'impérialisme économique. Ce champ d'étude cherche depuis les années 1950 à « appliquer les outils d'analyse économique en dehors du domaine traditionnel de la science économique : les phénomènes politiques, la discrimination, la famille, les rapports non marchands »¹¹⁹³. Gary Becker est le représentant le plus éminent de ce mouvement¹¹⁹⁴. Le second est un mouvement juridique né entre les deux guerres, dit le « réalisme juridique » (« legal realism » en anglais), dont les tenants estimaient que « la

¹¹⁸⁹ Cette branche de l'analyse économique du droit, voire cette nouvelle science, est basée sur les travaux croisés de psychologues, d'économistes et de juristes, comme Daniel Kahneman et Cass R. Sunstein. Elle n'est pas abordée dans ce travail de recherche.

¹¹⁹⁰ LANNEAU Régis (2009), *Les fondements épistémologiques du mouvement Law and economics*, Thèse de droit public, p.5-6.

¹¹⁹¹ Ibid., p.6.

¹¹⁹² MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane (2008) *Analyse économique du droit*, Éditions DALLOZ THEMIS, p.7.

¹¹⁹³ Ibid., p.7.

¹¹⁹⁴ Comme l'écrit CHASSONNERY-ZAÏGOUCHE Cléo (2013), « L'économie des discriminations : conquête impérialiste ou contribution à la théorie des prix ? », revue OECONOMIA, p.87-118 : « Pour la discipline économique, et au-delà d'elle, le nom de Gary S. Becker est attaché à ce que l'on commence à nommer à partir des années 1970, l'impérialisme économique. Si l'expression peut être associée aux travaux de Hobson et Lénine, c'est son second sens qui nous intéresse ici : celui qui désigne l'extension du champ d'analyse et des objets de l'économie à des domaines jusque-là abordés par d'autres disciplines³. Prenant pour objet la discrimination à l'encontre des afro-américains – objet considéré à l'époque comme relevant de la psychologie et de la sociologie – Gary S. Becker lui applique une nouvelle méthode : celle de la théorie des prix de Chicago, à travers la modélisation d'un *goût pour la discrimination* inséré dans un modèle de commerce international ».

science économique et la sociologie étaient non seulement des disciplines alliées, mais faisaient en quelque sorte partie intégrante du droit »¹¹⁹⁵.

Trois écoles ou « courants » de l'analyse économique du droit peuvent aujourd'hui être distinguées selon Francesco Parisi¹¹⁹⁶. La première est l'école fonctionnelle ou école positive, née à l'université de Chicago à partir des années 1970 à la suite des travaux successifs de Ronald Coase, Guido Calabresi et Richard Posner. Elle postule l'efficacité économique de la common law et vise à expliciter les phénomènes sociaux grâce à l'impérialisme économique. La seconde est l'école normative, née à l'université de Yale et tenante du « legal realism » :

« Unlike its Chicago counterpart, the Yale school has attracted liberal practitioners who employ the methodology of the Chicago School but push it to formule normative propositions on what the law ought to be like »¹¹⁹⁷.

La troisième et dernière approche est l'école fonctionnelle, née à l'école d'économie politique de Virginie. Elle repose sur le postulat de l'individualisme méthodologique, affirmant que les individus sont les seuls organes moteurs des communautés humaines. Cette école est dans sa phase initiale mais nous reviendrons plus longuement sur l'individualisme méthodologique, qui nous semble intéressant pour étudier les conflits entre un agent et son administration.

La présentation de ces différentes écoles nécessite par conséquent d'approfondir l'histoire et la description des objectifs de l'analyse économique du droit, qui sont à la fois l'identification et l'analyse des incitations qu'une règle génère volontairement ou involontairement, mais aussi l'amélioration de la norme au sens de l'efficacité économique.

¹¹⁹⁵ MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane (2008) *Analyse économique du droit*, Éditions DALLOZ THEMIS, Collection Méthodes du droit, 2^{ème} édition, p.7.

¹¹⁹⁶ PARISI Francesco (2005), « Positive, normative and functional schools in law and economics », in *The Elgar Companion to law and economics*, edited by BACKHAUS Jürgen G., 2nd edition, Edward Elgar Publishing, p.58-73.

¹¹⁹⁷ Ibid., p.64. Traduction : « Contrairement à son homologue de Chicago, l'école de Yale a attiré des praticiens libéraux qui utilisent la méthodologie de l'école de Chicago mais la poussent à formuler des propositions normatives sur ce que devrait être le droit ».

B. Un objectif d'amélioration de l'efficacité économique du droit

Le développement de l'analyse économique du droit aux Etats-Unis (USA) s'est fait en quatre phases depuis 1957. La première phase a été celle du lancement de ce mouvement par les économistes, à partir des travaux sur l'efficacité des lois antitrust, menés dès 1950 par Aaron Director¹¹⁹⁸ au sein de l'école de droit de Chicago. Loin de se cantonner à ce domaine spécifique, les travaux conjoints des économistes et des juristes ont bientôt développé une approche croisée entre les écoles de droit et d'économie au sein d'un centre de recherche spécifique¹¹⁹⁹ : « Director's impact at the law school, however, went far beyond antitrust : he was the prime mover in the early professionalization of Chicago Law and economics »¹²⁰⁰.

Ce mouvement prend véritablement son envol avec la thèse de Gary Becker en 1957 sur l'économie de la discrimination¹²⁰¹ aux USA, qui amènera ce grand professeur de l'école d'économie de Chicago à obtenir en 1992 le prix de la Banque de Suède en sciences économiques, pour ses travaux sur la notion de capital humain. En 1958 est lancé au sein de la même université de Chicago le « Journal of law and economics »¹²⁰², qui va prendre son envol dès 1960 avec la parution d'un article célèbre de Ronald Coase sur le coût social. Cette étude donnera lieu au théorème de Coase, mais elle sera aussi à l'origine du prix Nobel de cet économiste en 1991. Un centre de recherche en analyse économique du droit sera également mis en place au sein de l'Université de Yale¹²⁰³, qui publiera à partir de 1985 The journal of law, economics and organization »¹²⁰⁴. Il convient enfin de mentionner le développement de plusieurs « programmes » ou thématiques « Law and economics » dans d'autres universités américaines, comme celle de Virginie¹²⁰⁵.

¹¹⁹⁸ Aaron Director (1901-2004) a été un célèbre professeur de droit et directeur de l'école de droit de l'université de Chicago. Diplômé en droit de l'université de Yale, il fût rapidement amené à rencontrer Friedrich Hayek, mais aussi Milton Friedman, qui fût son beau-frère.

¹¹⁹⁹ <https://www.law.uchicago.edu/coase-sandor> .

¹²⁰⁰ MERCURO Nicholas, MEDEMA Steven G. (2006), *Economics and the law: From Posner to post-modernism and beyond*, Second edition, Princeton University Press, p.97-98. Traduction: « L'impact de Director à l'école de droit est cependant allé bien au-delà de l'antitrust : il a été le principal artisan de la professionnalisation de la faculté de droit et d'économie de Chicago ».

¹²⁰¹ La politique qui lutte contre la discrimination aux USA est appelée « positive action policy ».

¹²⁰² <https://www.journals.uchicago.edu/toc/jle/current> .

¹²⁰³ <https://law.yale.edu/centers-workshops/john-m-olin-center-law-economics-and-public-policy> .

¹²⁰⁴ <https://academic.oup.com/jleo> .

¹²⁰⁵ <https://www.law.virginia.edu/academics/program/john-m-olin-program-law-and-economics> .

Comme nous l'avons explicité précédemment ces différentes écoles sont fondées sur les concepts de coût social (I), elles n'ont cependant pas encore bénéficié d'une large audience chez les juristes français (II).

I. Le Law & Economics repose sur la notion de coût social mise en relief par Ronald Coase

Le coût social est le coût consenti par B du fait des répercussions indésirables de l'activité de A, défini comme une « externalité » (négative en l'occurrence) dans la pensée du professeur Pigou. Cette externalité est la conséquence d'une mauvaise allocation des ressources : le coût consenti par A (c'est-à-dire le prix payé par A) est inférieur au coût ressenti par B. Si Arthur Pigou pense que c'est à l'État de corriger cette mauvaise allocation sociale des coûts, Ronald Coase affirme qu'il n'y a pas forcément mauvaise allocation, car « les personnes touchées peuvent réarranger le fardeau de leur interaction, si cela leur est profitable. B, qui doit assumer le fardeau de l'externalité que lui cause A, peut s'entendre avec A et le payer pour prévenir cette externalité. Si A peut le faire à meilleur compte que B, cette option est moins chère pour B que d'assumer lui-même le fardeau de l'externalité »¹²⁰⁶.

Pour le professeur Coase, l'absence d'entente entre A et B est la cause de facteurs qu'il nomme les coûts de transaction (ce faisant il démontre que les coûts de transaction fondent la notion d'entreprise, au sein de laquelle les coûts de transaction sont nuls). L'étude des coûts de transaction devient ainsi le principe premier de l'analyse économique du droit, qui est embrassée par de nombreux économistes de renom (comme Armen Alchian, Harold Demsetz ou Steven N.S. Cheung).

La seconde phase est celle de l'expansion progressive du *Law & Economics*. Le développement du mouvement au sein des juristes s'opère au début des années soixante-dix avec Guido Calabresi, qui publie en 1970 le livre majeur *The costs of accidents : a legal and economic analysis*¹²⁰⁷. Il est suivi au même moment par Henri Manne et Richard A. Posner. Ce dernier, professeur de droit à l'université de Chicago et juge fédéral, publie en 1972 un livre

¹²⁰⁶ MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane (2008), *Analyse économique du droit*, Éditions DALLOZ THEMIS, Collection Méthodes du droit, 2^{ème} édition, p.9.

¹²⁰⁷ CALABRESI Guido (1970), *The costs of accidents : a legal and economic analysis*, Yale university press.

qui fait date : *Economic analysis of law*¹²⁰⁸. Puis il développe une nouvelle revue permettant de diffuser ce nouveau courant de pensée : « The journal of legal studies »¹²⁰⁹.

Les institutions classiques du droit civil comme les biens (« property »), les obligations (« contracts ») et la responsabilité (« torts ») trouvent alors une nouvelle interprétation sous l'angle économique à la lumière de la pensée de Coase et Posner. Ce dernier fonde sa théorie sur le concept de l'efficacité sociale du droit, puisque selon lui « les individus respectent les règles uniquement parce qu'elles servent leur intérêt (...) en terme économique les règles ne sont rien d'autre que des prix qu'il convient de considérer comme des mécanismes incitatifs »¹²¹⁰. Richard Posner est ainsi « un pragmatique qui réfute l'idée de vérité, postulant que tout individu cherche à maximiser sa richesse. Le droit est ainsi pour lui un système devant concourir à la maximisation de la richesse individuelle mais aussi un système de justice sociale »¹²¹¹.

La troisième phase est celle de la remise en cause des fondements du Law and economics. Elle va s'opérer au mi-temps des années 80 et notamment une critique développée de la pensée « posnerienne ». Il est en effet reproché à Richard Posner de fonder sa doctrine sur le théorème trop simpliste et/ou trop libéral de Ronald Coase¹²¹². Elle est une phase de transition, qui permet d'ouvrir la quatrième phase, voyant le développement progressif de plusieurs écoles de Law and economics, à l'Université de Yale mais aussi dans d'autres universités d'État.

Si l'analyse économique du droit est ainsi très développée dans l'univers des juristes aux Etats-Unis (USA), elle n'a pour l'instant reçu en France qu'un écho, principalement dans les facultés d'économie.

¹²⁰⁸ POSNER Richard (2014), *Economic analysis of Law*, Ninth edition, ASPEN Publishing.

¹²⁰⁹ <https://www.journals.uchicago.edu/toc/jls/current>.

¹²¹⁰ MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane (2008) *Analyse économique du droit*, Éditions DALLOZ THEMIS, Collection Méthodes du droit, 2^{ème} édition, p.11.

¹²¹¹ Ibid., p.13.

¹²¹² Le théorème de Coase, formalisé et synthétisé par Joseph Stiglitz, est en effet critiqué pour sa très faible modélisation mathématique et son trop haut degré de conceptualisation, qui lui permet néanmoins d'être compris par un public non averti en économie. L'opérationnalité de la pensée de Ronald Coase est cependant avérée, puisqu'elle a permis de créer par exemple les marchés dits « carbone » où les entreprises s'échangent des permis de polluer (ou des quotas de pollution).

II. En France, une réception du Law & Economics par les juristes pour l'instant limitée

L'utilisation de l'économie en droit a procédé en France de plusieurs approches, largement documentées par la doctrine¹²¹³. Elle a été consacrée avec le développement du droit économique en général et du droit public économique, notamment en France à partir des vagues successives de transformation de l'action publique via le développement d'outils comme la concession du domaine public, la délégation de service public, etc. Plusieurs auteurs ont ainsi mis en relief « une spécificité des relations entre droit et économie »¹²¹⁴, au point de questionner l'appartenance de ce droit « économique » au champ du droit ou au champ de l'économie. En effet, « certains auteurs qui se situent dans la mouvance du droit économique, ont pu dire que, dans le droit économique le droit n'est pas une source première et le fondement de la règle juridique, c'est une technique subordonnée à la réalisation du but économique »¹²¹⁵. Ainsi, l'analyse économique du droit est aujourd'hui largement enseignée en France dans les facultés de sciences économiques, quand elle est enseignée soit dans des écoles de droit soit dans des écoles d'économie aux Etats-Unis. Nous ne relevons en effet dans nos recherches que des séminaires ou des colloques organisés par des centres français de recherche en droit.

En France, l'analyse économique du droit, « expression qui traduit la formulation anglo-saxonne law and economics, est le domaine d'investigation dans lequel les outils économiques sont utilisés pour appréhender et analyser les phénomènes juridiques »¹²¹⁶. Cette large définition, conçue par deux économistes, met bien en relief les préoccupations premières de cette « science », à savoir la recherche de l'efficacité dans l'allocation de ressources considérées comme rares, grâce à l'utilisation de théories économiques. Cette démarche, toujours novatrice en France du point de vue juridique, est comme nous l'avons vu très répandue outre-Atlantique depuis la seconde moitié du vingtième siècle :

« Until recently, law confined the use of economics to antitrust law, regulated industries, tax, and some special topics like determining monetary damages (...) Beginning in

¹²¹³ SIBONY Anne-Lise (2009), *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, LGDJ, p.7.

¹²¹⁴ Ibid., p.12.

¹²¹⁵ Ibid., p.13.

¹²¹⁶ HARNAY Sophie, MARCIANO Alain (2003), *L'analyse économique du droit*, Collection Bien Commun, Edition Michalon, p.7.

the early 1960s, this limited interaction changed dramatically when the economic analysis of law expanded into the more traditional areas of the law, such as property, contracts, torts, criminal law and procedure, and constitutional law ”¹²¹⁷.

L'analyse économique du droit a ainsi aux Etats-Unis (USA) un large champ d'application, dans un système où le juge crée autant de droit que le législateur : « In the Anglo-American legal system judges as well as legislators make law »¹²¹⁸. Si la France s'intéresse depuis le tournant du vingt-et-unième siècle à l'analyse économique du droit dans ses facultés et écoles d'économie¹²¹⁹, force est néanmoins de constater qu'elle « connaît un retard important dans ce domaine, essentiellement au sein de la communauté des juristes »¹²²⁰. Selon Régis Lanneau, « les raisons du désintérêt des juristes français pour l'analyse économique du droit sont assez difficiles à expliquer précisément, même si plusieurs facteurs peuvent en rendre compte. Lionel Montagnié mentionne trois raisons subjectives (la séparation académique des disciplines du droit et de l'économie, l'assimilation entre l'analyse économique du droit et l'approche utilitariste, la méconnaissance du domaine) et une raison objective (la difficulté à accepter une analyse unique pour traiter le droit des personnes et le droit des choses) »¹²²¹.

La lente appropriation de l'analyse économique du droit par les juristes français doit aussi s'analyser au prisme des différences, plus ou moins prononcées, entre le système juridique français et américain. Il faudrait pour cela évoquer le concept de culture judiciaire, qui est un concept complexe et multifactoriel puisqu'il relève « d'une explication économique (le marché du droit), historique (la création de l'État de droit), linguistique, voire géopolitique »¹²²², cependant cette entreprise excède de loin les travaux de cette recherche.

¹²¹⁷ COOTER Robert B. Jr., ULEN Thomas (2016), *Law and economics*, 6^{ème} édition, p.1. Traduction : « Jusqu'à récemment, le droit limitait l'utilisation de l'économie au droit antitrust, aux industries réglementées, à la fiscalité et à certains sujets spéciaux comme la détermination des dommages monétaires (...) À partir du début des années 1960, cette interaction limitée a changé radicalement lorsque l'analyse économique du droit s'est étendue aux domaines plus traditionnels du droit, tels que la propriété, les contrats, les délits, le droit pénal et la procédure pénale, ainsi que le droit constitutionnel ».

¹²¹⁸ FRIEDMAN David (2000), *Law's Order: What Economics Has to Do with Law and Why It Matters*, Princeton University Press, p.104.

¹²¹⁹ Pour une bibliographie exhaustive en la matière cf. bibliographie LANNEAU Régis (2009), *Les fondements épistémologiques du mouvement Law and economics*, Thèse de droit public.

¹²²⁰ Ibid., p.21.

¹²²¹ Ibid. p.23.

¹²²² GARAPON Antoine, PAPADOPOULOS Ioannis, *Juger en Amérique et en France*, Éditions Odile Jacob, Edition 2010, p.26.

Il semble néanmoins important de constater que « la culture française est plus politique que juridique, tant la place qu'elle réserve au juge est faible »¹²²³. Ainsi les « figures » du juge sont très différentes entre les Etats-Unis et la France : dans le premier cas « il est très actif et encadré par des règles, dans l'autre, il garde la règle et n'agit pas à proprement parler »¹²²⁴. De plus, il est important de souligner la fracture juridique entre les Etats-Unis et la France, avec d'un côté le système de common law et d'un autre le système dit « continental » ou de « droit romain », la France se distinguant depuis la Révolution française avec la mise en place d'un ordre judiciaire et d'un ordre administratif¹²²⁵. Le fonctionnement de ce dernier se révèle néanmoins « beaucoup plus apparenté au modèle de common law qu'au modèle de droit continental, même si sa matière – le droit administratif – lui reste largement étrangère »¹²²⁶.

Il existe ainsi deux mondes et deux histoires juridiques entre d'un côté les Etats-Unis (USA) et d'un autre côté la France. Les juges y occupent en effet « deux rôles bien différents : dans un cas le Rule of Law stabilise les rapports d'une société civile indépendante et commerçante, dans l'autre, le droit est cantonné dans un statut ancillaire par rapport au pouvoir politique, seule source de légitimité »¹²²⁷. Il existe ainsi selon Antoine Garapon et Ioannis Papadopoulos deux « synthèses ». La première, de droit romano-germanique, est centrée sur la loi, considérée comme « source première du droit » dont le juge n'est que le « porte-parole »¹²²⁸. Néanmoins, « cela ne veut pas dire que la jurisprudence n'y joue aucun rôle, les règles par définition générales demandant à être appliquées. *Préciseur* de norme, le juge l'est d'autant plus qu'il est mis dans l'obligation de se prononcer sous peine de déni de justice »¹²²⁹.

La seconde est américaine et considère que la véritable source du droit réside « dans le peuple et non dans l'État »¹²³⁰, ce qui amène à une conception des droits très subjective comme le démontrent l'importance des « civil rights » et de la procédure¹²³¹. Elle est centrée

¹²²³ Ibid., p.27.

¹²²⁴ Ibid., p.28.

¹²²⁵ Loi des 16-24 août 1790, titre II, Art. 13 ; Loi du 16 fructidor an III.

¹²²⁶ GARAPON Antoine, PAPADOPOULOS Ioannis, *Juger en Amérique et en France*, Éditions Odile Jacob, Edition 2010, p.23.

¹²²⁷ Ibid., p.43.

¹²²⁸ Ibid., p.50.

¹²²⁹ Ibid., p.50.

¹²³⁰ Ibid., p.49.

¹²³¹ Ibid., p.49.

sur la Constitution et la Cour suprême américaine, qui « adopta très rapidement des jurisprudences très audacieuses ou très conservatrices (...) La common law fut régénérée par des écoles de pensée typiques du pragmatisme de la culture juridique américaine, comme le réalisme juridique ou sociological jurisprudence, les critical legal studies et, plus récemment, le mouvement law and literature (...) Les Etats-Unis ont encore accentué l'ouverture du raisonnement judiciaire à d'autres disciplines comme la sociologie, la psychiatrie, la médecine et, last but not least, l'économie. L'un des pères du mouvement law and economics, le juge Posner, s'inscrit dans cette tradition d'une très grande sensibilité des décisions de justice au non-droit, si déroutante pour les civilistes »¹²³². En effet, le terme « law » est trop facilement traductible en français par « loi », alors qu'il signifie le droit¹²³³ : ainsi, « le Canada, qui offre un trésor inépuisable en matière de traduction juridique, traduit rule of law par primauté du droit »¹²³⁴.

Il convient néanmoins de relativiser l'apparente liberté du juge américain dans l'édiction du droit, car ce dernier est « lié » à la jurisprudence qui le précède : « under the doctrine of stare decisis, decisions by one court are usually, although not inevitably, binding on another, so a decision in one case creates precedents that affect decisions in later cases »¹²³⁵.

Ainsi, un juge américain, quelle que soit la formation de jugement¹²³⁶ voit sa capacité créative limitée quasi naturellement, afin que la sécurité juridique soit naturellement accrue : « a judge who rules according to his own preferences rather than his interpretation of the

¹²³² Ibid., p.47-48.

¹²³³ « Lawyer » signifiant tout aussi bien avocat, quant à lui parfois désigné comme « Esquire » (du vieux français écuyer), que juriste.

¹²³⁴ GARAPON Antoine, PAPADOPOULOS Ioannis, *Juger en Amérique et en France*, Éditions Odile Jacob, Edition 2010, p.40.

¹²³⁵ Ibid, p.104. Traduction : « En vertu de la doctrine *du stare decisis*, les décisions prises par une juridiction sont généralement, mais pas inévitablement, contraignantes pour les autres, de sorte qu'une décision dans une affaire crée des précédents qui influent sur les décisions prises dans des affaires ultérieures ».

¹²³⁶ Voir le chapitre « The american legal system in brief » de FRIEDMAN David (2000), *Law's Order: What Economics Has to Do with Law and Why It Matters*, Princeton University Press. Les formations de jugement sont en effet différentes, soient étatiques, soient fédérales (voir notamment les cours fédérales d'appel des « circuits »). Il sera noté que deux théoriciens du Law & Economics, Guido Calabresi et Richard Posner, ont été juges en cour d'appel fédérale.

legal rules set by precedent may suffer serious reputational penalties and find that his decisions have limited effect on the final outcome of cases »¹²³⁷.

Par conséquent les différences entre l'office du juge américain et français, si elles sont réelles au point de vue du fond et de la philosophie du droit, pourraient apparaître dans la pratique quotidienne du contentieux administratif en France limitées. L'intérêt, pour les publicistes français, d'un usage plus régulier des théories dégagées par l'analyse économique du droit aux Etats-Unis pourrait ainsi être réel : voilà la raison pour laquelle elle est utilisée ici afin d'étudier le comportement des acteurs face à une éventualité ou à une proposition de médiation, dans l'objectif d'améliorer le droit de la médiation administrative, c'est-à-dire d'accroître le recours à ce mode alternatif de règlement des différends (MARD).

§2. L'analyse économique du droit a pour second objectif d'améliorer les mécanismes incitatifs

L'analyse économique du droit est une méthode épistémologique basée sur la microéconomie. Elle permet tout d'abord de questionner le fondement de la norme pour améliorer l'utilité des personnes auxquelles elle s'applique (A). Elle étudie pour cela les mécanismes incitatifs que la norme porte, afin d'accroître leur efficacité (B).

A. La maximisation de l'utilité

Comme le démontre Régis Lanneau tout au long de sa thèse consacrée aux fondements épistémologiques du mouvement « Law and economics », l'analyse économique du droit est une « philosophie du soupçon »¹²³⁸ qui est « à l'origine de l'introduction du code de la science économique, et précisément de la microéconomie, dans le champ juridique et, plus généralement, dans l'univers de normes »¹²³⁹.

¹²³⁷ Ibid., p.107. Traduction : « un juge qui statue en fonction de ses propres préférences plutôt que de son interprétation des règles juridiques établies par la jurisprudence peut subir de graves atteintes à sa réputation et constater que ses décisions n'ont qu'un effet limité sur l'issue finale des affaires ».

¹²³⁸ LANNEAU Régis (2009), *Les fondements épistémologiques du mouvement Law and economics*, Thèse de droit public, p.iii.

¹²³⁹ Ibid., p.2.

En cela l'analyse économique du droit est pour Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau une pratique ancienne, pouvant remonter selon eux à Machiavel, pour qui « la république parfaite (*repubblica perfetta*) est capable de modifier ses institutions lorsqu'elle est confrontée à des mutations perturbatrices. Les lois perdent de leur efficacité et doivent être réinstituées »¹²⁴⁰. Elle est ainsi abordée en filigrane tout au long du *Léviathan*¹²⁴¹ de Hobbes qui, dans la deuxième partie de son ouvrage, trouve dans le plein emploi que doit organiser l'État par ses lois, un des moyens de préserver la sécurité des citoyens et la paix sociale. John Locke¹²⁴² voit quant à lui dans tout homme à l'état de nature un propriétaire, l'État n'ayant pour seule charge que de garantir cette propriété par des lois permettant de remédier à tout ce qui peut y nuire. Cette considération est particulièrement importante pour l'analyse économique du droit, qui fait reposer son corpus théorique sur l'importance du droit de propriété pour l'individu civil.

Au tournant du dix-neuvième siècle Jeremy Bentham¹²⁴³ rejoint l'idéal porté par Cesare Beccaria¹²⁴⁴ qui souhaite « remédier à l'incohérence de la justice qui pouvait infliger des peines fort variables pour des délits identiques (par) une objectivation du droit visant à réduire l'indétermination de la loi dans sa confrontation à la diversité des faits »¹²⁴⁵. Dans un autre registre politique empruntant à la même logique économique, Karl Marx dans *Le capital* voit dans la propriété la première cause de l'aliénation humaine et dans la loi la promesse d'une égalité absolue, s'inscrivant ainsi dans l'idéal législatif proclamé par la Révolution Française. L'analyse économique du droit est ainsi le prolongement de cette économie politique. Elle a en effet pour objectif de pousser ses raisonnements jusqu'à l'individu et ses interactions humaines.

¹²⁴⁰ ROCHET Claude (2008), « Le bien commun comme main invisible. Le leg de Machiavel à la gestion publique », *Revue internationale des sciences administratives*, 2008/3, p.529-553.

¹²⁴¹ HOBBS Thomas (1651), *Léviathan ou Matière, forme et puissance de l'État chrétien et civil*, Éditions Gallimard, collection Folio-Essais.

¹²⁴² LOCKE John (1690), *Traité du gouvernement civil*, Éditions Flammarion.

¹²⁴³ Jeremy Bentham échaude une doctrine morale qui évalue les actions d'après leurs conséquences, le principe d'utilité permettant d'évaluer la valeur morale d'une action. En effet, pour ce philosophe « est utile ce qui produit le plus grand bonheur pour le plus grand nombre ». Il est ainsi le fondateur d'un hédonisme quantitatif, où les choix individuels sont évalués non selon les intentions de leurs auteurs, toujours mus par la recherche du plaisir et l'évitement de la douleur, mais selon les effets réels sur le bien-être global. Voir notamment BENTHAM Jeremy (1789), *Introduction aux principes de morale et de législation*.

¹²⁴⁴ BECCARIA Cesare (1764), *Des délits et des peines*, Éditions Flammarion.

¹²⁴⁵ ROSENVALLON Pierre (2015), *Le bon gouvernement*, Éditions du Seuil, Collection Les livres du nouveau monde.

Par conséquent, a contrario de la macroéconomie qui va principalement s'intéresser à l'étude des variables économiques agrégées des économies nationales (produit intérieur brut, chômage, inflation, indices des prix, taux directeurs des banques centrales, consommation des ménages, etc.) la microéconomie privilégie l'analyse de l'entreprise ou d'un marché (de biens ou de services). Le lien entre micro et macroéconomie est néanmoins permanent. En effet « la plupart des économistes contemporains s'entendent pour reconnaître que toute théorie macroéconomique sérieuse est fondée, explicitement ou implicitement, sur une théorie microéconomique, c'est-à-dire sur des hypothèses quant aux comportements individuels »¹²⁴⁶.

Ces hypothèses reposent sur un postulat fondamental décrivant l'attitude de l'individu dans l'utilisation des ressources (I) et fondent l'étude de l'utilité de la règle de droit (II).

I. Le postulat de la rationalité de l'homo economicus

Selon la philosophie utilitariste développée par Jérémy Bentham et John Stuart Mill, l'individu est rationnel, épousant les contours d'un homo economicus¹²⁴⁷ au centre de plusieurs polémiques contemporaines¹²⁴⁸. Il recherche ainsi en tout égoïsme à maximiser son bonheur et à limiter sa peine, dans un monde fini et aléatoire. Ce paradigme sert de fondement aux travaux des économistes¹²⁴⁹ néoclassiques de la fin du dix-neuvième siècle - dont le Français Léon Walras, père de la loi de Walras et de l'équilibre walrasien¹²⁵⁰, qui postulent ainsi que l'agent économique recherche le maximum de satisfaction ou d'utilité. Les premiers travaux des micro-économistes supposent ainsi que chaque individu est « capable

¹²⁴⁶ GENEUREUX Jacques (2007), *Économie politique, Tome 2-Microéconomie*, Éditions Hachette-Supérieur, 4^{ème} édition, p.7.

¹²⁴⁷ CLERC Denis (2017), « L'homo economicus », *Alternatives économiques*, 2 septembre 2017.

¹²⁴⁸ COHEN Daniel (2013), *Homo Economicus*, Éditions Le livre de poche.

¹²⁴⁹ Il sera ici rappelé l'étymologie du mot économie, qui vient du grec ancien « oïkonomia », terme signifiant « gestion de la maison », constitué de « oikos », maison, et de « nomos », gérer, administrer. ... Plus généralement, l'économie est une science sociale qui étudie la production, la répartition, la distribution et la consommation des richesses d'une société.

¹²⁵⁰ L'équilibre général est un concept issu de l'école néoclassique, fondée notamment sur le postulat de la rareté de la ressource. L'école néoclassique considère que le système économique est formé d'une multitude d'agents (les ménages et les entreprises), qui échangent des biens afin de satisfaire leurs objectifs de maximisation de leur utilité. L'équilibre partiel est atteint sur un marché lorsque l'offre et la demande sont égales. L'équilibre général s'intéresse quant à lui au cas où les échanges permettraient d'atteindre, sur tous les marchés, l'équilibre. Cela signifierait alors que chacun est satisfait, de telle manière que personne ne souhaite faire de nouveaux échanges. Dans une configuration telle la société atteindrait alors la meilleure allocation possible des ressources dont elle dispose.

de mesurer par un indice quantitatif précis l'utilité qu'il retire de la consommation d'un bien »¹²⁵¹, selon une quantité x . L'utilité U est ainsi modélisée par une fonction mathématique $U(x)$, chaque consommateur cherchant à apprécier la variation de l'utilité totale U générée par la consommation d'une unité supplémentaire de ce bien : $U=U(x)$.

Cette approche débouche alors sur le principe cardinal de l'économie néoclassique : « les choix individuels résultent toujours d'une égalisation à la marge des coûts et avantages liés aux différentes possibilités »¹²⁵² de consommation qui existent. L'utilité marginale U_m d'un bien X est ainsi la variation de l'utilité totale U (notée dU) induite par la consommation d'une unité supplémentaire de ce bien (notée dx)¹²⁵³ : $U_m=dU/dx$. L'utilité marginale U_m est ainsi au sens mathématique du terme la dérivée première de la fonction U .

Dès lors la microéconomie va tout d'abord chercher à étudier l'évolution du niveau de satisfaction de l'individu au fur et à mesure de sa consommation, afin de « caractériser » la fonction d'utilité¹²⁵⁴. Cette dernière se caractérise par deux traits fondamentaux.

Le premier de ces traits est relatif à la satisfaction du besoin. En effet, le niveau de satisfaction de l'individu quand il consomme une quantité croissante de x dépend de l'intensité du besoin que le consommateur cherche à satisfaire (le plaisir étant proportionnel au manque ressenti avant la consommation). Selon le principe d'intensité décroissante des besoins, « si un individu a soif, il a moins soif à partir du deuxième verre, encore moins soif à partir du troisième, etc. »¹²⁵⁵. Il s'ensuit que $U=U(x)$ peut être représentée par une courbe croissante :

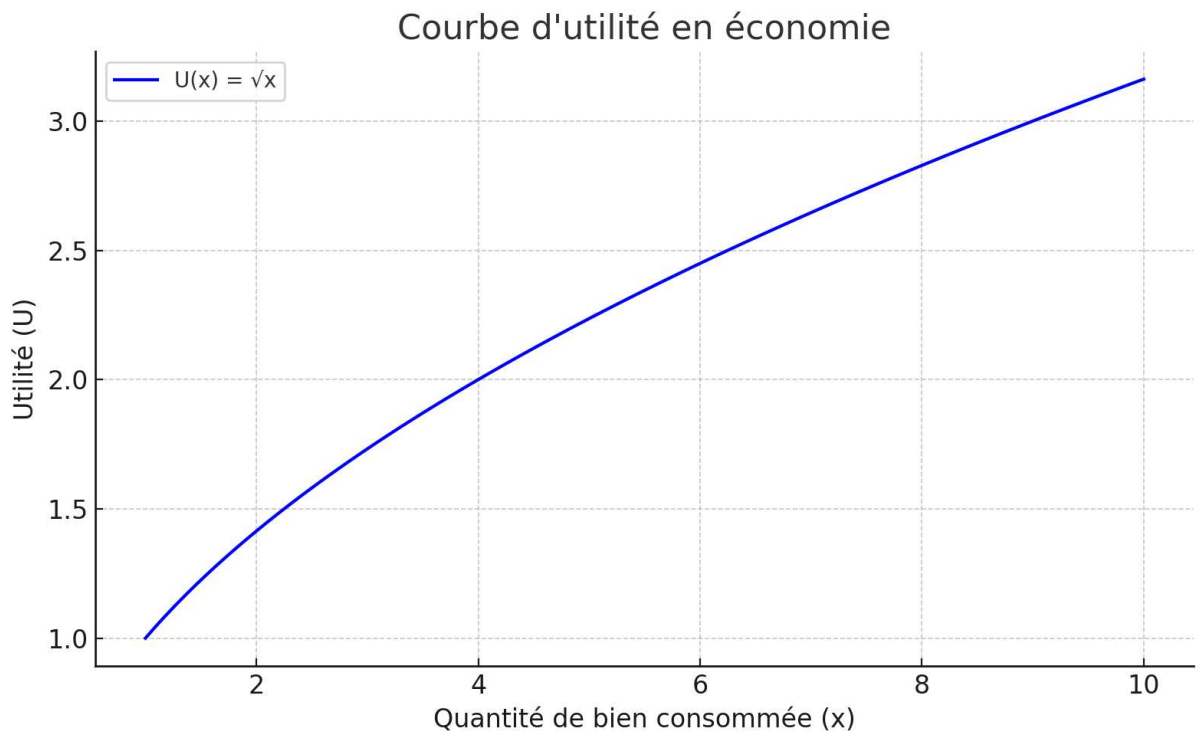
¹²⁵¹ GENEUREUX Jacques (2007), *Économie politique*, Tome 2-Microéconomie, Éditions Hachette-Supérieur, 4^{ème} édition, p.11.

¹²⁵² Ibid., p.11.

¹²⁵³ Elle peut être représentée mathématiquement de deux façons, selon que le bien est partiellement divisible (c'est-à-dire qu'il existe une unité de mesure en dessous de laquelle il n'est pas possible de descendre) ou totalement divisible (par exemple un flux d'huile dans un tuyau).

¹²⁵⁴ Caractériser une fonction mathématique consiste à déterminer quelle est la forme de cette fonction (une droite, une hyperbole, une parabole, une exponentielle, un logarithme ou encore une fonction non linéaire). Dans le cas qui nous intéresse il s'agit de savoir comment l'utilité (axe des ordonnées) varie en fonction de la consommation du bien x (axe des abscisses). Mathématiquement on a $y=U$ et $U=U(x)$, donc $y=U(x)$.

¹²⁵⁵ GENEUREUX Jacques (2007), *Économie politique*, Tome 2-Microéconomie, Éditions Hachette-Supérieur, 4^{ème} édition, p.13.



Courbe d'utilité en économie¹²⁵⁶

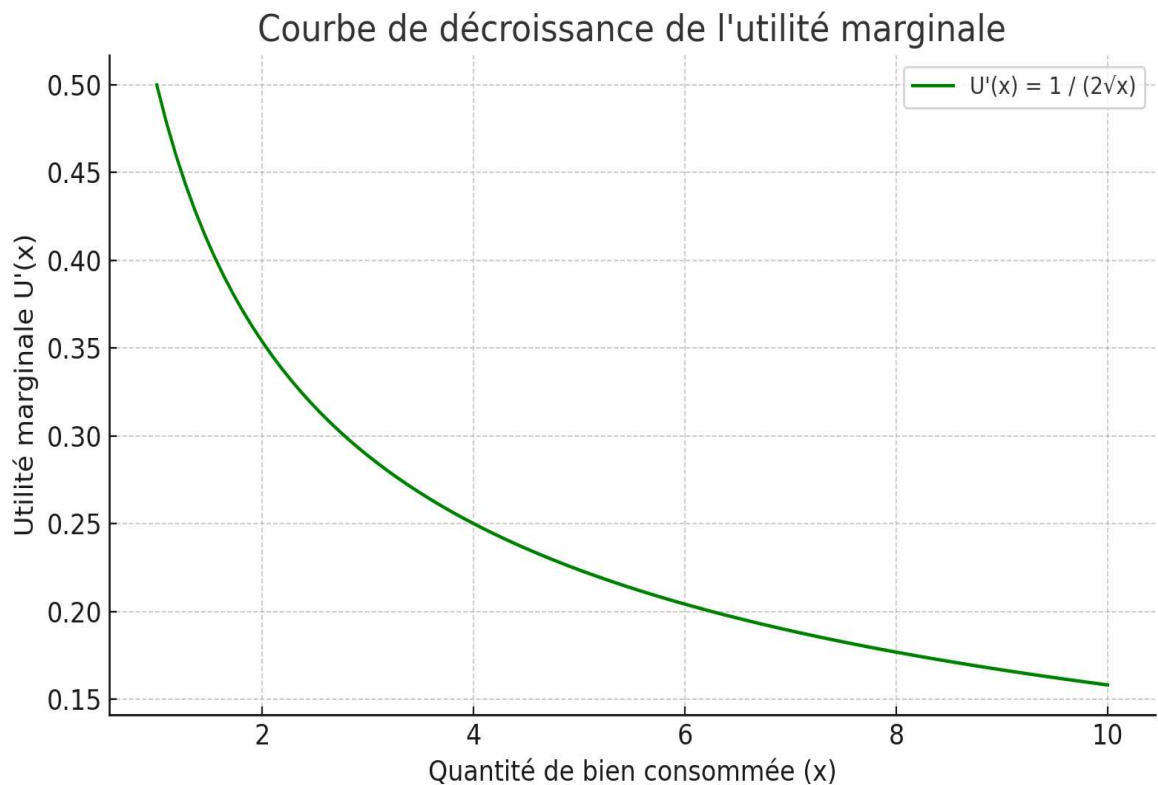
Cette fonction d'utilité appliquée à la règle de droit peut alors se lire de la manière suivante : à l'état de nature nous avons besoin d'une règle pour établir l'ordre public, mais trop de règles peuvent également nuire à la liberté des individus, de plus la règle répond à un besoin (car elle est ou doit être utile). Dès lors, quelle est au point de vue conceptuel la limite tolérable en termes de règles ou le meilleur rapport entre le niveau des règles et l'utilité pour le consommateur ? Cette interrogation est ainsi au cœur de l'analyse économique du droit de la médiation administrative, où la médiation est considérée comme un produit qui se consomme pour accroître la satisfaction des médiés.

Un élément de réponse est apporté par le second trait fondamental de la fonction d'utilité, qui est lié à la satiété du consommateur. La décroissance de l'intensité du besoin allant de pair avec la croissance de la quantité consommée, « la satisfaction éprouvée pour chaque unité supplémentaire est moins importante que pour la précédente. Le troisième verre d'eau procure moins de plaisir que le deuxième, et encore moins que le premier (...).

¹²⁵⁶ Source ChatGPT : « courbe d'utilité typique en économie, représentant la relation entre la quantité d'un bien consommé (axe horizontal) et l'utilité totale ressentie (axe vertical). La fonction utilisée ici est $U(x) = \sqrt{x}$, ce qui illustre la loi de l'utilité marginale décroissante : chaque unité supplémentaire du bien apporte une utilité supplémentaire, mais de moins en moins importante ».

Cela ne signifie pas que la satisfaction globale diminue »¹²⁵⁷ mais que l'utilité totale augmente de moins en moins vite, selon le principe de d'utilité marginale décroissante.

Il s'ensuit que la fonction dérivée de U , $U_m(x)=dU/dx$ est une courbe décroissante qui n'amène cependant jamais cette fonction à être négative, un individu rationnel ne pouvant poursuivre sa consommation au-delà du point de satiété :



Courbe de décroissance de l'utilité marginale¹²⁵⁸

Parce que la microéconomie est fondée sur le concept de l'individu rationnel, elle permet de fonder l'analyse économique du droit selon le même principe de recherche de la maximisation de l'utilité. La norme est ainsi envisagée comme un produit consommé, dont l'individu a besoin, mais dans une certaine mesure. Cette perspective permet ainsi d'étudier et d'améliorer l'utilité de la règle de droit, c'est-à-dire son efficacité.

¹²⁵⁷ GENEUREUX Jacques (2007), *Économie politique, Tome 2-Microéconomie*, Éditions Hachette-Supérieur, 4^{ème} édition, p.13.

¹²⁵⁸ Source ChatGPT : « Voici la courbe de l'utilité marginale décroissante. Elle montre comment l'utilité apportée par chaque unité supplémentaire d'un bien diminue à mesure que la consommation augmente. La fonction utilisée est $U'(x)=1/(2\sqrt{x})$, qui est la dérivée de $U(x)=\sqrt{x}$. Cela illustre clairement la loi de l'utilité marginale décroissante ».

III. L'analyse économique du droit étudie l'utilité de la règle de droit

Le principe cardinal de l'analyse économique du droit est complété par des considérations sur l'utilité de la règle de droit, illustrée par la différence entre la situation de droit (ce qui devrait être) et la situation de fait (ce qui est). En effet, selon Adam Smith, « sur le grand échiquier de la société humaine, chaque pièce a son propre principe de mouvement, tout à fait différent de celui dont le législateur pourrait vouloir l'imprégner »¹²⁵⁹. Cette idée est ainsi au fondement du concept de « main invisible du marché », propre aux théories libérales en économie, « la règle de droit ne contrôle pas directement le comportement des citoyens, mais seulement les conséquences de leurs actions. Ils restent libres de réagir comme ils l'entendent et non forcément dans le sens souhaité par le législateur, en assumant, bien entendu, les conséquences »¹²⁶⁰.

Cette approche « conséquentialiste » ramène une fois de plus à la philosophie de Bentham. Cette dernière se focalise en effet sur l'analyse des choix et de leurs conséquences, impliquant ainsi pour comprendre le droit de comprendre le mouvement propre des éléments immatériels (comme les incitations) et matériels (la propriété, le bien être, la responsabilité, etc.) que le droit est censé susciter et/ou régir. Il est ainsi nécessaire de « connaître l'être humain et comprendre ses interactions avec les autres »¹²⁶¹, ce qui est à première vue impossible tant la complexité de l'homme est par nature infinie.

Parce que l'analyse économique « cherche à remonter à la raison d'être des institutions juridiques (...) elle postule qu'elles exhibent une rationalité sous-jacente uniforme et propose les outils conceptuels pour la mettre à jour »¹²⁶². En effet elle dépasse les aspects purement numériques et financiers qui caractérisent au premier abord le commerce, la monnaie, les banques, la concurrence, les assurances, etc. Elle ne recherche pas non plus à établir un calcul coût/avantage qui se trouverait dans une décision juridique, l'exemple emblématique en droit administratif demeurant la théorie du bilan échafaudée par la décision

¹²⁵⁹ SMITH Adam (1790), *Richesse des Nations*, 234, Partie VI, section II, chapitre II in fine.

¹²⁶⁰ MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane (2008), *Analyse économique du droit*, Éditions DALLOZ THEMIS, Collection Méthodes du droit, 2^{ème} édition, p.4.

¹²⁶¹ Ibid., p.5.

¹²⁶² Ibid., p.6.

du Conseil d'État *Ville nouvelle de l'Est*¹²⁶³. Elle cherche plutôt à exprimer « l'ordre sous-jacent dans les écrits du droit positif, pour permettre aux juristes de le mieux comprendre et, par l'interprétation des concepts, d'étendre leur logique aux différends inédits susceptibles de se présenter »¹²⁶⁴.

L'analyse économique du droit propose ainsi de « dépasser » les questions de procédures juridiques pour les analyser comme des institutions économiques (comme le prix ou le revenu) car comme l'écrit le juriste belge Mertens de Wilmars en 1972 « bon nombre des institutions juridiques classiques (...) ne sont rien d'autre qu'une réglementation de relations économiques subtiles. Toutefois, elles sont si profondément ancrées dans le droit positif que nous ne les percevons que comme des concepts juridiques, sans nous rendre compte de leur signification économique... »¹²⁶⁵. Parce que « To economists, sanctions look like prices, and presumably, people respond to these sanctions much as they respond to prices »¹²⁶⁶, l'analyse économique du droit postule que le justiciable répond aux règles comme l'agent économique répond aux prix. Elle s'intéresse dès lors au revenu et à la distribution du revenu, problème que la microéconomie traite particulièrement sous l'angle de l'efficacité : « judges and other officials need a method for evaluating law's effects on important social

¹²⁶³ CE, Ass., 28 mai 1971, *Ministre de l'Équipement et du Logement c/ « Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé Ville Nouvelle Est »*, Req. N° 78825, Rec. ; FRIER Pierre-Laurent, Répertoire du contentieux administratif, DALLOZ : « Pendant longtemps le juge s'était contenté de rechercher, de façon en quelque sorte abstraite, dans le cadre du contrôle normal de qualification, si un projet présentait une utilité publique en elle-même. Or, sauf cas extrêmement rare, qui donnait d'ailleurs le plus souvent lieu à une sanction sur le terrain du détournement de pouvoir, une telle approche conduisait à admettre presque toujours l'utilité publique du projet : créer une route, construire un aéroport, rénover un quartier insalubre, etc., tout ceci présentait évidemment un intérêt général (cf. CE 13 mai 1964, *Malby et Bédouet*). Conscient cependant des limites de ce contrôle le juge, à partir notamment, de la célèbre décision *Ville Nouvelle-Est* (CE, ass., 28 mai 1971), prit aussi en compte les effets négatifs de la décision : une opération ne peut légalement être déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvénients d'ordre social qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente. Le juge met donc en balance l'utilité publique et les « désutilités » dues aux atteintes portées divers intérêts publics. La démarche du juge est souvent fort explicite : il admet dans un premier temps l'utilité publique du projet en soi (construire une ligne de chemin TGV, ou un barrage) puis vérifie, en comparant ses avantages et ses inconvénients, si un bilan négatif ne serait pas de nature à lui retirer son caractère d'utilité publique ».

¹²⁶⁴ MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane (2008), *Analyse économique du droit*, Éditions DALLOZ THEMIS, Collection Méthodes du droit, 2^{ème} édition, p.7.

¹²⁶⁵ Ibid., p.6.

¹²⁶⁶ COOTER Robert B. Jr., ULEN Thomas (2016), *Law and economics*, 6^{ème} édition, p.3. Traduction : « Parce que pour les économistes les sanctions ressemblent à des prix, alors les individus répondent à ces sanctions comme ils répondent aux prix ».

values. Economics provides such a method for efficiency. Besides efficiency, economics predicts the effects of laws on another important value: the distribution of income »¹²⁶⁷.

L'analyse économique du droit a donc également pour objectif, au-delà de l'étude des sanctions envisagées comme des prix, de comprendre la distribution des revenus, envisagés comme des incitations. Cela s'effectue grâce à une méthode empirique, dans le cadre d'une double approche inductive et déductive, pour déterminer in fine quelle est la règle la plus souhaitable. La compréhension et l'étude des incitations propres au droit de la médiation administrative est ainsi fondamentale pour améliorer le recours à ce mode alternatif de règlement des différends (MARD), qui à son tour viendra réduire le coût auquel la société consent pour régler ses différends.

B. L'analyse des incitations

L'analyse économique du droit propose une lecture utilitariste des règles juridiques, afin de déterminer quels sont les effets potentiels d'une règle et quelle pourrait être la règle juridique la plus adéquate : « Economic analysis of law comprises three closely related enterprises : predicting what effect particular rules will have, explaining why particular rules exist, deciding what legal rules should exist »¹²⁶⁸. Elle évalue ainsi ces dernières selon leurs effets incitatifs et les changements de comportement qu'elles induisent chez les sujets de droit. Elle fournit également des éléments pour éclairer sous un nouveau jour les institutions juridiques et sur les réformes qui peuvent être envisagées.

Cependant « les ouvrages sur l'analyse économique du droit en anglais ne comportent à peu près pas d'exposés de méthodologie. Les traités classiques comme ceux de Posner et Cooter/Ulen paraissent basés sur la prémisse selon laquelle on apprend la méthode au fil de l'analyse d'institutions présentées dans le texte »¹²⁶⁹, le lecteur s'appropriant le savoir par la

¹²⁶⁷ Ibid., p.4. Traduction : « Les juges et autres fonctionnaires ont besoin d'une méthode pour évaluer les effets de la loi sur les importantes valeurs sociales. L'économie fournit une telle méthode pour l'efficacité. Outre l'efficacité, l'économie prédit les effets des lois sur une autre valeur cardinale : la répartition des revenus ».

¹²⁶⁸ FRIEDMAN David (2000), *Law's Order: What Economics Has to Do with Law and Why It Matters*, Princeton University Press, p.15. Traduction : « L'analyse économique du droit comprend trois activités étroitement liées : prévoir l'effet de certaines règles, expliquer pourquoi certaines règles existent et décider quelles règles juridiques devraient exister ».

¹²⁶⁹ MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane (2008), *Analyse économique du droit*, Éditions DALLOZ THEMIS, Collection Méthodes du droit, 2^{ème} édition, p.591.

méthode de l'analyse et sa réplique. Il convient néanmoins de noter que « les auteurs allemands et néerlandais se préoccupent davantage de la question de la méthode »¹²⁷⁰, comme Jurgen Backhaus dans le *Edgar Companion of law and economics*¹²⁷¹.

Pour les professeurs Rousseau et Mackaay « toute analyse économique du droit est fondée sur la prémisse que les règles juridiques doivent être jugées à l'aune des structures incitatives qu'elles établissent et des conséquences sur les changements de comportement qu'adoptent les intéressés en réponse à ces incitations »¹²⁷². L'analyse économique du droit est en effet une « philosophie conséquentialiste »¹²⁷³, recherchant à identifier quelles sont les conséquences aux changements les plus désirables¹²⁷⁴.

L'analyse économique du droit procède ainsi à une étude de trois concepts clés (I), dans le cadre d'une logique à la fois descendante et montante, c'est-à-dire déductive et inductive (II).

I. Les trois concepts-clés de l'analyse économique d'un droit

Il existe quatre étapes dans l'analyse économique d'un droit, où les incitations de la norme sont reliées à une structure de coûts sociaux. La première étape consiste à identifier et à décrire la structure incitative de la règle. Rousseau et Mackaay prennent l'exemple de l'effet de la règle d'attribution des risques en matière de vente. « Selon que la règle juridique attribue le risque de perte lors de la vente au vendeur ou à l'acheteur, les précautions que prendront l'un et l'autre, et les assurances qu'ils souscriront varieront »¹²⁷⁵. Ainsi pour bien identifier les effets de la règle, il est utile de la comparer avec son contraire, en utilisant les outils déjà décrits comme la rationalité des individus, les rapports entre les individus, le risque

¹²⁷⁰ Ibid., p.591.

¹²⁷¹ The Elgar Companion to law and economics, edited by BACKHAUS Jürgen G., 2nd edition, Edward Elgar Publishing.

¹²⁷² MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane (2008), *Analyse économique du droit*, Éditions DALLOZ THEMIS, Collection Méthodes du droit, 2^{ème} édition, p.592.

¹²⁷³ Ibid., p.592.

¹²⁷⁴ LANNEAU Régis (2009), *Les fondements épistémologiques du mouvement Law and economics*, Thèse de droit public.

¹²⁷⁵ MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane (2008), *Analyse économique du droit*, Éditions DALLOZ THEMIS, Collection Méthodes du droit, 2^{ème} édition, p.595.

et l'assurance¹²⁷⁶... Cette étape initiale doit viser à appréhender les conséquences pratiques de la règle, en s'abstenant « d'apporter un jugement moral »¹²⁷⁷ ou de cultiver des présupposés biaisant de facto l'analyse. Il conviendra néanmoins de pondérer cette injonction, cette posture théorique ayant valu à Richard Posner un certain nombre de polémiques sur des sujets divers et variés comme la légalisation de certaines drogues ou l'adoption. Ce dernier a en effet souhaité démontrer l'efficacité de l'analyse économique du droit en se plaçant dans le sillage de Gary Becker. Il a par exemple suggéré en 1987 dans un article corédigé avec Elizabeth Landes de mettre en place un marché de l'adoption se substituant à la procédure administrative jugée inefficace. Il a ainsi suscité un fort débat sur cette question¹²⁷⁸, lui valant peut-être de ne pas être nommé à la Cour suprême des États-Unis¹²⁷⁹, quand bien même il est un des juristes les plus reconnus et les plus prolifiques outre Atlantique. Cette évaluation des effets de la règle nécessite de « modéliser » cette dernière à l'aide de plusieurs facteurs types permettant de caractériser la situation de droit et de fait permettant l'application de cette règle. Il va ainsi s'agir de déterminer puis de discriminer les facteurs incitatifs pour faciliter l'analyse, d'effectuer ensuite des simulations en faisant évoluer les variables de chacun de ces facteurs - de telle manière à observer les effets produits par l'application de la règle, enfin d'identifier enfin les biais éventuels et les défauts logiques.

¹²⁷⁶ Voir également l'ensemble des outils décrits FRIEDMAN David (2000), *Law's Order: What Economics Has to Do with Law and Why It Matters*, Princeton University Press.

¹²⁷⁷ MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane (2008), *Analyse économique du droit*, Éditions DALLOZ THEMIS, Collection Méthodes du droit, 2^{ème} édition, p.592

¹²⁷⁸ POSNER Richard A. (1987), "The Regulation of the Market in Adoptions," 67 Boston University Law Review 59.

¹²⁷⁹ BOYNTON Robert S. (2002), "Sounding Off, A review of Richard Posner's *Public Intellectuals*", The Washington Post Book World, January 20, 2002 : « Economics, Posner has written, wields the baton of my multidisciplinary orchestra. Looking at the world through a strictly economic lens, he writes with a refreshing, parsimonious intensity. He also, occasionally, produces outrageous conclusions, such as his contention in a 1999 article in the literary journal *Raritan* that the rule of law is an accidental and readily dispensable element of our legal ideology, and his argument in favor of buying and selling babies on the free market in lieu of government-regulated adoption. Add his advocacy of legal marijuana and LSD, and it is clear that Posner – despite his obvious brilliance – will never sit on the U.S. Supreme Court ». Traduction : « L'économie, a écrit Posner, est le bâton de mon orchestre multidisciplinaire. En observant le monde à travers une lentille strictement économique, Posner écrit avec une intensité rafraîchissante et parcimonieuse. Il lui arrive aussi de tirer des conclusions scandaleuses, comme lorsqu'il affirme, dans un article paru en 1999 dans la revue littéraire *Raritan*, que l'État de droit est un élément accidentel et un produit du classicisme de notre idéologie juridique, ou lorsqu'il plaide en faveur de l'achat et de la vente de bébés sur le marché libre au lieu de l'adoption réglementée par l'État. Ajoutez à cela son plaidoyer en faveur de la légalisation de la marijuana et du LSD, et il est clair que Posner - malgré son talent évident - ne siégera jamais à la Cour suprême des États-Unis ».

La deuxième étape vise à identifier quelle « règle entraîne au total les coûts les moins élevés »¹²⁸⁰ afin d'identifier le fondement de la règle puis de déterminer la règle souhaitable. L'analyse du fondement de la règle permet de « mettre sur un dénominateur commun des effets de nature très variable et auxquels les acteurs économiques touchés peuvent attacher, subjectivement, des valeurs variables »¹²⁸¹. Ce dénominateur commun va constituer le fondement, la raison première de la règle, qui est souvent la recherche d'un gain de bien être pour un ensemble d'acteurs, ce qui ne va pas sans poser des problèmes de perception et de comptabilité dès lors que l'on considère ce gain collectif comme l'agrégation du gain individuel de chacun des acteurs. Il existe ainsi deux grandes méthodes. La première méthode consiste à « considérer comme un gain un changement qui produit des gagnants mais aucun perdant »¹²⁸². Ce type de gain est appelé en microéconomie l'optimum de Pareto. Il correspond à la situation « où l'on ne peut plus améliorer la satisfaction d'un individu sans réduire celle d'au moins un autre individu »¹²⁸³. Il est en revanche peu puissant, car incapable de conduire à un jugement dès lors qu'un changement risque de produire des perdants, ce qui sera presque toujours le cas dans une décision légale, réglementaire ou judiciaire. La seconde méthode consiste à considérer le critère construit par les économistes britanniques Nicolas Kaldor et John Hicks, « suivant lequel un changement constitue un gain de bien être pour la société si les gagnants indemnisent les perdants »¹²⁸⁴. Ce critère apparaît ainsi plus réaliste, car le changement génère régulièrement des perdants. Cependant, cette indemnisation pouvant être onéreuse, Kaldor et Hicks ont proposé de retenir qu'il y a « gain social dès lors que les gagnants pourraient indemniser les perdants »¹²⁸⁵. La question de savoir comment évaluer les gains et les pertes en l'absence d'accords qui fixeraient les valeurs reste néanmoins entière. C'est d'ailleurs l'interrogation à laquelle fait régulièrement face le juge qui doit par exemple fixer le montant des dommages et intérêts. Comme le relèvent les professeurs Mackaay et Rousseau, le critère de Kaldor et Hicks « s'est néanmoins largement imposé dans le discours économique fondé sur le modèle néoclassique comme le critère pour

¹²⁸⁰ MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane (2008) *Analyse économique du droit*, Éditions DALLOZ THEMIS, Collection Méthodes du droit, 2^{ème} édition, p.596.

¹²⁸¹ Ibid., p.594.

¹²⁸² Ibid., p.594.

¹²⁸³ GENEUX Jacques (2007), *Économie politique, Tome 2-Microéconomie*, Éditions Hachette-Supérieur, 4^{ème} édition, p.10.

¹²⁸⁴ MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane (2008), *Analyse économique du droit*, Éditions DALLOZ THEMIS, Collection Méthodes du droit, 2^{ème} édition, p.594.

¹²⁸⁵ Ibid., p.594.

juger les politiques. Une configuration économique est dite efficace lorsque tous les gains au sens de Kaldor-Hicks ont été réalisés »¹²⁸⁶, les économistes ayant pour objectif de trouver la règle permettant un tel arrangement. Il est néanmoins nécessaire de considérer que l'analyse « de bon nombre de règles du droit civil classique montre que, dans beaucoup de cas, le législateur paraît avoir opté pour la règle qui entraîne les coûts minimums »¹²⁸⁷. Le droit de la responsabilité peut ainsi être lu de cette façon car il cherche à minimiser plusieurs types de coûts : le coût direct lié aux accidents, le coût des mesures de prévention (dont le coût des assurances et des mesures préventives) et enfin les coûts liés à l'administration du système de mise en œuvre de la responsabilité. Comme cela sera examiné ultérieurement il existe plusieurs outils à mobiliser pour identifier la règle au coût le moins élevé, comme le test de Hand pour décrire la faute et déterminer quel est le niveau optimal des mesures de prévention des risques, ou encore l'utilisation du concept de « cheapest cost avoider »¹²⁸⁸ développé par Calabresi¹²⁸⁹.

La troisième étape consiste à accroître le réalisme de l'analyse en prenant en compte l'analyse des coûts de transaction, car « les démarches proposées ici jusqu'à maintenant conduisent à un portrait clair, mais simplifié, comme le monde sans friction en physique »¹²⁹⁰. Il est en effet nécessaire d'être plus réaliste, ce qui pour l'analyse économique du droit « signifie l'introduction des coûts de transaction, qui correspondent à la friction dans le modèle de la physique. Les coûts de transaction sont tous les frais qui empêchent qu'un échange (économique) en apparence fructueux soit réalisé. Ils englobent les frais d'organisation, de recherche, de négociation, de surveillance, d'incertitude, de précautions contre l'opportunisme potentiel du cocontractant (sous forme de resquillage, de risque moral, de bastion) »¹²⁹¹. La notion de coût de transaction est fondamentale car l'efficacité globale des règles de droit amène aujourd'hui le pouvoir normatif à modifier ces dernières pour améliorer leur efficacité, c'est-à-dire réduire les coûts de transaction. Dès lors « la question

¹²⁸⁶ Ibid., p.594.

¹²⁸⁷ Ibid., p.596.

¹²⁸⁸ Traduction : « Le moins cher pour éviter les coûts ». A lire ici comme : « La règle la moins chère pour éviter les coûts directs et indirects engendrés par la faute ».

¹²⁸⁹ CALABRESI Guido (1970), *The cost of accidents – a legal and economic analysis*, New Havn, Yale University Press, p.150.

¹²⁹⁰ MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane (2008), *Analyse économique du droit*, Éditions DALLOZ THEMIS, Collection Méthodes du droit, 2^{ème} édition, p.597.

¹²⁹¹ Ibid., p.597.

essentielle à cette étape est de déterminer si la règle qui vise à contrôler une forme de coût de transaction réussit globalement à réduire les coûts, compte tenu du coût qu'elle engendre elle-même »¹²⁹². Pour les institutions juridiques existant depuis longtemps, les effets sont normalement connus, tels ceux engendrés par la notion juridique de vice du consentement¹²⁹³, qui sert « à contrer les comportements opportunistes »¹²⁹⁴ : une telle institution juridique va ainsi permettre de réduire le coût total de la procédure contentieuse.

La quatrième et dernière étape consiste à dépasser les trois étapes précédentes, qui relève de l'analyse conceptuelle, en se livrant à des études empiriques, car « l'observation systématique de la réalité »¹²⁹⁵ permet alors de se prononcer sur le bien-fondé de l'analyse théorique menée jusqu'ici.

Ces quatre étapes, finement ciselées au point de vue théorique, sont nées de l'analyse économique du droit de la responsabilité : à des fautes causant des dommages à des tiers en particulier et à la société dans son ensemble doit correspondre des incitations, permettant de limiter le nombre d'occurrences de ces dommages et d'indemniser les « perdants ». Les mécanismes incitatifs doivent néanmoins minimiser leurs coûts pour la société, qui sont majoritairement liés aux coûts de transaction, c'est-à-dire à tous les coûts indirects liés aux procédures que le traitement du dommage génère.

Elles sont cependant parfois difficiles à relier entre elles en fonction du mécanisme juridique étudié, comme le démontrent les critiques adressées à Richard Posner sur certaines de ses études comme le droit d'adoption ou le droit pénal relatif à l'usage des drogues. Nous retiendrons ici de manière simplifiée que les quatre étapes de l'analyse pourraient être ramenées à trois concepts, en n'omettant pas l'absolue nécessité, pour conforter l'amélioration d'une norme, de se livrer à une observation empirique de ses effets.

Ces trois concepts seront utilisés pour l'analyse économique du droit de la médiation administrative. Le premier concept est la nécessité en analyse économique du droit

¹²⁹² Ibid., p.598.

¹²⁹³ En droit civil il ne peut y avoir d'engagement valable que si, à l'instant où il s'engage, celui qui contracte se trouve libre de toute contrainte. La validité de toute obligation suppose d'abord en effet que le consentement ait été donné par une personne apte à exprimer une volonté lucide. L'erreur, le dol ou la violence sont ainsi des vices du consentement conformément à l'article 1130 du Code civil.

¹²⁹⁴ MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane (2008), *Analyse économique du droit*, Éditions DALLOZ THEMIS, Collection Méthodes du droit, 2^{ème} édition, p.599.

¹²⁹⁵ Ibid., p.599.

d'identifier clairement quelle est la nature et la structure de l'incitation. Le second concept est de comprendre la structure des coûts sociaux que l'objet juridique étudié vient réagencer, en prenant en compte l'absolue nécessité de ne pas générer de perdants (critère de Pareto) ou de les indemniser (critère de Kaldor-Hicks). Le troisième et dernier concept est l'identification et la réduction des coûts de transaction que génère l'objet juridique en lui-même.

L'analyse économique du droit va alors consister à passer d'un concept à l'autre par des logiques déductives et inductives.

II. D'une logique déductive à une logique inductive

Les méthodes de l'analyse économique du droit sont le fruit d'une évolution doctrinale continue au sein des universités américaines, entamée dès la seconde moitié du dix-neuvième siècle avec le « doctrinalisme », barbarisme aussi américain qu'intraduisible et explicité ci-après :

« The second half of the nineteenth century witnessed the development of a second movement attempting to mimic the methodology of the natural sciences – doctrinalism, which is concerned with the law as it is, apart from reference to the religious and/or metaphysical principles of earlier eras. Law here is not a search for the principles of some natural or divine law, but rather a scientific enterprise that takes as its starting point a giving legal order and distills from it by a predominately inductive method certain fundamental notions, concepts and distinctions »¹²⁹⁶.

Le « doctrinalisme » pourrait être selon notre recherche illustré en Europe par la tradition juridique du syllogisme, étudié par Chaïm Perelman¹²⁹⁷, puisque cette conception du droit vise à étudier les interrelations entre les éléments de droit et les éléments de fait : « It is

¹²⁹⁶ MERCURO Nicholas, MEDEMA Steven G. (2006), *Economics and the law: From Posner to post-modernism and beyond*, Second edition, Princeton University Press, p.9. Traduction : « La seconde moitié du XIXe siècle a vu le développement d'un second mouvement qui a tenté d'imiter la méthodologie des sciences naturelles : le doctrinalisme, qui s'intéresse au droit tel qu'il est, sans référence aux principes religieux et/ou métaphysiques des époques antérieures. Le droit n'est pas une recherche des principes d'une loi naturelle ou divine, mais plutôt une entreprise scientifique qui prend comme point de départ un ordre juridique donné et en tire, par une méthode essentiellement inductive, certaines notions, concepts et distinctions fondamentaux ».

¹²⁹⁷ PERELMAN Charles (1979), *Logique juridique-nouvelle rhétorique*, éditions DALLOZ, 2^{ème} édition.

(...) primarily concerned with an analysis of legal terms, and an inquiry into the logical interrelations of legal propositions »¹²⁹⁸. Le syllogisme est en effet une interrelation logique majeure entre deux termes juridiques, puisqu'elle épouse la forme de la transitivité mathématique. Cette dernière permet de déduire et s'énonce de la manière suivante : si A implique B, si B implique C, alors A implique C.

Comme le relatent les professeurs Mercurio et Medema¹²⁹⁹ l'analyse économique du droit va tout au long du vingtième siècle s'approprier les développements économiques pour nourrir sa conception du droit, puisqu'elle va intégrer les notions d'efficacité et de cycle économique. Elle va cependant permettre de passer d'une logique déductive, portée par le syllogisme, à une logique inductive, portée par l'analyse économique.

Elle a en effet d'abord cherché à améliorer la performance économique du droit par un « bouclage théorique » issu de la théorie de l'information et décrit par les professeurs Deffains et Ferey¹³⁰⁰, qui lisent « la naissance et le développement de l'économie du droit contemporaine comme le fruit d'une double révolution intellectuelle, historiquement datée et située : la révolution cognitive en économie et la révolution herméneutique en droit »¹³⁰¹. Selon eux, « le positionnement des différents courants en Law and Economics obéit à une logique profonde : les hypothèses faites sur l'information et leur traitement en économie

¹²⁹⁸ MERCURO Nicholas, MEDEMA Steven G. (2006), *Economics and the law: From Posner to post-modernism and beyond*, Second edition, Princeton University Press, p.9. Traduction : « Il s'agit (...) principalement d'une analyse des termes juridiques et d'une enquête sur les relations logiques des propositions juridiques ».

¹²⁹⁹ Ibid., p.15 et suivantes.

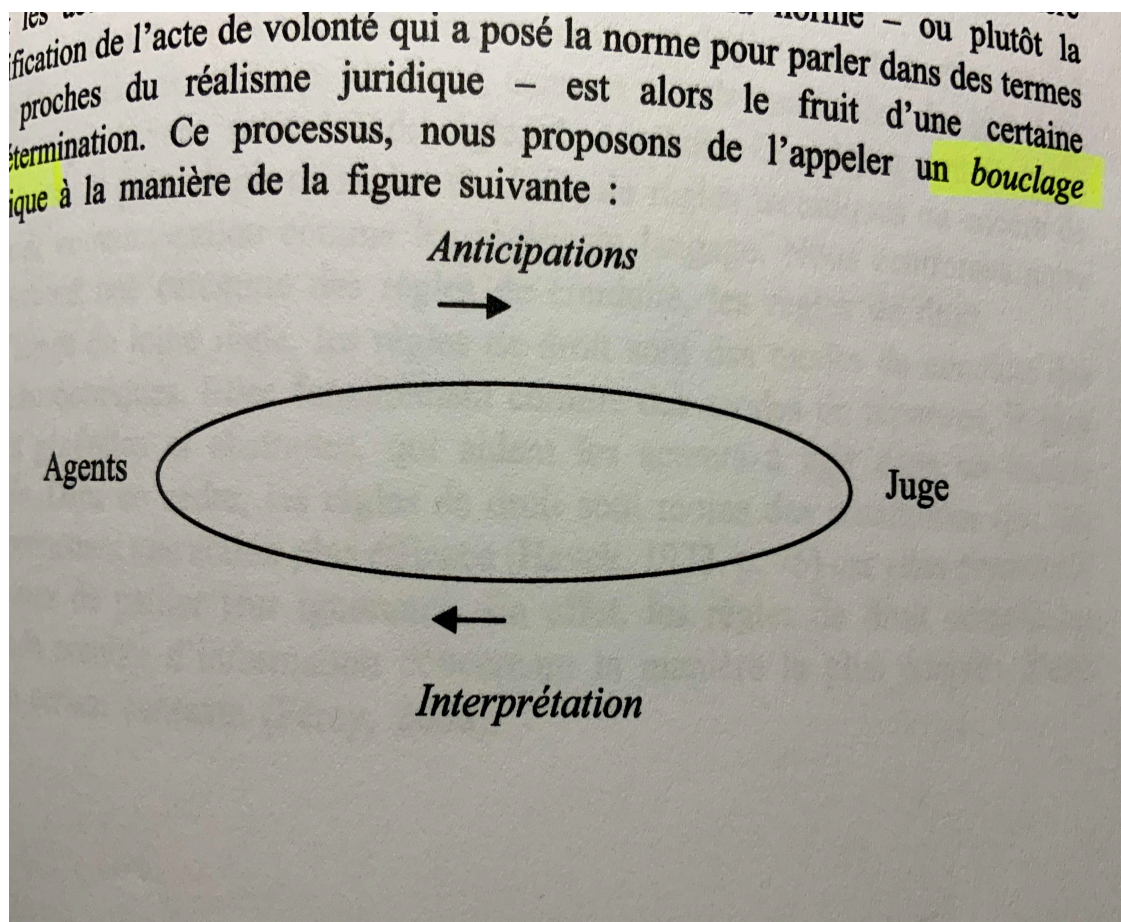
¹³⁰⁰ DEFFAINS Bruno et FEREY Samuel (2010), *Agir et juger – Comment les économistes pensent le droit*, Éditions Panthéon Assas, p.17-18.

¹³⁰¹ DEFFAINS Bruno et FEREY Samuel (2012), L'économie du droit entre révolution cognitive et tournant réaliste, *Revue française d'économie*, vol. xxvii, no. 4, 2012, pp. 45-80 : « Par révolution cognitive, nous entendons l'ensemble des travaux en économie, nés à partir des années 1960-1970, qui s'intéresse à l'analyse des comportements en information imparfaite ou incomplète. De manière un peu caricaturale et provisoire, on peut distinguer trois grands groupes de recherche. Le premier a trait à l'analyse des situations où l'information est asymétrique. Ce sont les situations où, comme l'indique Laffont, différents agents connaissent différentes choses (Laffont [2006]). Le deuxième groupe de recherche porte sur la discussion des anticipations et de la manière dont les acteurs économiques forment des anticipations sur des variables ou des comportements futurs, que ces variables soient proprement exogènes ou endogènes. Le troisième groupe de recherche porte sur l'analyse de situations où la rationalité des acteurs est limitée (Sunstein (éd.) [2001] ; Guthrie, Rachlinski et Wistrich [2001]). Il est frappant de constater que ces développements analytiques en économie ont généré de nombreuses discussions sur les règles et les institutions, que ce soient des contrats mutuellement consentis en théorie des asymétries d'information, des règles de décision en théorie des anticipations ou des règles de traitement de l'information (appelées aussi heuristiques) en économie comportementale. Le tournant réaliste en droit, quant à lui, s'interroge de manière systématique sur la nature de l'interprétation juridique (Jamin [2011]) ».

(signal, information parfaite ou non, capacités cognitives des agents, anticipations) trouvent leur contrepartie dans une certaine représentation de l'interprétation juridique »¹³⁰².

Ce bouclage théorique illustre l'anticipation de l'agent face à la norme et au juge chargé de la faire respecter, mais aussi l'interprétation juridique par le juge des faits : l'agent A connaît la règle de droit et y contrevient éventuellement pour accroître son gain, le juge B quant à lui apprécie et interprète les décisions de l'agent A.

Il est illustré par le schéma suivant :

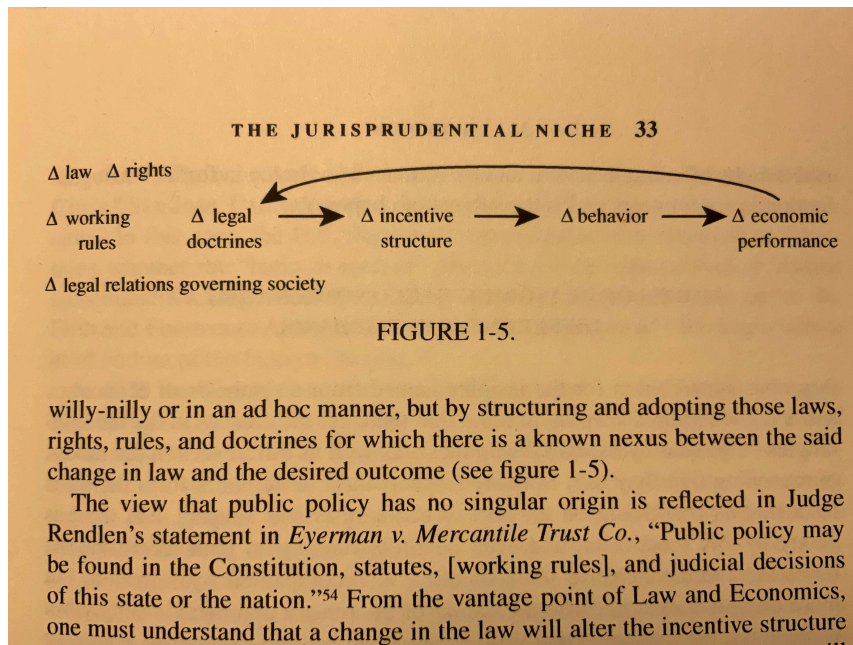


Bouclage théorique Anticipation/Interprétation¹³⁰³

¹³⁰² Ibid.

¹³⁰³ DEFFAINS Bruno et FERREY Samuel (2010), *Agir et juger – Comment les économistes pensent le droit*, Éditions Panthéon Assas, p.57.

Ce bouclage théorique se concrétise en droit avec l'incitation, qui va venir accroître le degré d'anticipation de l'agent A et le niveau d'interprétation du juge B, mais aussi toute une structure de coûts qui vont fonder la performance économique, dénommée efficacité sociale ou coût social. Les professeurs Mercurio et Medema l'ont illustré de la façon suivante :



Bouclage théorique Incitation/Interprétation¹³⁰⁴

Cette deuxième boucle se lit de la manière suivante : à une variation (delta) des normes (delta « law » et delta « rights ») correspond une variation des structures incitatives (delta incentive structure), ce qui a pour conséquence une variation des comportements (delta behavior) et donc une variation de la performance économique (delta economic performance). Cependant de larges débats sont nés de cette interprétation, puisque « most legal-economic scholars would agree with the observation that a major difference between economics and the law is that in economics the emphasis is on the use of deductive thinking while the law tends to emphasize inductive thinking »¹³⁰⁵.

Le débat entre l'aspect déductif de l'analyse économique et l'aspect inductif de l'analyse juridique est cependant tranché par les professeurs Mercurio et Medema, qui en

¹³⁰⁴ MERCURO Nicholas, MEDEMA Steven G. (2006), *Economics and the law: From Posner to post-modernism and beyond*, Second edition, Princeton University Press, p.33.

¹³⁰⁵ Ibid., p.41. Traduction : « La plupart des professeurs d'université en droit ou en économie seraient d'accord pour observer qu'une différence majeure entre l'économie et le droit est que l'économie met l'accent sur l'utilisation de la pensée déductive alors que le droit tend à mettre l'accent sur la pensée inductive ».

arrivent à la conclusion que l'analyse juridique et l'analyse économique ont « dans le même temps » un aspect inductif et déductif, tout comme elles procèdent à la fois à une analyse « ex-post » et « ex-ante »¹³⁰⁶.

Ainsi l'analyse économique du droit pose au motif de la recherche de l'efficacité sociale de la règle trois questions, à savoir : quels vont être les effets d'une règle, pourquoi une règle a été mise en place, comment améliorer les règles qui pourraient être mises en place¹³⁰⁷ ? Reste néanmoins à définir précisément ce qu'est l'efficacité sociale, également dénommé selon les auteurs efficience économique. En effet, également évaluée à l'aune des comportements individuels elle nécessite, pour être cernée au point de vue conceptuel, de s'appuyer sur les concepts de base de la microéconomie, qui a pour but premier d'explicitier les décisions individuelles sur un marché. Ils sont explicités ci-après, sans appel à un formalisme mathématique excessif, tels qu'ils sont compris par un juriste n'ayant appris l'économie que dans les livres. Ils sont en effet particulièrement utiles pour les raisonnements qui vont fonder le second objectif de l'analyse économique du droit, à savoir l'étude et l'explicitation des décisions individuelles et des interactions humaines.

Les concepts de la microéconomie sur les marchés, le prix et les gains, l'analyse des décisions individuelles sont en effet indispensables pour mener une analyse économique du droit de la médiation administrative. Il convient en effet de ne pas oublier que ce processus maïeutique est en droit mais aussi en économie un contrat entre les médiés, aboutissant lui-même à un accord de médiation, voire à une transaction. Bien que la médiation administrative ne soit pas un marché en elle-même elle a une procédure de lancement bien particulière, où des parallélismes peuvent être établis avec les marchés classiques¹³⁰⁸. Cette présentation des concepts est faite dans la section suivante.

¹³⁰⁶ Ibid., p.41-43.

¹³⁰⁷ FRIEDMAN David (2000), *Law's Order: What Economics Has to Do with Law and Why It Matters*, Princeton University Press, p.15.

¹³⁰⁸ Le parallélisme pourrait également selon nous être poussé jusqu'aux marchés bifaces, qui désignent des marchés où une plateforme intermédiaire sur Internet met en relation deux groupes distincts d'agents économiques qui tirent mutuellement profit de leurs interactions. La médiation n'est certes pas une plateforme numérique, mais elle peut aussi constituer une plateforme d'échange où vendeur et offreur échangent leurs rôles en fonction de leur intérêt propre.

Section 2 : L'analyse économique du droit et l'explicitation des décisions individuelles

L'analyse économique du droit, parce qu'elle vise à accroître l'efficacité économique du droit en améliorant les mécanismes incitatifs, repose sur l'analyse de la règle et du comportement de l'individu, via le concept d'utilité. Considéré comme rationnel ou doté d'une rationalité limitée, ses agissements sont étudiés grâce à des théories microéconomiques classiques, comme la théorie des jeux, l'aversion au risque et la théorie de l'agence (§1). Ces approches ont été complétées par la théorie relative aux coûts de transaction, qui doivent être minimisés pour assurer l'efficacité sociale de la règle de droit ou de la décision judiciaire (§2).

§1. Les théories classiques

L'analyse économique du droit repose sur un ensemble de théories microéconomiques de l'école néoclassique¹³⁰⁹ qui considère les règles comme des prix, l'individu rationnel ou à la rationalité limitée cherchant à maximiser l'utilité de ses actions ou son bien-être. L'analyse des rapports entre les individus postule que les règles sont pour eux comme des prix, l'objectif dans le cadre d'un échange étant que ce dernier soit le plus efficace au point de vue social (A). Cette efficacité est organisée par un pouvoir de direction ou par un contrat, voire par les deux. Ces mécanismes démontrent néanmoins tous les deux que l'incertitude en économie amène les acteurs à vouloir transférer le risque inacceptable. L'étude du principe assurantiel et les éclairages apportés par la théorie de l'agence mettent ainsi en relief l'importance de questionner la nature et le fonctionnement des mécanismes incitatifs permettant d'accroître l'efficacité sociale d'un échange (B).

¹³⁰⁹ Il existe un très grand nombre d'ouvrages présentant la microéconomie. Voir notamment GENEUX Jacques (2007), *Économie politique*, Éditions Hachette-Supérieur, 4^{ème} édition, tomes 1, 2 et 3 ; MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane (2008) *Analyse économique du droit*, Éditions DALLOZ THEMIS, Collection Méthodes du droit, 2^{ème} édition p.1-117 ; COOTER Robert B. Jr., ULEN Thomas (2016), *Law and economics*, 6^{ème} édition, p.1-55. Les apports théoriques présentés dans cette recherche ont vocation à être utilisés dans une analyse du droit de la médiation administrative. Les théories de l'offre et de la demande, de l'optimum du consommateur, du coût marginal et autres analyses basées sur une forte théorisation mathématique ne seront donc pas présentés ici.

A. L'analyse des rapports entre les individus et la théorie des jeux

Comme le résumant les professeurs Mackaay et Rousseau, « nos décisions visent à éviter à la fois le gaspillage et le regret »¹³¹⁰. Chaque individu rationnel cherche donc à faire le meilleur choix, en fonction de ses propres critères. L'analyse économique de la décision individuelle repose ainsi sur quatre postulats.

Le premier postulat est la rareté des ressources, qui exprime le fait que les ressources sont produites en quantité limitée, tandis que le second est le choix rationnel, qui permet de rechercher le plus grand bénéfice au moindre coût. Ces deux postulats permettent de définir à grands traits la figure de l'homo economicus, modèle théorique d'un individu désincarné et froid évoluant dans un monde fini. C'est la figure que cette thèse retient en matière de médiation administrative, car les médiateurs constituent deux parties au haut degré de rationalité. L'administration d'un côté, qui n'est pas un monstre froid comme le Léviathan de Hobbes, mais le plus souvent une équipe de cadres réduite, amenée sur des questions de gestion des ressources humaines délicates à émettre des avis et des préconisations. L'agent d'un autre côté, qui n'est pas seul le plus souvent : accompagné par un syndicat ou un avocat, il a également la capacité de prendre une décision éclairée grâce à l'intervention d'un tiers extérieur.

Le troisième postulat est l'incertitude, qui a pour sous-jacent le risque que l'acteur économique va chercher à minimiser. Cette incertitude est majeure en matière de médiation administrative, notamment dans la phase cruciale où il s'agit de proposer une médiation, ou de répondre à la suggestion faite en la matière par la partie adverse, ou bien encore refuser ce mode alternatif de règlement des litiges, le plus souvent au motif du trop grand nombre d'incertitudes ou de risques qui ne peuvent être « externalisés ».

Le dernier postulat est l'intérêt de l'individualisme méthodologique, qui permet d'inférer de comportements individuels des comportements collectifs.

¹³¹⁰ MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane (2008), *Analyse économique du droit*, Éditions DALLOZ THEMIS, Collection Méthodes du droit, 2^{ème} édition, p.23.

L'analyse des décisions chez *l'homo economicus* démontrent que les règles, à l'instar des prix dans un environnement caractérisé par la rareté des ressources, conditionnent les préférences des individus (I). Les critères de maximisation de l'utilité et d'efficacité doivent alors permettre de minimiser le coût social des échanges (II). Ils permettent d'éclairer sous un jour nouveau le comportement des parties lorsque la pertinence d'une médiation peut se révéler dans l'enchaînement du différend.

I. Les règles, à l'instar des prix, conditionnent les préférences des individus

La rareté, subjective et source de conflits, justifie l'instauration de droits pour organiser les échanges et éviter la violence (a). Face à elle, les acteurs économiques cherchent à maximiser leur utilité, bien que leur rationalité soit limitée, ce qui explique la formation des règles, qui peuvent être assimilées à des prix (b).

a. *La réponse à la rareté est la reconnaissance de droits*

Parce que « les choses ne sont pas rares dans l'absolu, mais toujours par rapport aux préférences de ceux qui veulent s'en servir, compte tenu des usages qu'il connaissent ou qu'ils imaginent »¹³¹¹ la notion de rareté est par essence subjective, pouvant varier d'une époque à une autre - par exemple l'usage du miroir dans l'approche des sociétés amérindiennes au seizième siècle, mais aussi d'un individu à un autre.

Ainsi « les échanges dans une société sont basés sur l'idée que, pour l'acheteur, la chose achetée est plus rare que pour le vendeur »¹³¹². Ce faisant, ils permettent de valoriser les choses par l'intermédiaire des prix, dont le mécanisme de formation en microéconomie dépasse de loin la simple loi de l'offre et de la demande, puisque le prix peut aussi être le reflet du coût de production du bien dans l'hypothèse néoclassique où la concurrence est pure

¹³¹¹ Ibid., p.24.

¹³¹² Ibid., p.25.

et parfaite¹³¹³. Cependant, l'histoire a démontré que la rareté se révèle aussi dans le conflit. L'institution de droits est ainsi « une réponse à la rareté qui permet la constitution d'une société basée sur autre chose que la possession matérielle des objets et la violence pour la défendre »¹³¹⁴.

Les droits sont ainsi à la fois individuels et exclusifs, comme le droit de propriété par exemple, des règles précises étant érigées pour l'attribution primitive de ces droits mais aussi pour leur transfert d'acteur économique à acteur économique.

b. La rationalité des acteurs naît du fait que la rareté impose des choix

Le modèle du choix rationnel postule que *l'homo economicus*¹³¹⁵, concept de base de l'école néoclassique, prend des décisions pour maximiser sa satisfaction en utilisant au mieux ses ressources. Par conséquent, « placé devant un cas à résoudre, le décideur du modèle du choix rationnel fait l'inventaire des résultats désirés (valeurs), identifie les actions qu'il peut entreprendre dans la poursuite de ceux-ci (options), détermine dans quelle mesure chaque action contribue aux résultats désirés et à quel coût (valorisation) et retient celle qui y contribue le plus (choix) »¹³¹⁶.

Le modèle du choix rationnel conditionne la décision que prendra le décideur à la qualité de l'information dont il dispose pour pouvoir analyser toutes les conséquences des choix qui peuvent s'offrir à lui. Ce faisant, l'acteur économique va choisir la solution qui lui apparaît la meilleure au moment du choix.

¹³¹³ GENEUREUX Jacques (2007), *Économie politique*, Éditions Hachette-Supérieur, 4^{ème} édition, tome 2, p.90 et suivantes pour découvrir les cinq caractéristiques d'un marché où la concurrence est pure et parfaite (atomicité des acteurs, libre entrée sur le marché, homogénéité des produits vendus, mobilité des facteurs de production, transparence).

¹³¹⁴ MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane (2008), *Analyse économique du droit*, Éditions DALLOZ THEMIS, Collection Méthodes du droit, 2^{ème} édition, p.27.

¹³¹⁵ GUERRIEN Bernard (2007), *L'illusion économique*, Éditions Omniscience. L'homo oeconomicus est la « figure » de l'école néo-classique, qui « postule que le désir de richesse est une pulsion présente à des degrés divers chez tous les êtres humains ». Cette école, très présente en microéconomie, fonde ainsi le salaire sur la productivité marginale des salariés (le salaire est égal au prix de la production effectuée pendant la dernière heure de travail) mais aussi une école macroéconomique à la base du libéralisme.

¹³¹⁶ MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane (2008), *Analyse économique du droit*, Éditions DALLOZ THEMIS, Collection Méthodes du droit, 2^{ème} édition, p.28.

Cependant les travaux conséquents d'Herbert Simon ont démontré que la rationalité est limitée, ce qui invalide en partie le modèle du choix rationnel parce « qu'il présuppose trop sur le plan de l'information »¹³¹⁷. Le cerveau humain n'a en effet que de piètres capacités cognitives par rapport à la machine, parce que « l'homme d'aujourd'hui est un Thésée perdu dans un labyrinthe, sans fil d'Ariane lui permettant de retrouver sa route »¹³¹⁸.

L'agent économique va donc recourir à des « schémas simplificateurs afin de délimiter les informations qui seront considérées dans la décision »¹³¹⁹. La psychologie cognitive va de plus démontrer que l'expérience invalide le modèle rationnel, selon lequel « si A est préféré à B et B à C, A devrait être préféré à C », conformément au concept de transitivité en algèbre linéaire¹³²⁰. Les expériences des professeurs Kahneman et Tversky¹³²¹ démontrent en effet que cette logique est fréquemment violée, les écarts mis à jour par ces psychologues étant plus prononcés dans des situations « complexes » caractérisés par une abondance d'information. Cette analyse empirique succède au concept théorique de rationalité limitée, élaborée par Simon¹³²². Ce penseur majeur échafaude en effet pendant un demi-siècle le modèle de la rationalité limitée postulant que toute décision est un processus à quatre étapes : l'intelligence - ndlr la compréhension, la modélisation, le choix et le contrôle/l'évaluation. Les professeurs Kahneman et Tversky accroissent la finesse de ce modèle en incorporant en son sein une dimension psychologique, permettant d'expliquer la survenance dans un processus rationnel de choix irrationnels : il est ainsi possible d'intégrer dans le concept de la rationalité limitée la possibilité de choix irrationnels, expliqués par

¹³¹⁷ Ibid., p.29.

¹³¹⁸ BERTHOZ Alain (2009), *La simplicité*, Odile Jacob, p.9.

¹³¹⁹ MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane (2008), *Analyse économique du droit*, Éditions DALLOZ THEMIS, Collection Méthodes du droit, 2^{ème} édition, p.29.

¹³²⁰ Pour le concept de transitivité et de syllogisme juridique, voir PERELMAN Charles (1979), *Logique juridique-nouvelle rhétorique*, éditions DALLOZ, 2^{ème} édition.

¹³²¹ Amos TVERSKY (1937–1996) et Daniel KAHNEMAN (né en 1934) sont deux psychologues ont travaillé ensemble dès les années 1970 sur la théorie des biais cognitifs. Ils ont démontré que les individus ne prennent pas toujours des décisions rationnelles, contrairement à ce que postule la théorie économique classique. Ils ont échafaudé la théorie des perspectives en 1979, qui remet en question la théorie de l'utilité espérée et postule que les individus évaluent leurs gains et leurs pertes par rapport à un point de référence, dont la fixation est en partie irrationnelle. Après la mort de Tversky, Daniel Kahneman a reçu le Prix Nobel d'économie en 2002.

¹³²² Herbert SIMON (1916–2001) était un scientifique cognitif, économiste, sociologue, et lauréat du prix Nobel d'économie en 1978. Il est considéré comme l'un des penseurs les plus influents du XXe siècle, notamment pour ses travaux sur la prise de décision, l'intelligence artificielle, et les sciences cognitives. Il a introduit le concept fondamental de rationalité limitée en économie et en psychologie : contrairement à l'hypothèse de rationalité parfaite des agents économiques (comme dans la théorie classique), Simon montre que les individus prennent des décisions avec des ressources cognitives limitées, dans un contexte d'information imparfaite. Ainsi, ils ne cherchent pas la solution la plus optimale, mais la plus satisfaisante.

l'histoire, la culture, le degré de conflictualité, etc. de l'environnement et des acteurs de l'échange¹³²³.

Cette opposition entre le modèle du choix rationnel et du modèle de la rationalité limitée a semblé être dépassé grâce à la théorie de Ronald Heiner¹³²⁴, « qui a tenté de formuler une théorie parfaitement générale de l'usage des règles »¹³²⁵. Le postulat de ce modèle prédictif des comportements repose sur l'incertitude du décideur compte tenu de ses ressources limitées (le temps, les capacités cognitives, le capital culturel, le comportement, etc.) pour faire face aux conditions que son environnement lui impose. Comme le décideur perçoit incomplètement son environnement et qu'il ne peut pas dans le temps imparti tenir compte de toute l'information pertinente, « il doit choisir un des comportements de son répertoire sachant que, dans une certaine proportion des cas, cette réponse sera inadéquate »¹³²⁶. Sans rentrer dans ce débat de spécialistes, cette thèse retient ainsi que les parties éventuelles à une médiation ont une rationalité limitée, qui peut les amener à prendre au sujet d'une proposition de médiation une décision irrationnelle et donc non optimale au point de vue économique. Ce choix est effectué à l'aune de l'extrême raffinement du droit de la fonction publique en général, mais aussi de celui applicable aux sapeurs-pompiers en particulier : tout différend peut en effet être caractérisé par des situations de fait et des situations de droit difficiles à relier entre elles, amenant l'agent ou l'administration à effectuer souvent de manière inconsciente des raccourcis simplificateurs.

La règle est ainsi un système de « comportements actifs » et répertoriés pouvant être adoptés à tout instant ou, au contraire, refoulés, dans le cadre d'un calcul qui « intègre positivement les gains pour le décideur si le comportement en question est adopté dans des circonstances convenables et, négativement, les pertes pour les cas où le comportement est mal à propos »¹³²⁷. Les règles jouent ainsi un rôle essentiel dans la résolution de problèmes

¹³²³ KAHNEMAN Daniel (2012), *Système 1/Système 2, les deux vitesses de la pensée*, Éditions Flammarion.

¹³²⁴ HEINER Ronald (1983), "The origin of predictable behavior", *American Economic Review*, Vol. 73, N°4, p.560–595.

¹³²⁵ MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane (2008), *Analyse économique du droit*, Éditions DALLOZ THEMIS, Collection Méthodes du droit, 2^{ème} édition, p.32.

¹³²⁶ Ibid., p.33.

¹³²⁷ Ibid., p.33.

complexes et/ou à forte incertitude/risque, au point qu'Oliver Williamson¹³²⁸ ait attiré l'attention des juristes sur cette question dans le cadre de l'analyse du droit¹³²⁹. C'est dans cette optique l'analyse économique du droit de la médiation doit pouvoir proposer une amélioration des règles qui fondent ce mode alternatif de règlement des litiges (MARD) en matière de contentieux fonction publique. Ces règles doivent notamment prendre en compte le calcul rationnel (éventuellement entâché d'erreurs) que les parties vont effectuer dans la phase où il s'agit de partir ou pas en médiation. Ce calcul est fortement influencé par le concept d'utilité du consommateur, les parties en éventuelle médiation étant ici considérées comme des consommateurs potentiels de ce MARD.

II. L'utilité du consommateur, les coûts de substitution et l'efficacité

La rareté explique que chaque acteur à un échange cherche à maximiser sa position économique - désignée sous le nom conceptuel d'utilité, en fonction de ses préférences et des coûts de substitution entre chaque produit qu'il peut consommer(a). La façon de conjuguer les préférences des individus qui participent à un échange doit alors chercher une satisfaction optimale de chaque agent, ce qui fonde le concept d'efficacité en microéconomie (b).

Ces notions sont importantes pour la médiation administrative : chaque éventuel médié effectue un calcul économique dans sa potentielle « consommation » du contentieux ou, à contrario, de la médiation administrative. Ce choix emporte ainsi un coût de substitution, mais aussi la nécessité d'accroître l'efficacité de cet échange entre les deux parties.

¹³²⁸ Oliver EATON WILLIAMSON (1932–2020) était un éminent économiste américain, professeur à l'Université de Californie, Berkeley (Haas School), et cofondateur des domaines de la nouvelle économie institutionnelle et de l'économie des coûts de transaction. Il est prix Nobel d'économie en 2009 et a profondément influencé l'analyse économique du droit, en particulier par son approche institutionnaliste de la gouvernance économique et des règles juridiques. Il n'était pas juriste de formation, mais ses travaux ont été largement repris dans ce domaine, notamment par des chercheurs comme Richard Posner ou Douglass North.

¹³²⁹ Williamson a montré que les règles juridiques (contrats, régulations, droit de propriété, droit des sociétés) sont des mécanismes institutionnels qui permettent aux agents économiques de réduire l'incertitude et les conflits dans les transactions, en agissant comme des cadres de gouvernance : elles structurent la manière dont les parties interagissent, coopèrent ou se protègent. Elles peuvent ainsi être assimilées à des prix.

a. L'utilité et les coûts de substitution

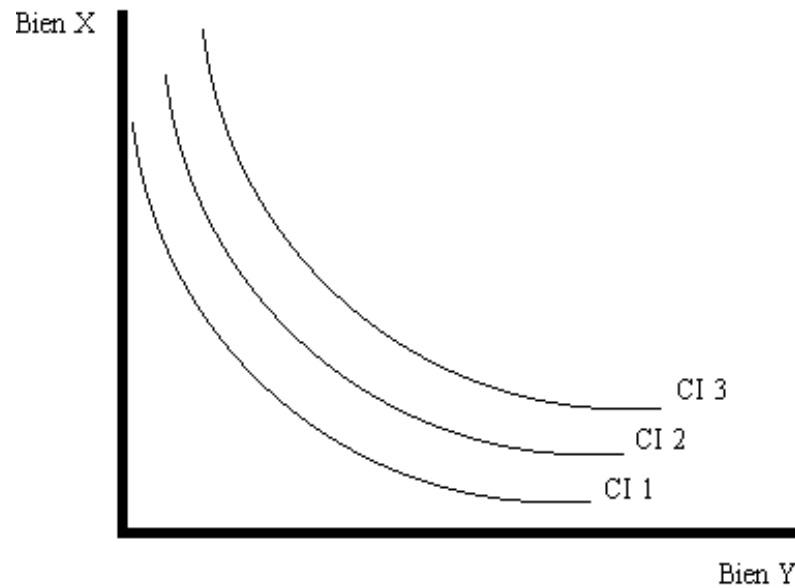
Les sciences économiques postulent que chaque acteur économique cherche toujours à maximiser l'utilité, concept général qui désigne la satisfaction (monétaire ou non) que procure une action économique (achat, vente) pour une personne physique ou morale : « Consumers maximize utility (that is, happiness or satisfaction), firms maximize profits, politicians maximize votes, bureaucracies maximize revenues, charities maximize social welfare, and so forth »¹³³⁰.

Ce postulat de la recherche du gain, de quelque nature que ce soit, est un corollaire immédiat de la rationalité des acteurs dans un environnement fini, où par essence les ressources sont limitées : « Economists often say that models assuming maximizing behavior work because most people are rational, and rationality requires maximization »¹³³¹. Ainsi un consommateur rationnel doit choisir, avec le niveau d'information dont il dispose au moment de le faire, la meilleure des alternatives possibles au regard des contraintes auxquelles il fait face.

La théorie du consommateur, d'essence néoclassique, permet ainsi de modéliser le comportement d'un consommateur de biens et de services via des courbes d'indifférence. Elles illustrent les combinaisons possibles en matière de consommation de deux biens, permettant un niveau de satisfaction identique.

¹³³⁰ COOTER Robert B. Jr., ULEN Thomas (2016), *Law and economics*, 6^{ème} édition, p.12. Traduction : « Les consommateurs maximisent l'utilité (c'est-à-dire le bonheur ou la satisfaction), les entreprises maximisent les profits, les politiciens maximisent les votes, les bureaucraties maximisent les revenus, les organisations caritatives maximisent le bien-être social, etc. ».

¹³³¹ Ibid., p.12. Traduction : « Les économistes disent souvent que les modèles qui supposent un comportement de maximisation fonctionnent parce que la plupart des gens sont rationnels et que la rationalité exige la maximisation ».



Courbes d'utilité¹³³²

Le consommateur doit ainsi choisir entre plusieurs alternatives pour arriver à un niveau de satisfaction donné (chaque courbe représentant un niveau de satisfaction), au regard des contraintes présentes et de ses préférences. Ces dernières sont caractérisées par une relation entre elles totalement rationnelle. Elles sont en effet transitives (si l'agent préfère le bien A au bien B et le bien B au bien C alors il préfère le bien A au bien C), complètes (l'agent est toujours en mesure de comparer un bien A à un bien B), de dominance (un agent a toujours une préférence « dominante »). Ainsi la meilleure alternative permise par les contraintes correspond à la maximisation de la fonction d'utilité :

« Choosing the best alternative that the constraints allow corresponds to maximizing the utility function subject to the feasibility constraint. So, the consumer who goes shopping is said to maximize utility subject to her budget constraint »¹³³³.

Il existe ainsi la possibilité de substituer un bien A à un bien B pour obtenir le même niveau de satisfaction, c'est-à-dire un équilibre, dans le cadre de la fonction mathématique d'utilité. Cette substitution permet ultérieurement d'évaluer l'efficacité économique de

¹³³² Par Original téléversé par ~Pyb sur Wikipédia français. — Transféré de fr.wikipedia à Commons par Bloody-libu utilisant CommonsHelper., CC BY-SA 3.0, <https://commons.wikimedia.org/w/index.php?curid=20596264>.

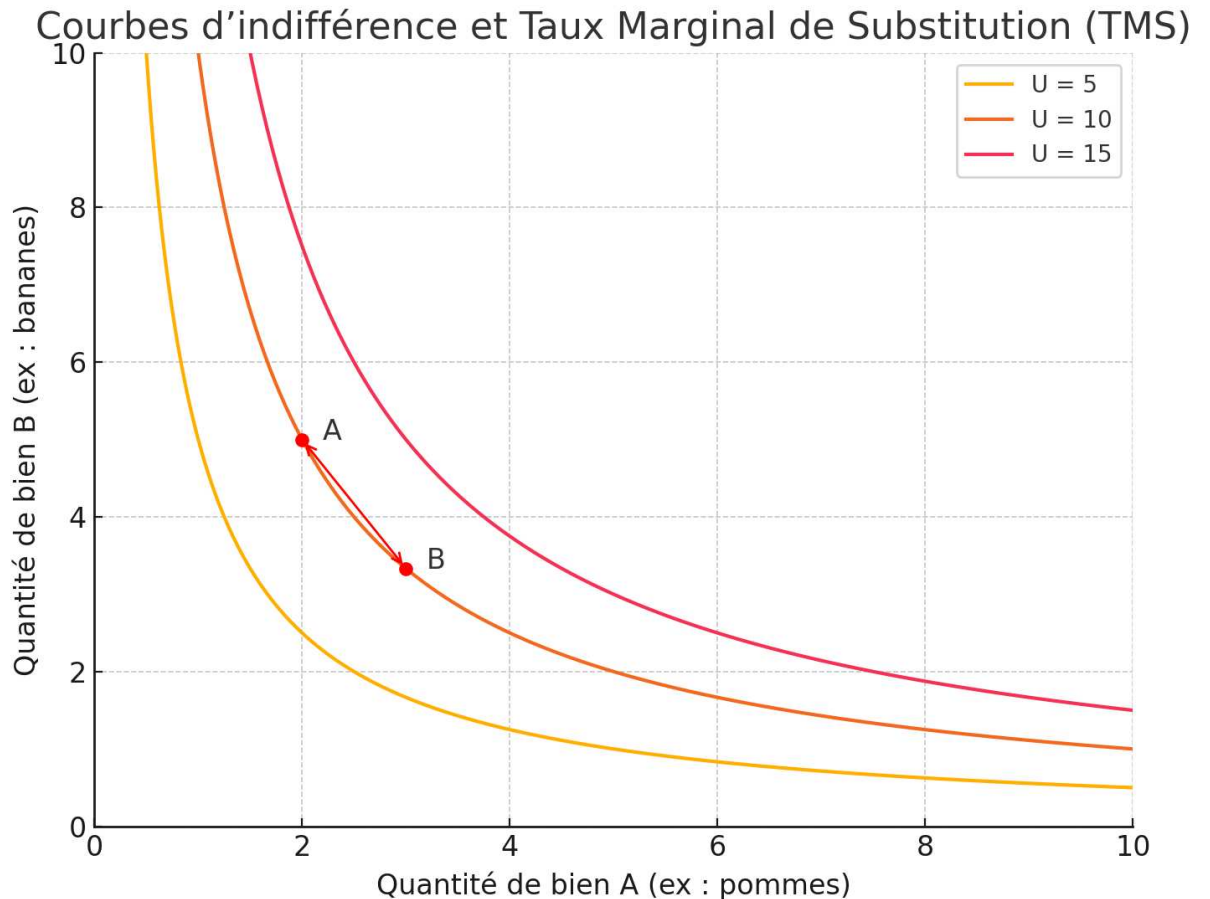
¹³³³ COOTER Robert B. Jr., ULEN Thomas (2016), *Law and economics*, 6^{ème} édition, p.13. Traduction : « Le choix de la meilleure alternative permise par les contraintes correspond à la maximisation de la fonction d'utilité sous réserve de la contrainte de faisabilité. Ainsi, on dit que le consommateur qui fait ses courses maximise son utilité sous réserve de sa contrainte budgétaire ».

l'échange. Elle se fait logiquement en fonction de ce que le budget de l'acheteur permet, l'acheteur étant en matière de médiation administrative le potentiel médié.

Prenons pour illustrer ce concept de substituabilité l'exemple d'un pique-nique, organisé pour le lecteur de cette thèse sur la base d'un panier contenant des pommes (bien A) et des bananes (bien B). Le lecteur veut un panier qui le rende heureux, c'est-à-dire qui lui apporte un niveau de satisfaction donné. Le lecteur se dit alors : « Si j'ai 3 pommes et 2 bananes, je suis satisfait. Mais si on m'enlève une banane, je voudrais peut-être qu'on me donne 2 pommes en plus pour rester aussi content ». Cela signifie ainsi que le lecteur est prêt à substituer une banane contre deux pommes, sans changer son bonheur global : il reste sur la même courbe d'indifférence.

Ainsi, le taux marginal de substitution (TMS) mesure la variation de la quantité consommée d'un bien A qui est nécessaire, le long d'une courbe d'indifférence, pour compenser une variation infinitésimale de la quantité consommée d'un bien B. Le taux marginal de substitution calcule la façon dont on substitue de manière infinitésimale un produit par un autre, introduisant ainsi la notion de coût de substitution et de coût d'opportunité.

Dans l'exemple précédent le TMS mesure combien de pommes le lecteur exige en plus pour compenser la perte d'une banane. Cela représente le coût de substitution, qui est par essence subjectif : ce que le lecteur est prêt à sacrifier ou obtenir pour rester dans le même état de satisfaction. Ce coût de substitution peut également être un coût d'opportunité, s'il est objectif comme le coût unitaire sur le marché d'une pomme ou d'une banane.



Courbes d'indifférence et taux marginal de substitution¹³³⁴

Illustré par des coûts, le problème du consommateur est de maximiser son utilité sous contrainte budgétaire ou de minimiser ses dépenses sous une contrainte de niveau d'utilité (ou de satisfaction). Il existe ainsi une situation d'équilibre, représentée par une droite tangente à l'une des courbes d'indifférence. Cette situation d'équilibre est liée à la maximisation de l'utilité :

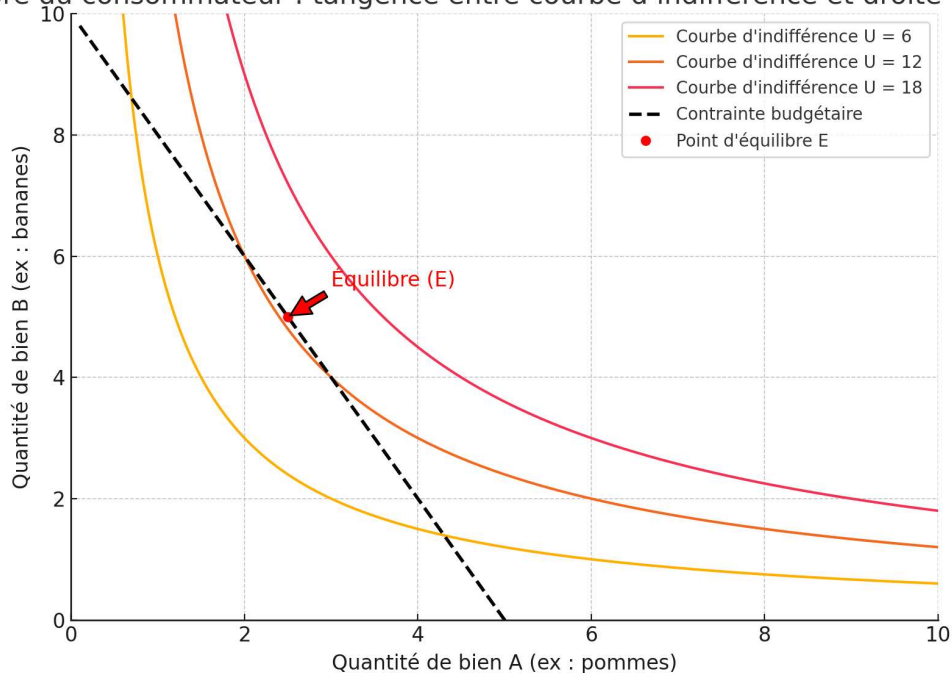
« There is a vital connection between maximization and equilibrium in microeconomic theory. We characterize the behavior of every individual or group as maximizing something. Maximizing behavior tends to push the individuals and groups toward a point of rest, an equilibrium (...) a stable equilibrium is one that will not change unless outside forces intervene »¹³³⁵.

¹³³⁴ Image générée par ChatGPT 4.0.

¹³³⁵ COOTER Robert B. Jr., ULEN Thomas (2016), *Law and economics*, 6^{ème} édition, p.13. Traduction : « Il existe un lien vital entre la maximisation et l'équilibre dans la théorie microéconomique. Nous caractérisons le

Ainsi le comportement de maximisation des individus tend à les pousser, lorsqu'ils sont sous contrainte (budgétaire ou normative) vers une situation d'équilibre qui ne peut être perturbée que par des chocs exogènes. L'exemple du panier de pommes et de bananes permet d'illustrer cette tangente, en l'occurrence ici budgétaire :

Équilibre du consommateur : tangence entre courbe d'indifférence et droite budgétaire



Courbes d'indifférence et point d'équilibre¹³³⁶

Le point d'équilibre est l'endroit où la droite budgétaire est tangente à la courbe de satisfaction, mais aussi le point où le TMS est nul : dans ce cadre les coûts d'opportunité et de substitution sont égaux.

Si ce détour par la théorie microéconomique peut paraître décalé avec la consommation potentielle d'une médiation administrative ou d'un procès, elle permet de mettre en relief qu'il existe un coût de substitution entre les deux produits, à la fois relatif et personnel : si chaque individu fait un choix éminemment subjectif, ce dernier est également dicté par une contrainte budgétaire. De plus, le choix entre consommer une médiation ou consommer un contentieux n'apparaît pas si binaire que cela une fois replacé dans le temps : la procédure de médiation administrative, en « gelant » le processus juridictionnel s'il est

comportement de chaque individu ou groupe comme la maximisation de quelque chose. Le comportement de maximisation tend à pousser les individus et les groupes vers un point de repos, un équilibre (...) un équilibre stable est un équilibre qui ne changera pas à moins que des forces extérieures n'interviennent ».

¹³³⁶ Image générée par ChatGPT 4.0.

lancé, intègre en effet en son sein cette possibilité de passer de l'un à l'autre sur un temps long. Il se dégage ainsi un point d'équilibre entre ces deux systèmes de résolution des différends, que la théorie et la pratique ne permettent pas néanmoins de matérialiser avec précision tant il est subjectif. Il nous semble poser ainsi la question de l'efficacité sociale de l'échange, l'efficacité étant par ailleurs largement reliée en microéconomie à la notion d'équilibre.

En effet, l'agent économique n'est pas seul sur terre : la compétition pour accéder aux ressources dans un monde fini est permanente. Il existe une définition pratique de l'efficacité, héritée du domaine de l'industrie et de la physique appliquée : « A production process is said to be productively efficient if either of two conditions hold : it is not possible to produce the same amount of output using a lower-cost combination of inputs or it is not possible to produce more output using the same combination of inputs »¹³³⁷.

Il existe ainsi en microéconomie l'efficacité au sens de Pareto et de Kaldor-Hicks, dont l'étude permet de compenser les « perdants » dans une transaction donnée, l'objectif de l'économie dans un monde fini étant de minimiser les coûts sociaux liés aux échanges.

b. L'efficacité : les critères de Pareto et de Kaldor-Hicks

L'efficacité selon Pareto s'intéresse à la satisfaction des préférences individuelles dès lors que plusieurs personnes doivent se partager des ressources :

« A particular situation is said to be Pareto or allocatively efficient if it is impossible to change it so as to make at least one person better off (in his own estimation) without making another person worse off (again, in his own estimation). For simplicity's sake, assume that there are only two consumers, Smith and Jones, and two goods, umbrellas and bread. Initially, the goods are distributed between them. Is the allocation Pareto efficient? Yes, if it is

¹³³⁷ COOTER Robert B. Jr., ULEN Thomas (2016), *Law and economics*, 6^{ème} édition, p.13. Traduction : « Un processus de production est dit productivement efficace si l'une des deux conditions suivantes est remplie : il n'est pas possible de produire la même quantité de produit en utilisant une combinaison d'intrants moins coûteuse ou il n'est pas possible de produire plus de produit en utilisant la même combinaison d'intrants ».

impossible to reallocate the bread and umbrellas so as to make either Smith or Jones better off without making the other person worse off »¹³³⁸.

Ce critère a cependant été beaucoup discuté, car « le problème est connu dans la science économique proprement dite, lorsqu'il s'agit d'évaluer le bien-être global d'une société comme l'agrégation du bien-être de chacun des acteurs »¹³³⁹. Par conséquent « on pourrait considérer comme un gain pour la société un changement qui produit des gagnants mais aucun perdant (gain de Pareto)... Si le critère de Pareto est peu controversé, il est en revanche peu puissant, car incapable de conduire à un jugement dès lors qu'un changement risque de produire des perdants, ce qui sera presque toujours le cas »¹³⁴⁰.

Il existe ainsi d'autres « efficacités », comme l'efficacité au sens de Kaldor-Hicks, qui permet de dépasser l'efficacité de Pareto en indemnisant les perdants : « Dissatisfied with the Pareto criterion, economists developed the notion of a potential Pareto improvement (sometimes called Kaldor-Hicks efficiency). This is an attempt to surmount the restriction of the Pareto criterion that only those changes are recommended in which at least one person is made better off and no one is made worse off. That criterion requires that gainers explicitly compensate losers in any change »¹³⁴¹.

Parce qu'une telle hypothèse semble difficilement réaliste « le raffinement supplémentaire proposé est (...) de retenir un gain social dès lors que les gagnants pourraient indemniser les perdants et de considérer que, dans une société, les avancées économiques devraient donner les mêmes chances de gain à tous »¹³⁴². Comme nous le verrons

¹³³⁸ Ibid., p.14. Traduction : « On dit qu'une situation particulière ou qu'une allocation est efficace au sens de Pareto s'il est impossible de la modifier de manière à ce qu'au moins une personne soit mieux lotie (selon sa propre estimation) sans qu'une autre soit moins bien lotie (toujours selon sa propre estimation). Par souci de simplicité, supposons qu'il n'y ait que deux consommateurs, Smith et Jones, et deux biens, les parapluies et le pain. Au départ, les biens sont répartis entre eux. Cette répartition est-elle efficace au sens de Pareto ? Oui, s'il est impossible de réaffecter le pain et les parapluies de manière à améliorer la situation de Smith ou de Jones sans aggraver celle de l'autre personne ».

¹³³⁹ MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane (2008) *Analyse économique du droit*, Éditions DALLOZ THEMIS, Collection Méthodes du droit, 2^{ème} édition, p.594.

¹³⁴⁰ Ibid., p.594.

¹³⁴¹ COOTER Robert B. Jr., ULEN Thomas (2016), *Law and economics*, 6^{ème} édition, p.42. Traduction : « Insatisfaits du critère de Pareto, les économistes ont développé la notion d'amélioration potentielle de Pareto (parfois appelée efficacité de Kaldor-Hicks). Il s'agit d'une tentative de surmonter la restriction du critère de Pareto selon laquelle seuls sont recommandés les changements qui améliorent la situation d'au moins une personne et n'aggravent pas la situation d'aucune autre. Ce critère exige que les gagnants compensent explicitement les perdants dans tout changement ».

¹³⁴² MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane (2008), *Analyse économique du droit*, Éditions DALLOZ THEMIS, Collection Méthodes du droit, 2^{ème} édition, p.594.

ultérieurement avec le théorème de Coase et la théorie posnérienne en analyse économique du droit, ce critère a pu fonder les marchés carbone où les pollueurs indemnisent les victimes de pollution.

Cependant, les arguments permettant de jauger l'efficacité des règles juridiques reposent rarement sur des données du « monde réel » qui permettraient alors de traduire numériquement l'importance que les gens accordent aux choses : « Arguments about the efficiency of legal rules rarely rest on real-world data about how much different people value things (...) Money, although convenient for both making transactions and talking about them, is not what economics is about »¹³⁴³. C'est pourquoi la question des préférences des acteurs est plus pertinente que l'analyse de données quantitatives. Le professeur David Friedman relève que l'approche de l'efficacité économique d'une règle de droit sous l'angle de la préférence a deux vertus majeures. Elle cherche tout d'abord à répondre aux questions de savoir quand et pourquoi la règle est efficace, elle permet ensuite de chercher la meilleure solution. Il en démontre néanmoins les limites, pour mieux les dépasser dans un second temps.

La première limite est que cette approche est essentiellement « conséquentialiste », où ce qui importe avant tout ce sont les conséquences pratiques. Le principe de la justice au sens éthique du terme peut ainsi ne pas rentrer dans le critère d'évaluation de la règle : « It thus assumes away the possibility of judging legal rules by nonconsequential criteria such as justice »¹³⁴⁴. La seconde limite est qu'elle n'intègre pas de la même manière dans son évaluation des principes moraux, puisque la préférence d'un acteur s'exprime avant tout dans son agissement. Il ne peut y avoir par exemple de différence entre préférer l'héroïne à l'insuline : « It assumes that when evaluating the consequence of a legal rule for a single person, the appropriate values are that person's values expressed in his actions, that there is no relevant difference between the value of insulin and of heroin »¹³⁴⁵.

¹³⁴³ FRIEDMAN David (2000), *Law's Order: What Economics Has to Do with Law and Why It Matters*, Princeton University Press, p.21. Traduction : « Les arguments sur l'efficacité des règles juridiques reposent rarement sur des données réelles concernant la valeur des choses pour les différentes personnes (...) L'argent, bien que pratique pour effectuer des transactions et en parler, n'est pas l'objet de l'économie ».

¹³⁴⁴ Ibid., p.22. Traduction : « (L'efficacité) supprime ainsi la possibilité de juger les règles de droit en fonction de critères non substantiels tels que la justice ».

¹³⁴⁵ Ibid., p.22. Traduction : « (L'efficacité) suppose que lorsqu'on évalue les conséquences d'une règle juridique pour une seule personne, les valeurs à retenir sont celles que la personne exprime au travers de ses actions, qu'il n'y a ainsi pas de différence pertinente entre la valeur de l'insuline et celle de l'héroïne ».

La troisième et dernière objection est que cette approche jauge la préférence en estimant la volonté de payer, quand la valeur d'une monnaie n'est que relative entre les individus : « It assumes that, in combining values across people, the appropriate measuring rod is willingness to pay, that a gain that one person is willing to pay 10\$ to get just balances a loss that another is willing to pay ten dollars to avoid. But most of us believe that, measured by some more fundamental standard such as happiness, a dollar is worth more to some people than to others »¹³⁴⁶.

La conclusion du professeur David Friedman est néanmoins que l'approche par les préférences pour estimer l'efficacité d'une règle est aussi utile qu'imparfaite. Elle pose néanmoins sous un jour nouveau la question de l'équilibre, dès lors qu'il s'agit d'analyser le produit des interactions entre les acteurs d'un échange. Elle amène ainsi à étudier les rapports entre les individus, dont l'aversion au risque et à la subordination peuvent être deux problèmes économiques en eux-mêmes.

Notre thèse retient ainsi toute la pertinence d'étudier la règle de droit sous l'angle de la préférence, qui permet de poser trois questions fondamentales : quand et pourquoi une règle est efficace (au sens qu'elle minimise les coûts sociaux), mais aussi comment l'améliorer ? La réponse à ces trois interrogations en matière d'analyse du droit de la médiation administrative nécessite ainsi d'étudier les rapports entre les individus, qui au point de vue juridique sont de potentiels médiés mais aussi, au point de vue économique, les consommateurs de deux produits (le mode de résolution des différends qu'est le procès, le monde alternatif de règlement des différends qu'est la médiation) pour accroître leur satisfaction, qui va en l'occurrence consister à sortir du litige qui les oppose.

¹³⁴⁶ Ibid., p.22-23. Traduction : « (L'efficacité) suppose que, pour combiner les valeurs entre les personnes, la mesure appropriée est la volonté de payer, qu'un gain qu'une personne est prête à payer 10 dollars peut compenser une perte qu'une autre est prête à payer dix dollars pour éviter. Mais la plupart d'entre nous pensent que, mesuré selon une norme plus fondamentale telle que le bonheur, un dollar vaut plus pour certaines personnes que pour d'autres ».

B. Les rapports entre les individus, le transfert du risque et l'agence

Plusieurs outils théoriques, utilisés en microéconomie et en analyse économique du droit, permettent d'étudier l'efficacité sociale des rapports humains. Parmi ceux-ci, dans l'optique d'étudier ultérieurement la médiation (qui est en elle-même une instance d'échange en vue de produire un accord profitable), l'analyse des interactions entre les individus grâce à la théorie des jeux permet d'éclairer sous un autre jour les stratégies personnelles et l'utilité de la règle de droit comme mécanisme réducteur de l'incertitude (I). Cette étude des relations sociales d'un point de vue économique est complétée utilement par l'analyse du principe assurantiel et la responsabilité, mais aussi par les enseignements de la théorie de l'agence (II), qui permettent tous deux de souligner la tendance naturelle des individus à transférer le risque.

I. L'analyse des rapports entre les individus grâce à la théorie des jeux permet d'évaluer l'efficacité d'une règle ou d'une décision

La théorie des jeux a pour objectif d'étudier les stratégies individuelles lorsqu'un groupe d'individus rationnels – mais dont la rationalité est limitée - interagissent ensemble. Cette stratégie individuelle est comportementale, elle vise pour chaque individu à déterminer quelle est la posture ou la décision la plus adéquate face aux choix de chacun des membres du groupe, l'objectif étant pour chacun de poursuivre ses objectifs et de maximiser son utilité¹³⁴⁷.

Cette théorie est mal nommée en sciences économiques ou en analyse économique du droit, parce que « le nom n'est pas tout à fait heureux »¹³⁴⁸. Comme les professeurs Mackaay et Rousseau nous pensons qu'il conviendrait mieux de la qualifier de « théorie des interactions stratégiques »¹³⁴⁹, pour la distinguer de la théorie des jeux, propre aux sciences mathématiques et fondée par John Von Neuman, dont l'objectif « was a mathematical theory

¹³⁴⁷ Ibid., p.84-85.

¹³⁴⁸ MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane (2008), *Analyse économique du droit*, Éditions DALLOZ THEMIS, Collection Méthodes du droit, 2^{ème} édition, p.40.

¹³⁴⁹ Ibid., p.40.

that would describe what choices a rational player would make and what the outcome would be, given the rules of any particular game »¹³⁵⁰.

L'analyse économique du droit s'est approprié cette théorie mathématique, comme les sciences économiques auparavant, pour chercher à comprendre comment l'ordre spontané est possible, entre plusieurs acteurs non coordonnés et tous caractérisés par l'aversion qu'ils ont pour le risque. Par ordre spontané « il convient d'entendre (...) les régularités en société, ou les suites d'évènements, qui ne sont ni le produit d'une construction humaine délibérée (...) ni ne sont de l'ordre de phénomènes purement naturels »¹³⁵¹.

La théorie des jeux est un puissant outil d'analyse des rapports entre les individus, car « le droit articule des solutions non violentes aux conflits pouvant surgir entre individus et définit les institutions qui ont pour vocation de faire prévaloir ces solutions »¹³⁵². Ces solutions présupposent de la part des acteurs le développement de stratégies individuelles non coordonnées, selon l'ordre spontané théorisé par Hayek, où « les règles ont ontologiquement partie liée à l'incertitude (...) ces règles sont de type très divers : il peut s'agir de règles de droit, de règles techniques ou encore de règles de communication comme les règles du langage (...) les règles de droit sont des modes de conduite des agents économiques. Elles fonctionnent comme des modes de réponses, le souvent générales et abstraites, qui aident les acteurs à agir dans un monde incertain. Dans ce cadre, les règles de droit sont moins des contraintes que des outils permettant une action plus efficace »¹³⁵³. Cette approche est intéressante car « si le droit, dans ses racines, est un phénomène d'ordre spontané, il peut exister avant la loi et son contenu ne peut se réduire aux injonctions législatives de l'État »¹³⁵⁴. Notre thèse retient ainsi l'idée que la règle de droit est un mécanisme réducteur de l'incertitude, dans un monde « fini » où la rareté de la ressource impose naturellement la

¹³⁵⁰ FRIEDMAN David (2000), *Law's Order: What Economics Has to Do with Law and Why It Matters*, Princeton University Press, p.85. Traduction : « qui était une théorie mathématique décrivant les choix d'un joueur rationnel et les résultats obtenus, compte tenu des règles d'un jeu donné ».

¹³⁵¹ MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane (2008), *Analyse économique du droit*, Éditions DALLOZ THEMIS, Collection Méthodes du droit, 2^{ème} édition, p.41. Voir également sur la même page la bibliographie exhaustive relative à la théorie des jeux en analyse économique du droit, mais aussi la bibliographie indiquée dans COOTER Robert B. Jr., ULEN Thomas (2016), *Law and economics*, 6^{ème} édition, p.33.

¹³⁵² MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane (2008), *Analyse économique du droit*, Éditions DALLOZ THEMIS, Collection Méthodes du droit, 2^{ème} édition, p.40.

¹³⁵³ DEFFAINS Bruno et FERREY Samuel (2010), *Agir et juger – Comment les économistes pensent le droit*, Éditions Panthéon Assas, p.59.

¹³⁵⁴ MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane (2008), *Analyse économique du droit*, Éditions DALLOZ THEMIS, Collection Méthodes du droit, 2^{ème} édition, p.41.

recherche de l'efficacité. Analyser économiquement le droit de la médiation administrative doit ainsi avoir pour objectif d'améliorer les règles existantes, voire d'en suggérer de nouvelles, afin d'accroître l'efficacité de ce mode alternatif de règlement des différends (MARD).

La théorie des jeux, appliquée à l'analyse économique du droit, démontre que la norme n'est que la retranscription d'une pratique sociale, ce qui peut ainsi expliquer l'émergence progressive des principes généraux du droit (PGD) ou l'existence de prohibitions universelles comme l'inceste¹³⁵⁵. La théorie des jeux peut ainsi être utilisée pour justifier l'État ou accréditer la pertinence du contrat social de Rousseau. Dans cette théorie le jeu désigne une modélisation de la réalité autour de trois variables¹³⁵⁶. La première variable est la liste des joueurs rationnels (N joueurs) ayant pour but de maximiser leurs gains compte tenu de l'information (complète ou incomplète) dont ils disposent. La seconde variable est l'ensemble des stratégies possibles (une stratégie par joueur, ces dernières pouvant être coopératives ou pas). La dernière variable est théoriquement une fonction mathématique qui va combiner les stratégies de chacun des acteurs, mais plus concrètement les gains¹³⁵⁷ (« payoff » en anglais) de chacun des acteurs. L'objectif du mathématicien et/ou de l'économiste va ainsi être de déterminer le point d'équilibre de la fonction, c'est-à-dire le point où le gain de chaque joueur est maximum au regard des stratégies des autres joueurs¹³⁵⁸ : l'équilibre de Nash est ainsi l'équilibre d'une fonction dans un jeu non coopératif.

Il existe en effet deux types de jeux¹³⁵⁹. Le premier type regroupe les jeux de coordination (a) : simple coordination, coordination asymétrique, coordination par différenciation des rôles, etc. Ces jeux modélisent des situations où chacun des participants a intérêt à adopter un comportement compatible avec celui des autres. Le second type sont les jeux de coopération (b) : les règles de réciprocité (le contrat avec les exemples topiques du

¹³⁵⁵ LEVI-STRAUSS Claude (1948), *Les structures élémentaires de la parenté*.

¹³⁵⁶ GUERRIEN Bernard (2007), *L'illusion économique*, Éditions Omniscience.

¹³⁵⁷ COOTER Robert B. Jr., ULEN Thomas (2016), *Law and economics*, 6^{ème} édition, p.33.

¹³⁵⁸ L'équilibre de Nash est ainsi l'équilibre d'une fonction dans un jeu non coopératif, c'est-à-dire une situation où aucun joueur ne regrette son choix au vu du choix des autres, les choix étant simultanés. Cet équilibre a été rendu célèbre par la vie de John Forbes Nash, mathématicien à l'origine de la résolution d'un système complexe d'équations de prévision stratégique, dont la vie est retracée dans le célèbre film *Un homme d'exception*.

¹³⁵⁹ MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane (2008), *Analyse économique du droit*, Éditions DALLOZ THEMIS, Collection Méthodes du droit, 2^{ème} édition, p.42 et suivantes.

dilemme du prisonnier ou du jeu de longue haleine), l'action collective (avec la mise à jour de phénomènes tels que le passager clandestin et l'aléa moral) en sont des éléments topiques.

a. Les jeux de coordination expliquent ou mettent en relief l'utilité de la règle pour maximiser le gain social

Les jeux de coordination simulent des situations d'interaction dans lesquelles les participants ont en principe toute latitude dans le choix à opérer entre deux situations binaires, « mais où chacun a intérêt à ce que son comportement soit adapté à celui des autres »¹³⁶⁰, à la fois pour éviter le chaos mais aussi pour maximiser son bien-être. On distingue parmi ces jeux la simple coordination, la coordination asymétrique et la coordination par différenciation des rôles.

En premier lieu, la simple coordination désigne une situation où l'enjeu pour chaque joueur est faible, mais où la capacité à se coordonner va permettre un gain social. Elle est illustrée basiquement par le choix qu'un pays peut faire en matière de conduite à droite ou à gauche¹³⁶¹, mais explique aussi la formation de la monnaie, qui « constitue un autre système de coordination qui n'a été inventé par personne et s'est développé spontanément »¹³⁶².

En second lieu, la coordination asymétrique est une situation de « monopole bilatéral » (« bilateral monopoly ») où les enjeux entre les participants sont forts et différenciés. Ce jeu est riche d'enseignements pour l'étude de la médiation administrative, où les enjeux peuvent être forts pour l'une des deux parties, voire les deux. Elle peut être illustrée par une situation de marché où il n'existerait qu'un offreur A et qu'un demandeur B, illustrés respectivement dans cet exemple par deux personnages imaginaires, Mary et John : « Mary has the world's only apple, worth fifty cents to her. John is the world's only customer for the apple, worth a dollar to him. Mary has the monopoly on selling apples, John has a monopoly (...) on buying apples (...) Mary announces that her price is ninety cents, and if John will not pay it, she will eat the apple herself. If John believes her he pays. Ninety cents for an apple he values at a dollar is not much of a deal – but better than no apple. If, however, John announces

¹³⁶⁰ Ibid., p.42.

¹³⁶¹ Ibid., p.42.

¹³⁶² Ibid., p.44.

that his maximum price is sixty cents and Mary believes him, the same logic holds. Mary accepts his price, and he gets most of benefit from the trade. This is not a fixed-sum game (...) how successful each is depends in part on how convincingly he can commit himself, how well he can persuade the other that if he doesn't get his way the deal will fall through »¹³⁶³.

Dans ce type de situation en face à face simple les coûts et les gains de chacune des parties ne sont pas fixes, ils sont ainsi largement dépendants du pouvoir de conviction de A sur B et de B sur A, qui nous semblent eux-mêmes fonction du capital physique et « humain » de chacun d'eux¹³⁶⁴. Éviter une trop grande perte pour l'un ou pour l'autre des acteurs passe ainsi par l'édiction de règles : « chacun évitera les pertes en capital (...) Inversement, on doit toutefois éviter de fixer la norme trop tôt, car on risque alors de s'arrêter sur une option qui s'avère par la suite indésirable »¹³⁶⁵, chaque acteur pouvant développer des anticipations dites « rationnelles » pouvant générer des externalités, c'est-à-dire des effets non désirés. La coordination asymétrique permet ainsi d'analyser la formation de standards internationaux, de systèmes de mesure, etc. Elle pourrait également être une configuration qui pourrait tout à fait modéliser les interactions humaines dans une situation où une médiation administrative pourrait être pertinente : deux acteurs, l'agent A et l'administration B, ont dans ce cadre le choix d'acquiescer soit une médiation, « produit » de substitution à l'acquisition de quelque chose de potentiellement plus coûteux, c'est-à-dire le contentieux.

Notons enfin que la coordination par différenciation des rôles constitue un jeu permettant de mettre en relief l'importance des règles en matière de communication. Les

¹³⁶³ FRIEDMAN David (2000), *Law's Order: What Economics Has to Do with Law and Why It Matters*, Princeton University Press, p.87. Traduction : « Marie possède la seule pomme au monde, qui vaut cinquante cents pour elle. Jean est le seul client au monde pour la pomme, qui vaut un dollar pour lui. Marie a le monopole de la vente des pommes, Jean a le monopole (...) de l'achat des pommes (...) Marie annonce que son prix est de quatre-vingt-dix cents, et que si Jean ne le paie pas, elle mangera la pomme elle-même. Si Jean la croit, il paie. Quatre-vingt-dix cents pour une pomme qu'il estime à un dollar, ce n'est pas grand-chose, mais c'est mieux que pas de pomme. Toutefois, si Jean annonce que son prix maximum est de 60 cents et que Marie le croit, la même logique s'applique. Marie accepte son prix et il tire la majeure partie des bénéfices de l'échange. Il ne s'agit pas d'un jeu à somme fixe (...) la réussite de chacun dépend en partie de sa capacité à s'engager de manière convaincante, à persuader l'autre que s'il n'obtient pas ce qu'il veut, l'affaire sera vouée à l'échec ».

¹³⁶⁴ La notion de capital humain a été largement théorisée par Gary Becker, elle désigne l'ensemble des connaissances, aptitudes, expériences, talents, et qualités accumulées par une personne, une équipe, une organisation déterminant en partie leur capacité à travailler ou à produire pour eux-mêmes ou pour les autres : BECKER Gary (1964), *Human Capital, A Theoretical and Empirical Analysis*, Columbia University Press for the National Bureau of Economic Research, New York. Voir également les effets liés à la position sociale : BOURDIEU Pierre et PASSERONS Jean-Claude (1964), *Les héritiers – les étudiants et la culture*, Les éditions de Minuit.

¹³⁶⁵ MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane (2008), *Analyse économique du droit*, Éditions DALLOZ THEMIS, Collection Méthodes du droit, 2^{ème} édition, p.46.

professeurs Mackaay et Rousseau donnent ainsi l'exemple de la conversation coupée entre deux interlocuteurs A et B : « Par politesse, votre interlocuteur aussi bien que vous-même essayez de la rétablir tout de suite (...) La source du mal est évidente : vous devez vous rappeler, mais vous ne pouvez-vous rappeler tous les deux à la fois ; il faut une coordination qui différencie les rôles. Il suffit d'une simple pratique attribuant l'obligation de rappeler à celui qui avait placé l'appel »¹³⁶⁶ en premier.

L'amélioration des règles régissant la médiation administrative nécessite donc de considérer ces dernières comme un outil réducteur à la fois d'incertitude, d'inégalité sociale ou professionnelle, mais aussi d'incompréhension. Les règles sont ainsi la clé d'une amélioration de l'efficacité sociale de ce mode alternatif de règlement des différends (MARD), qui doit par sa structure et ses processus minimiser le coût social attaché au règlement d'un différend. Si les jeux de coordination permettent d'expliquer la formation quasi-spontanée de règles générales, les jeux de coopération à l'inverse mettent en relief les conséquences de la non-coordination.

b. Les jeux de coopération étudient les règles de réciprocité et l'action collective

La coopération diffère de la coordination en ce qu'elle présuppose que « si l'un des joueurs adopte une position de coopération, l'autre, sachant cela, a intérêt à tricher (ne pas coopérer), ce qui est alors encore plus payant que de coopérer »¹³⁶⁷. Les jeux de coopération analysent ainsi, au travers de la modélisation et de l'étude des comportements sociaux, les règles de réciprocité et l'action collective.

Les règles de réciprocité sont largement illustrées par trois jeux archétypiques, qui expliquent notamment en analyse économique du droit la formation des contrats. Ces jeux permettent en effet de mieux comprendre le concept de coopération, qui est à lire dans son sens étymologique c'est-à-dire comme *co-opération*. Nous présentons ainsi successivement

¹³⁶⁶ Ibid., p.47.

¹³⁶⁷ Ibid., p.49.

le jeu du faucon et de la colombe¹³⁶⁸ (1), le jeu du dilemme du prisonnier (2), le jeu de longue haleine (3).

1. Le jeu du faucon et de la colombe

Le jeu du faucon et de la colombe est un jeu à deux joueurs. Il est inspiré de la crise des missiles de Cuba et illustre la problématique de la « ruine collective » causée par une conduite rationnelle. Conçu par Herman Kahn, il s'intéresse à la perspective terrible de l'anéantissement nucléaire mutuel (« Doomsday » en anglais), particulièrement prégnante pendant la guerre froide. Le scénario du jeu s'articule autour de la robotisation du « bouton nucléaire » américain, qui serait relié à un compteur Geiger sophistiqué permettant de détecter les retombées radioactives d'une bombe atomique russe : « The idea was for the United States to bury lots of very dirty thermonuclear weapons under that Rocky Mountains, enough so that if they went off, their fall out will kill everyone on earth. The bombs would be attached to a fancy Geiger counter rigged to set them off if it sensed the fallout from a Russian nuclear attack. Once the Russians know we have a Doomsday machine we are safe from attack »¹³⁶⁹.

Comme l'explique le professeur David Friedman, Herman Kahn a conçu cette hypothèse en pensant que si de telles machines n'existaient pas en réalité, le processus très automatisé de la riposte, au cœur du processus de la dissuasion nucléaire, pouvait amener les deux pays à commettre l'irréparable. Or l'erreur est humaine et Stanley Kubrick se plaît à jouer sur ce paradoxe dans son célèbre film « Le docteur Folamour », où un officier américain décide sur sa propre initiative de lancer une attaque nucléaire alors que la Russie est officiellement équipée de cette « Doomsday machine ».

¹³⁶⁸ Également dénommé jeu du poulet ou jeu du bras de fer ou « Doomsday Machine game » (traduction : jeu du bouton atomique).

¹³⁶⁹ FRIEDMAN David (2000), *Law's Order: What Economics Has to Do with Law and Why It Matters*, Princeton University Press, p.88. Traduction : « L'idée est que les États-Unis enterrent un grand nombre d'armes thermonucléaires très sales sous les montagnes Rocheuses, suffisamment pour que, si elles explosent, leurs retombées tuent tous les habitants de la planète. Les bombes seraient reliées à un compteur Geiger sophistiqué, conçu pour les déclencher s'il détecte les retombées d'une attaque nucléaire russe. Une fois que les Russes sauront que nous disposons d'une machine du Jugement dernier, nous serons à l'abri de toute attaque ».

Ainsi, dans une telle configuration de jeu « la pire situation pour chaque joueur survient lorsque les deux joueurs adoptent le comportement agressif (...) Lorsque l'un des joueurs dans le jeu du faucon et de la colombe est fermement engagé à adopter une position agressive, le mieux pour l'autre est de se faire conciliant »¹³⁷⁰. Ce jeu permet ainsi d'alerter sur les risques d'une confrontation où les enjeux pour les deux joueurs sont forts, mais aussi sur la nécessité en pareille situation d'être conciliant. Il peut ainsi illustrer la préférence pour un mode alternatif de règlement des litiges, que ce soit la transaction ou la médiation administrative. En matière de contentieux fonction publique, il pourrait expliquer la nécessité de préférer la conciliation à la logique de l'honneur ou de l'enkystement du conflit. Si cet apport théorique est faible, le jeu du dilemme du prisonnier est quant à lui riche de plusieurs enseignements.

2. Le jeu du dilemme du prisonnier

Le jeu dit du « dilemme du prisonnier » analyse l'arrestation par la police de deux individus, soupçonnés sans preuve matérielle évidente d'avoir commis un délit. Ils sont incarcérés et interrogés séparément « et chacun se voit promettre clémence pour le cas où il décide d'avouer et de collaborer avec la police. S'il dénonce l'autre, il recouvrera lui-même sa liberté en récompense pour sa collaboration, alors que son témoignage accablant permet à la police d'obtenir une condamnation de son complice à trois ans de prison pour un délit sérieux. Si, toutefois, les deux individus, attirés par la promesse, s'accusent mutuellement, ils ne seront crus qu'à moitié devant le tribunal et tous les deux écoperont deux ans. Qu'arrive t'il si tous les deux décident de refuser l'offre de la police ? Étant donné que la police n'a, en dehors des éventuelles confessions, aucune preuve contre eux, seule une accusation mineure de vagabondage ne pourra être portée, ce qui résulterait en une peine d'un an de prison »¹³⁷¹.

Les professeurs Mackaay et Rousseau dressent alors une matrice des gains et des pertes, qui permet de visualiser toutes les options stratégiques possibles et leurs combinaisons, avec les effets escomptés.

¹³⁷⁰ MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane (2008), *Analyse économique du droit*, Éditions DALLOZ THEMIS, Collection Méthodes du droit, 2^{ème} édition, p.55.

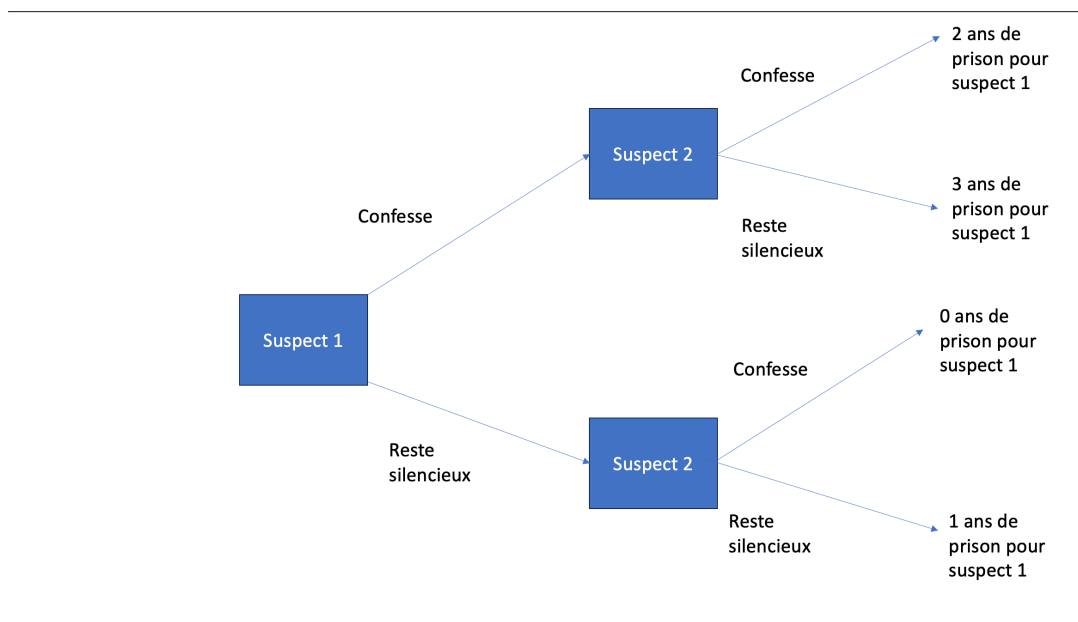
¹³⁷¹ Ibid., p.54.

		JOUEUR II	
		C	D
JOUEUR I	C (Silence)	-1 / -1	0 / -3
	D (Délation)	-3 / 0	-2 / -2

Diagramme I, 2.5 : Le dilemme du prisonnier

Matrice du dilemme du prisonnier¹³⁷²

La matrice démontre aisément que les deux joueurs doivent, pour arriver sur la case nord-ouest, collaborer afin de maximiser leur bien-être respectif. Cette matrice peut également être représentée sous la forme d'une matrice extensive, qui permet de mieux visualiser les stratégies comportementales de chacun et de mettre en relief le caractère symétrique du jeu du dilemme du prisonnier : chaque partie a intérêt à analyser la position de l'autre partie pour prendre la décision optimale.



Matrice extensive du jeu du dilemme du prisonnier

¹³⁷² Ibid., p.54.

La solution de ce jeu, qui est que chaque joueur, au regard des règles posées par la police, reste silencieux, est un équilibre : « there is no reason for either player to change his or her strategy »¹³⁷³. Cet équilibre est dit de Nash, il est alors complexe à appréhender en fonction de la règle du jeu et du nombre de joueurs :

« In such an equilibrium, no individual player can do any better by changing his or her behavior so long as the other players do not change theirs (...) The notion of Nash equilibrium is fundamental in game theory, but it has shortcomings. For instance, some games have no Nash equilibrium. Some games have several Nash equilibria. And finally, there is no necessarily a correspondence between the Nash equilibrium and Pareto efficiency, the criterion that economists use to evaluate many equilibria »¹³⁷⁴.

Il est en effet important de comprendre que l'équilibre de Nash, qui correspond ici à la solution optimale, ne correspond pas à l'équilibre de Pareto qu'un tel jeu permettrait de dégager. Rappelons ici que l'équilibre de Pareto se caractérise par le fait qu'un changement d'état dans une relation multi-acteurs ne produit que des gagnants : il n'y a donc pas de perdants. Or si le suspect 1 recouvre la liberté, le suspect 2 est condamné à 3 ans de prison, et inversement. De même, si le suspect 1 et le suspect 2 parlent ils sont tous les deux condamnés. Cet équilibre de Nash appliqué à la médiation administrative nous semble être une explication du nombre important de cas où l'invitation à une médiation administrative, souvent adressée par le président de la juridiction administrative compétente aux deux parties en litige (en ce qui concerne un contentieux de type fonction publique l'agent A et l'administration B), reste lettre morte.

L'intérêt de ce jeu de coopération est de démontrer la pertinence d'organiser une concertation entre les parties en litige : « Dans des jeux organisés en laboratoire, la communication entre joueurs semble effectivement augmenter l'incidence du comportement

¹³⁷³ COOTER Robert B. Jr., ULEN Thomas (2016), *Law and economics*, 6^{ème} édition, p.35. Traduction : « il n'y a aucune raison pour que l'un ou l'autre des joueurs modifie sa stratégie ».

¹³⁷⁴ Ibid., p.35-36. Traduction : « Dans un tel équilibre, aucun joueur individuel ne peut faire mieux en modifiant son comportement tant que les autres joueurs ne modifient pas le leur (...) La notion d'équilibre de Nash est fondamentale dans la théorie des jeux, mais elle présente des lacunes. Par exemple, certains jeux n'ont pas d'équilibre de Nash. Certains jeux ont plusieurs équilibres de Nash. Enfin, il n'y a pas nécessairement de correspondance entre l'équilibre de Nash et l'efficacité de Pareto, le critère que les économistes utilisent pour évaluer de nombreux équilibres ».

coopératif »¹³⁷⁵. Mais elle peut également être encouragée par la formation d'un contrat que les parties s'engageraient à respecter, notamment au regard de l'existence des dommages et intérêts¹³⁷⁶.

L'analyse économique du droit conclut également que « le comportement coopératif dans des situations de dilemme de prisonnier est donc possible si l'on peut sanctionner »¹³⁷⁷. Les professeurs Mackaay et Rousseau notent par ailleurs qu'il est même possible d'arriver à des comportements coopératifs, sous la menace d'une sanction, sans communication préalable entre les joueurs, si ces derniers « se font mutuellement confiance, qu'ils sont liés par un lien d'amitié ou de parenté ou encore qu'ils font preuve de solidarité l'un à l'égard de l'autre, qu'ils obéissent à un code de l'honneur commun »¹³⁷⁸. Cette hypothèse de sanction apparaît en inadéquation avec le principe maïeutique de la médiation administrative, il n'est donc pas retenu pour améliorer le droit qui encadre cette pratique.

Le dilemme du prisonnier n'est cependant qu'un jeu à un coup : il est utile pour étudier la possibilité d'une médiation dans un différend X donné, le choix étant binaire (accepter ou refuser la médiation). Améliorer le droit de la médiation administrative pourrait également passer par l'étude de la médiation en elle-même, dans de nombreux différends (une succession de choix binaires de partir ou pas en médiation). Ainsi, qu'en est-il si ce jeu est répété N fois et sans la présence d'un élément régulateur comme l'État ou un contrat ?

3. Le jeu de longue haleine

Le jeu de longue haleine mime ainsi une interaction structurée sur le modèle du jeu du dilemme du prisonnier, mais où les joueurs disposent de N coups pour maximiser leur bien-être. Il a été échafaudé par Robert Axelrod¹³⁷⁹, qui est parvenu à démontrer que les joueurs

¹³⁷⁵ MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane (2008), *Analyse économique du droit*, Éditions DALLOZ THEMIS, Collection Méthodes du droit, 2^{ème} édition, p.55.

¹³⁷⁶ Ibid., p.56.

¹³⁷⁷ Ibid., p.56.

¹³⁷⁸ Ibid., p.56.

¹³⁷⁹ AXELROD Robert (1984), *The evolution of cooperation*, Revisited edition, Basic books editions.

« peuvent aboutir à la solution coopérative, sans l'aide d'une autorité centrale, donc littéralement dans l'anarchie »¹³⁸⁰.

Il convient néanmoins de souligner que le nombre de répétitions constitue une variable d'importance dans le jeu :

« An important thing to know about a repeated game is whether the game will be repeated a fixed number of times or an indefinite number (...) Things may be different in the game to be repeated an indefinite number of times. In those circumstances there may be an inducement to cooperation. Robert Axelrod has shown that in a game like the prisoner's dilemma repeated an indefinite number of times, the optimal strategy is tit for tat – if the other player cooperated on the last play, you cooperate on this play, if she didn't cooperate on the last play, you don't on this play »¹³⁸¹.

Un nombre de répétitions infini ou important, en permettant à la stratégie du donnant/donnant (« tit for tat » en anglais, un prêté pour un rendu en français) de se déployer, amène ainsi les joueurs à être dans une approche coopérative, sans incitation. Le jeu de longue haleine permet également de simuler les processus longs, où l'évolution des stratégies des acteurs se fait grâce au retour d'expérience et à l'apprentissage selon le schéma bien connu « essai/erreur/essai/réussite » : « Cette expérience traduit l'apprentissage ou l'imitation des stratégies performantes dans la société humaine. On peut ainsi simuler des générations entières de populations et observer l'évolution des stratégies dans ce milieu. Les résultats de cette simulation démontrent, comme il fallait s'y attendre, une lutte où les meilleures stratégies déplacent les moins bonnes. Au bout d'un certain nombre de générations, on observe l'extinction des moins bonnes stratégies »¹³⁸².

¹³⁸⁰ MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane (2008), *Analyse économique du droit*, Éditions DALLOZ THEMIS, Collection Méthodes du droit, 2^{ème} édition, p.56.

¹³⁸¹ COOTER Robert B. Jr., ULEN Thomas (2016), *Law and economics*, 6^{ème} édition, p.36. Traduction : « Une chose importante à savoir à propos d'un jeu répété est si le jeu sera répété un nombre fixe de fois ou un nombre indéfini (...) Les choses peuvent être différentes dans le jeu qui sera répété un nombre indéfini de fois. Dans ces circonstances, il peut y avoir une incitation à la coopération. Robert Axelrod a montré que dans un jeu comme le dilemme du prisonnier répété un nombre indéfini de fois, la stratégie optimale est celle du « tit for tat » - si l'autre joueur a coopéré lors du dernier jeu, vous coopérez lors de ce jeu, s'il n'a pas coopéré lors du dernier jeu, vous ne coopérez pas lors de ce jeu ».

¹³⁸² MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane (2008), *Analyse économique du droit*, Éditions DALLOZ THEMIS, Collection Méthodes du droit, 2^{ème} édition, p.56.

Dans un jeu de longue haleine mimant une médiation administrative répétée N fois par le même médiateur il serait ainsi probablement possible de mettre en relief l'amélioration continue des stratégies du médiateur, ce qui milite pour la professionnalisation de ce métier : la qualité d'une médiation vient aussi, en complément des qualités humaines du médiateur, du nombre de répétitions, c'est-à-dire du nombre de médiations réalisées par les médiateurs.

Ces jeux permettent également, au-delà du fond des différends qui peuvent opposer les individus, d'identifier les facteurs qui vont peser sur la négociation : le temps, les frais de justice (dont les frais d'avocat), les enjeux financiers, le risque de lassitude et d'interruption de la transaction : « Individuals spend real resources on bargaining : time, lawyers' fees, costs of commitment, and risk of bargaining breakdown. The amount they will be willing to spend should depend on the amount at stake (...) So legal rules that lead to bilateral monopoly games with high stakes should be avoided where possible »¹³⁸³.

Ainsi, ces jeux concluent à la nécessité d'éviter, autant que possible, les situations où les enjeux pour les parties sont forts, ce qui en matière de médiation administrative nous semble conforter la nécessité de privilégier ce mode alternatif de règlement des différends (MARD) dès les prémises d'un conflit à venir entre un agent et son administration.

Les jeux que nous venons d'étudier ne mettent en présence que deux joueurs. Si ces configurations simplistes ne se retrouvent que rarement dans la vie courante, elles sont réelles en situation de médiation ou de transaction où l'incertitude est permanente, ne serait que par l'existence d'une asymétrie d'information¹³⁸⁴ entre les acteurs. L'analyse économique du droit

¹³⁸³ Ibid., p.93. Traduction : « Les individus consacrent des ressources réelles à la négociation : temps, honoraires d'avocats, coûts d'engagement et risque d'échec de la négociation. Le montant qu'ils sont prêts à dépenser devrait dépendre du montant en jeu (...) Les règles juridiques qui conduisent à des jeux de monopole bilatéraux avec des enjeux élevés devraient donc être évitées dans la mesure du possible ».

¹³⁸⁴ L'asymétrie d'information survient lorsqu'un agent économique (acheteur ou vendeur, employeur ou employé, etc.) sait quelque chose que l'autre ignore au moment de la transaction. Il existe deux grands types d'asymétrie d'information. La sélection adverse désigne la situation, avant la transaction, où l'un des agents cache ou détient une information importante qui influence la décision de l'autre (comme par exemple une mauvaise santé dans le cadre d'une assurance). L'aléa moral est, après la conclusion de la transaction, la modification du comportement attendu des agents, qui savent que le cocontractant ne peut pas parfaitement l'observer ou le contrôler. Voir AUBY Jean-Bernard, KIRAT Thierry, MARTY Frédéric, VIDAL Laurent (2003), « Le contenu et la portée économique des règles de droit : application à la répartition des risques dans les contrats administratifs », Rapport de recherche IDHE-ENS Cachan, CNRS, CREDECO, Université Paris I et Paris II Panthéon Sorbonne ; BERKOVICZ Grégory, DEGORNE Arnaud, BARADUC Cyril, LANG Armand (2016), *L'économie des risques dans les projets publics*, Éditions L'Harmattan, p.22 et suivantes.

a ainsi largement étudié le principe assurantiel dans un monde de contingences et d'incertitudes.

II. Le principe assurantiel et la théorie de l'agence : le transfert du risque inacceptable

Dans un monde caractérisé en micro-économie par la rareté des ressources, l'efficacité commande de transférer le risque inacceptable grâce à l'assurance, dont la mise en œuvre relève de l'engagement de la responsabilité de l'employeur au sein de la fonction publique. Étudier les fondamentaux de l'assurance au point de l'analyse économique du droit est ainsi capital pour améliorer le recours à la médiation administrative dans la résolution des différends en matière de gestion des ressources humaines : un grand nombre de litiges relève en effet de la volonté des agents d'engager la responsabilité de leur administration d'emploi. Or la mécanique assurantielle, qui consiste à mutualiser les risques, génère un certain nombre de vices, particulièrement utiles à connaître pour analyser les stratégies contentieuses intégrant la médiation administrative dans leur cheminement (a). L'efficacité commande également d'assurer un contrôle fin de la délégation et de la subordination, qui mettent en relief la notion de coûts de transaction. Si la médiation administrative ne relève ni de l'une ni de l'autre, elle est néanmoins un processus alternatif de règlement d'un litige, tâche initialement confiée au juge administratif : parce que régler un différend est en lui-même un acte de transaction, la théorie de l'agence, qui introduit ces derniers, permet aussi d'initier une comparaison entre les coûts de transaction du contentieux d'un côté et ceux de la médiation d'un autre (b).

a. *Le principe assurantiel : l'incertitude en économie va amener en droit les acteurs à vouloir transférer le risque inacceptable*

Parce que comme Blaise Pascal « nous souhaitons la vérité et ne trouvons en nous qu'incertitude »¹³⁸⁵, cette dernière est un des aspects inéluctables de la condition humaine. Il

¹³⁸⁵ PASCAL Blaise (1670), *Les pensées*, Fragment n° 19 / 35 – Papier original : RO 487-1.

amène ainsi les acteurs économiques à s'associer pour affronter un niveau de risque plus important que celui qu'ils auraient affronté seuls, mais aussi à transférer le risque en présence d'institutions juridiques comme les contrats d'assurance où « l'allocation des risques » est une « dimension importante »¹³⁸⁶.

Il est ainsi nécessaire à ce stade d'établir un distinguo entre risque et incertitude : « Franck Knight proposa d'utiliser le terme risque pour les phénomènes dont on a au moins une connaissance statistique et le terme incertitude pour les aléas où cette connaissance n'est pas disponible et où nous devons estimer les chances de réussite au pifomètre »¹³⁸⁷. Or comme « dans la plupart des questions touchant notre vie, le risque et l'incertitude nous apparaissent comme des coûts »¹³⁸⁸.

Ainsi, parce que chacun réagit de manière différente face à ces contingences, deux postures éventuellement complémentaires se dégagent. Il s'agit en effet soit de prévenir l'accident via un calcul de prévention ou des recherches adéquates sur la probabilité précise d'occurrence du risque, soit d'assumer le coût de l'accident en le supportant soi-même, ou en le faisant dévier sur un tiers, ou enfin en s'assurant. Ce calcul est ainsi régulièrement fait au sein de l'administration, qui peut soit recourir à l'assurance si le risque a une probabilité forte, ou à l'auto-assurance si le risque a un taux d'occurrence faible et difficilement prévisible (1). L'assurance pâtit néanmoins de comportements humains préjudiciables à son bon fonctionnement, qu'elle s'est efforcée de limiter au mieux (2). La connaissance de ces vices est particulièrement utile pour analyser la position des acteurs (l'agent et l'administration elle-même) dans un différend relatif à l'engagement de la responsabilité de l'administration et, par là même, pour envisager la pertinence d'une médiation administrative dans ce type de cas.

1. L'aversion aux risques et la prévention des risques par l'assurance

La responsabilité de l'administration pouvant être engagée dès lors qu'un risque se réalise et génère un préjudice dans le chef des agents, « l'aversion au risque » est un concept

¹³⁸⁶ MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane (2008), *Analyse économique du droit*, Éditions DALLOZ THEMIS, Collection Méthodes du droit, 2^{ème} édition, p.37.

¹³⁸⁷ Ibid., p.118-119.

¹³⁸⁸ Ibid., p.119.

fondamental de l'analyse économique du droit qui permet d'expliciter les choix de cette dernière en matière d'assurance.

Si pour les professeurs Mackaay et Rousseau le risque et l'incertitude sont deux concepts à distinguer¹³⁸⁹, nous ne retenons que la notion de risque, la différence entre ces deux concepts étant plus sémantique que mathématique : le risque est incertain par nature, il est d'ailleurs avant tout caractérisé par une probabilité d'occurrence. Nous partageons néanmoins avec eux l'idée qu'il a un coût¹³⁹⁰. Chaque risque nécessite alors de la part de l'acteur économique qui souhaite prévenir sa réalisation et les coûts qu'il va induire un calcul. En matière de droit de la fonction publique l'agent public et l'administration doivent en effet effectuer un choix entre plusieurs options, dans l'hypothèse d'accidents ou d'autres événements avec un élément de risque : soit prévenir l'accident, soit assumer les conséquences financières de l'accident, soit enfin faire les deux, ce qui est le cas le plus archétypique au sein de l'administration.

En ce qui concerne la prévention de l'accident, deux postures sont envisageables :

Prévenir l'accident	Si la solution est connue :	Faire le calcul de la prévention, c'est-à-dire estimer le niveau souhaitable de la prévention
	Si la solution n'est pas connue :	Faire des recherches pour trouver le meilleur moyen de prévenir l'accident

En ce qui concerne la prise en charge des conséquences financières d'un accident, trois positions sont envisageables :

Assumer le coût de l'accident	Absorber soi-même (c'est-à-dire s'auto-assurer)
	Faire dévier sur un tiers
	Assurer

Si des moyens de prévention du risque sont connus, il faut déterminer s'il convient de les adopter et si oui, à quel niveau : c'est le calcul de la prévention, qui permet de retenir « tous les moyens de prévention dont le coût est inférieur à la réduction du coût du risque

¹³⁸⁹ MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane (2008) Analyse économique du droit, Éditions DALLOZ THEMIS, Collection Méthodes du droit, 2^{ème} édition, p.119.

¹³⁹⁰ Ibid.

qu'ils permettent de réaliser. Il s'agit là du calcul préventif à la base de la responsabilité pour faute »¹³⁹¹, ce calcul la prévention faisant l'objet d'une littérature abondante. Ainsi, « notre société connaît différents schémas qui font dévier un risque »¹³⁹² comme des allocations gouvernementales, qui sont un régime comportant une forme de redistribution dont l'origine peut être explorée par l'école du Public Choice. Il est enfin possible de recourir à l'assurance, qui va substituer à un coût important mais incertain un coût réduit mais certain »¹³⁹³.

Si l'intérêt des assurances et des mutuelles est de permettre la mise en commun ou la socialisation des risques (risk pooling), le coût est néanmoins au point de vue économique un problème complexe. Il dépend en effet de plusieurs facteurs comme le degré d'exposition au risque, qui devrait être différencié mais qui ne l'est souvent pas au regard des coûts d'information que cela générerait, mais aussi du degré d'aversion au risque, concept qui représente l'idée selon laquelle le niveau de couverture de l'assurance peut représenter une perte ou un poids, mais aussi une espérance de gain en cas d'occurrence du risque.

Le partage des coûts est ainsi une préoccupation majeure des agents dès lors qu'ils estiment la responsabilité de l'administration engagée, que cela soit vrai ou que cela soit le fruit de vices liés à l'existence même du système assurantiel.

2. Les vices de l'assurance et les réponses apportées par les acteurs : la sélection adverse, le risque moral, la dilution du risque

La première perversité du système assurantiel est la sélection adverse (ou antisélection). Elle « se produit lorsqu'un assureur, en raison d'un manque d'information ou pour d'autres raisons, demande sans distinction la même prime à des groupes qui posent des risques différents. Cela encourage les personnes qui se savent parmi les pires risques à adhérer »¹³⁹⁴. Elle a néanmoins pour effet de dissuader les adhérents dont le taux de risque est le plus faible. Lutter contre la sélection adverse passe dès lors par deux outils : exiger

¹³⁹¹ Ibid., p.119.

¹³⁹² Ibid., p.120.

¹³⁹³ Ibid., p.120.

¹³⁹⁴ Ibid., p.125.

juridiquement de la part de l'assuré une bonne foi à toute épreuve ou mettre en place un système de franchise permettant de moduler le coût du risque.

Le second vice est le risque moral. Il est « présent chaque fois que, en raison d'une surveillance imparfaite parce que coûteuse par l'assureur, l'assuré s'écarte du comportement convenu, éventuellement implicitement, avec l'assureur, de manière à se procurer un avantage pour lui-même, tout en augmentant la probabilité ou l'étendue du risque assumé par l'assureur. Le risque moral (...) est un exemple d'un comportement opportuniste »¹³⁹⁵. Ce problème de « free-rider » (traduit en français par la notion de « passager clandestin ») peut être résolu par trois réponses : le système de la franchise, la coassurance et le partage des risques, qui engage l'assureur et l'assuré à payer une proportion déterminée des pertes assurées, fixée par un plafond.

Le troisième et dernier vice est celui de la dilution du risque, qui est un effet pervers. La possibilité de s'assurer pour la responsabilité civile pourrait provoquer en effet une baisse de prudence exposant les tiers à des risques plus importants. Ces externalités négatives, consubstantielles au système de l'assurance, sont subies par les tiers (à contrario de l'aléa moral, qui va impacter directement l'assurance et les co-assurés) et sont contrées par des systèmes de lutte équivalents à ceux employés pour l'aléa moral : la surveillance, l'« experience rating »¹³⁹⁶, la franchise et la co-assurance.

L'économie du risque et de l'assurance permet ainsi d'expliquer plusieurs institutions juridiques de droit privé (au premier chef le contrat d'assurance, mais aussi les indemnités d'expropriation par exemple...), dont le « paradoxe de l'indemnisation »¹³⁹⁷ mis en relief en 2004 par Cooter et Ulen¹³⁹⁸. Ces derniers démontrent que l'externalité négative de l'assurance est l'incitation à moins de prudence. En effet « dans le domaine des accidents, pour encourager l'auteur de dommages éventuels à prendre les mesures de précaution justifiées,

¹³⁹⁵ Ibid., p.126.

¹³⁹⁶ Dans le secteur de l'assurance aux États-Unis, un modificateur d'expérience ou une modification d'expérience est un ajustement de la prime d'un employeur pour la couverture d'indemnisation des accidents du travail en fonction des pertes subies par l'assureur de cet employeur. Cette notion est développée en France par les analyses actuarielles, auxquelles les collectivités locales sont confrontées généralement dans le cadre de l'analyse des marchés publics pour l'acquisition des assurances sociales autres que celles couvertes par le régime général (qui couvre l'ensemble des agents pour le risque maladie).

¹³⁹⁷ MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane (2008), *Analyse économique du droit*, Éditions DALLOZ THEMIS, Collection Méthodes du droit, 2^{ème} édition, p.133.

¹³⁹⁸ COOTER Robert B. Jr., ULEN Thomas (2016), *Law and economics*, 6^{ème} édition, p.261-267.

il faut lui faire payer le dédommagement intégral de préjudice pour la victime (...) mais le fait de recevoir cette indemnité a précisément pour effet d'enlever à la victime l'intérêt qu'elle aurait autrement à prendre de son côté les mesures préventives justifiées (...) il n'y a en apparence, aucune façon de créer les incitations appropriées pour toutes les parties à cette interaction »¹³⁹⁹.

L'aléa moral et le paradoxe de l'indemnisation nous apparaissent comme deux vices de l'assurance riches d'enseignement pour la médiation administrative, notamment dans deux cas. Le premier est celui de la gratuité de la médiation administrative pour l'une des parties, qui est parfois décidée de manière institutionnelle ou ponctuelle¹⁴⁰⁰ : la partie qui en bénéficie n'est-elle pas de facto encouragée à dévoyer le processus ? Le second cas est celui des médiations qui seraient organisées pour régler un différend lié à une recherche en responsabilité de l'administration en matière de droit de la fonction publique. L'aversion au risque, partagée à la fois par l'agent et par l'administration, peuvent en effet amener les potentiels médiés à transférer le risque sur la partie adverse, plutôt que de le partager : cela pourrait ainsi expliquer le refus des parties aux propositions de médiation formulées en pareille circonstance, la stratégie consistant à faire reposer toute la responsabilité sur les épaules de son adversaire. La relation de subordination de l'agent vis-à-vis de l'administration va alors nécessiter de rechercher des preuves pour déterminer la part de responsabilité de l'un et de l'autre, ce qui présuppose l'existence de coûts cachés : les coûts de transaction. Ces derniers sont mis en relief par la théorie de l'agence, qui éclaire sous un jour nouveau les comportements humains et les conséquences des actions permettant de prévenir des conséquences indésirables.

b. La théorie de l'agence et le problème de l'agency en droit administratif

Nous avons vu qu'un grand nombre de dérives propres à l'action collective se résout grâce à l'institution d'un dirigeant et/ou d'un système assurantiel. L'une et l'autre de ces

¹³⁹⁹ MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane (2008), *Analyse économique du droit*, Éditions DALLOZ THEMIS, Collection Méthodes du droit, 2^{ème} édition, p.132.

¹⁴⁰⁰ Certaines médiations administratives amènent parfois l'administration à assumer intégralement le coût de la médiation.

solutions génèrent également à leur tour des conséquences négatives, qui nuisent à l'efficacité globale des échanges. Il se forme ainsi une difficulté en apparence indépassable, une espèce de quadrature du cercle insoluble dont il est difficile de sortir. Cette situation correspond pour les économistes à une situation d'*agency* : « Le dirigeant doit réaliser ses objectifs en se fiant à d'autres personnes (agents), qui ont des objectifs pour partie différents des siens et dont il ne peut complètement surveiller l'action. Le problème se pose dans tout un éventail de situations : actionnaires et dirigeants d'une entreprise, employeurs et employés dans l'entreprise, l'université, la coopérative, la fonction publique »¹⁴⁰¹.

Le problème de l'*agency* est au cœur de l'étude des situations de subordination et de transaction. Comme les professeurs Mercuro et Medema le rappellent, il existe ainsi un coût de "monitoring"¹⁴⁰², que nous traduirons comme un coût de surveillance, pour le principal. Ce coût regroupe le coût (indirect) de l'ensemble des actions de contrôle du ou des agents, mais aussi le coût (direct) des comportements opportunistes de chaque agent par rapport au contrat passé avec le principal¹⁴⁰³ : le cout total d'une situation d'*agency* (C-agcy) est égal au coût de la conduite opportuniste, qui est un préjudice direct (C-direct), ajouté au coût de la surveillance (C-indirect), qui est un coût indirect : $C-agcy = C-direct + C-indirect$.

Ceci explique pourquoi C-indirect doit augmenter tant que C-direct ne diminue pas¹⁴⁰⁴, ce qui peut s'apparenter à un calcul du coût de la prévention¹⁴⁰⁵. Réduire le coût d'une situation d'*agency* peut également passer par le développement d'une situation où l'information du principal va pouvoir se faire à bas coût. Ce type de situation étant rare ou difficile à aménager, il convient donc de développer des incitations qui vont permettre au principal d'orienter le comportement des agents : « Given (...) the costliness of monitoring, the issue becomes one of establishing and institutionalizing an incentive system whereby shirking is discouraged »¹⁴⁰⁶.

¹⁴⁰¹ Ibid., p.68-69.

¹⁴⁰² MERCURO Nicholas, MEDEMA Steven G. (2006), *Economics and the law: From Posner to post-modernism and beyond*, Second edition, Princeton University Press, p.264.

¹⁴⁰³ Ibid., p.264.

¹⁴⁰⁴ Ibid., p.264.

¹⁴⁰⁵ Cf. infra, Le coût de la prévention correspond à l'argent investi pour éviter qu'un problème n'arrive ou qu'un risque se réalise.

¹⁴⁰⁶ Ibid., p.265. Traduction : « Étant donné (...) le coût du contrôle, il s'agit de mettre en place et d'institutionnaliser un système d'incitation qui décourage l'esquive ».

De multiples arrangements contractuels ont ainsi été produits pour développer des incitations, comme le fait de faire dépendre la rémunération d'objectifs quantitatifs ou qualitatifs à atteindre. Cependant « la diversité des formules connues montre bien qu'il n'y en a pas une qui s'avère uniformément la meilleure »¹⁴⁰⁷. En effet, résoudre un problème d'agency nécessite ainsi d'identifier les variables qui vont constituer la relation principal-agent, identifiées grâce aux délégations de droits que le principal a accordé à l'agent. Elle impose également de s'interroger sur les indicateurs permettant de surveiller l'évolution de ces dernières, afin notamment d'identifier de la part des agents le développement de conduites opportunistes.

La situation d'agency génère ainsi des problèmes pouvant amener à l'échec de la délégation. Ces derniers sont de deux types. Le premier est décrit supra, il consiste en un dévoiement de la délégation pour que l'agent maximise son profit. Le second est celui de l'asymétrie d'information « qui implique que certaines informations soient cachées au principal, (...) si le principal ignore les préférences de ses agents ou certaines exigences de leur fonction, il est susceptible de pratiquer une sélection contre-productive en choisissant des agents hostiles ou infidèles, assimilables à de véritables adversaires, et qui n'ont ni les préférences ni les compétences requises pour accomplir les objectifs du principal »¹⁴⁰⁸.

Le schéma principal-agent s'applique également à l'analyse économique du droit administratif et du contentieux administratif. Il s'agit en effet d'étudier sous un autre angle la délicate question du jugement de l'administration par le juge constitutionnel ou le juge administratif, c'est-à-dire de manière plus globale du jugement de l'État :

« How to judge the state ? In this respect, the principal-agent problem proves insightful. The principal would delegate the right to judge the state. The agent would be induced to take best actions, in order to fulfil his/her commitment. We shall first focus on two basic questions: who is the principal and who is the agent? We shall then consider the nature of the incentive mechanism »¹⁴⁰⁹.

¹⁴⁰⁷ MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane (2008), *Analyse économique du droit*, Éditions DALLOZ THEMIS, Collection Méthodes du droit, 2^{ème} édition, p.69.

¹⁴⁰⁸ BROUARD Sylvain (2014), « Principal/agent », dans Dictionnaire des politiques publiques, sous la direction de BOUSSAGUET Laurie, 4^e édition précédée d'un nouvel avant-propos, Presses de Sciences Po, pp. 523-530.

¹⁴⁰⁹ JOSSELIN Jean-Michel et MARCIANO Alain (2005), "Administrative law and economics", in *The Elgar Companion to Law and Economics*, Edited by Jürgen G. Backhaus, Second edition, p.239.

La théorie de l'agence en analyse économique du droit administratif nécessite donc de poser plus particulièrement dans l'analyse des situations deux questions : qui est le principal et qui est l'agent ? Quelle est la nature du mécanisme incitatif permettant au principal qui délègue un droit à l'agent de voir l'objectif atteint ? Ces questions nous apparaissent fondamentales en matière de médiation administrative d'un différend de type fonction publique, se précisant en l'occurrence : quel est ou quels sont le(s) mécanismes incitatifs dans le droit de la médiation administrative ? Qui est l'agent et qui est le principal ? Deux hypothèses pourraient se dégager : la première consiste à considérer l'agent public comme un agent et l'administration comme le principal. La seconde hypothèse consiste à considérer le médiateur comme l'agent et la juridiction administrative comme le principal. Il convient par ailleurs de noter que les deux hypothèses peuvent se cumuler. Si la possibilité de se perdre dans les enseignements de la théorie de l'agence appliquée au droit de la médiation administrative est réelle, nous retenons à nouveau l'importance de l'incitation : ainsi, quelle(s) incitation(s) le droit de la médiation administrative aménage-t-il pour favoriser ce mode alternatif de règlement des différends (MARD) ? Au regard de l'étude menée jusqu'ici dans le cadre de ce travail de recherche nous n'en distinguons pas, le droit de la médiation administrative en lui-même n'incitant en rien : si le référent médiation peut inviter les parties à lancer une médiation administrative, cette dernière ne relève que de la volonté des parties. Si cette dernière peut être motivée par des incitations économiques, elles ne sont pas à proprement parler juridiques. Améliorer le droit de la médiation administrative en s'appuyant sur la théorie de l'agence pourrait ainsi passer par la mise en place d'une mesure incitative de nature juridique dans l'ensemble normatif qui régule ce mode alternatif de règlement des différends (MARD).

Cette théorie en analyse économique du droit amène également dans certaines situations d'agency à coupler l'approche principal/agent « de manière explicite ou non, à une analyse en termes de coût de transaction »¹⁴¹⁰. Ces derniers ont été mis en relief dès les années 1930 par Ronald Coase et fondent une nouvelle approche de l'analyse économique du droit.

¹⁴¹⁰ BROUARD Sylvain (2014), « Principal/agent », dans Dictionnaire des politiques publiques, sous la direction de BOUSSAGUET Laurie, 4e édition précédée d'un nouvel avant-propos, Presses de Sciences Po, pp. 523-530.

§2. Les coûts de transaction, une autre approche du Law & Economics

La nécessité d'étudier le problème de l'efficacité des coopérations humaines constitue dès le début du vingtième siècle en microéconomie un sujet de préoccupation majeure. C'est ainsi que se développe en son sein l'économie du bien-être, étudiant comment les politiques économiques peuvent améliorer le bien-être général de la société. Arthur Pigou est en 1920 le premier à mettre en relief le concept d'externalités positives et négatives, ces dernières pouvant être limitées par l'imposition de taxes dites « pigouviennes »¹⁴¹¹. L'approche est cependant profondément renouvelée quelques années plus tard par Ronald Coase, qui fonde le concept de coût de transaction, au cœur de la modélisation des relations humaines dans une société libérale. L'économiste britannique lauréat du prix de la Banque de Suède démontre en effet que tout échange économique doit avoir pour objectif de minimiser les coûts de transaction s'il veut être efficace (A). Cette approche novatrice, qui dépasse le concept d'externalité, est complétée à partir de 1980 par Richard Posner. Juge fédéral américain et professeur de droit à l'université de Chicago, il applique au droit le théorème de Coase. Il postule ainsi qu'une décision judiciaire est efficace si elle minimise les coûts de transaction (B).

A. Le théorème de Coase, l'efficacité sociale maximisée

L'analyse économique du droit envisagée comme système théorique a pour fondement les articles du professeur Ronald Coase sur « La nature de la firme »¹⁴¹² écrit en 1937 et « Le problème du coût social »¹⁴¹³ écrit en 1960, qui mettent tous deux en relief l'existence de coût transaction au travers du « théorème de Coase »¹⁴¹⁴.

¹⁴¹¹ PIGOU Arthur Cecil (1920), *The economics of welfare*, Routledge edition, 2018

¹⁴¹² COASE Ronald (1937), « La nature de la firme », dans *L'entreprise, le marché et le droit*, traduit et présenté par Boualem Aliouat, Éditions d'Organisation, 2005, p.51 et suivantes.

¹⁴¹³ COASE Ronald (1937), « Le problème du coût social », dans *L'entreprise, le marché et le droit*, traduit et présenté par Boualem Aliouat, Éditions d'Organisation, 2005, p.117 et suivantes.

¹⁴¹⁴ Sur la genèse de ce théorème, sorti d'une discussion lors d'un dîner entre Aron Director, Joseph Stigler, Milton Friedman et Ronald Coase voir FEREY Samuel (2008), *Une histoire de l'analyse économique du droit – Calcul rationnel et interprétation du droit*, Éditions Bruylant, p.31.

Ce théorème, au très faible degré de formalisation mathématique, « articule de manière implicite théorie du droit (voire même de la justice) et efficacité »¹⁴¹⁵, mais avec une approche parfois déroutante : « Une partie de l'énigme du théorème réside (...) dans sa faculté à être discuté à front renversé. Il se trouve défendu et utilisé par des auteurs libéraux, alors qu'il n'est en rien spécifiquement libéral – au sens de philosophie politique du terme –, et critiqué par des économistes hétérodoxes qui pourraient au contraire y trouver un puissant argument contre l'arbitrage traditionnel justice/efficacité »¹⁴¹⁶. Il faut avouer que la posture idéologique du professeur Coase est déroutante, puisque dans son raisonnement le droit occupe une place à la fois majeure et marginale. Il démontre en effet que si les échanges humains sur les marchés partent de droits de propriété, ces droits n'ont aucune conséquence sur l'efficacité économique des échanges.

Si « ordre juridique et ordre économique obéissent à des rationalités indépendantes »¹⁴¹⁷ mais potentiellement liées comme nous l'avons soutenu¹⁴¹⁸, il convient de s'interroger en analyse économique du droit aux liens entre l'efficacité sociale et les coûts de transaction, notamment dans la perspective d'analyser et d'améliorer le droit de la médiation administrative. En effet, ce mode alternatif de règlement des différends (MARD) est régulièrement promu comme un réducteur d'incertitude et un moyen de parvenir à trouver une solution acceptable à moindre coût. S'il s'agit ici de ne pas confondre le coût pour chacune des parties (que l'on pourrait ramener au concept économique d'utilité) avec les coûts de transaction propres à la résolution d'un différend, il pourrait être pertinent d'établir quelle est leur relation de dépendance, les seconds étant partiellement compris et partagés dans le premier. En effet, parce que les coûts de transaction renouvellent le concept d'externalité fondé par le professeur Arthur Pigou (I), leur nature milite dans le même temps pour leur réduction, dans la perspective d'une minimisation du coût social (II).

I. Le concept d'externalité « pigouvienne » est renouvelé par l'approche de Coase

¹⁴¹⁵ Ibid., p.33.

¹⁴¹⁶ Ibid., p.33.

¹⁴¹⁷ Ibid., p: 33.

¹⁴¹⁸ Notamment par la notion de programme dégagées par le professeur Niklas Luhmann, cf. supra.

Dans son traité sur l'économie du bien-être¹⁴¹⁹, le professeur Arthur Pigou contestait les conclusions d'Adam Smith sur le meilleur arrangement trouvé par les marchés en mettant à jour le phénomène des externalités, phénomène qui se produit quand « une personne, dans le cours de rendre à une autre un service avec contrepartie, rend également service ou engendre des coûts pour des tiers d'une manière qui empêche de faire payer les bénéficiaires ou de faire verser une indemnité au profit des victimes (...) Le coût privé auquel fait face celui qui engendre l'externalité négative est inférieur au coût social, qui est la somme de ce coût privé et des coûts occasionnés aux tiers »¹⁴²⁰.

L'externalité négative¹⁴²¹, c'est-à-dire préjudiciable, est souvent illustrée par l'exemple de la pollution que génère l'activité d'une entreprise au détriment des voisins. Le coût de la pollution ne fait pas partie des coûts qui entrent dans le calcul de l'entreprise, mais elle est un coût social qui biaise à terme le mécanisme des prix. Pour intégrer ces coûts pesant sur la société toute entière (ou plus prosaïquement sur le voisinage...) le professeur Pigou préconise soit des règles de responsabilité comme par exemple le principe pollueur payeur, constitutionnalisé en France grâce à l'intégration de la Charte de l'environnement dans le bloc de constitutionnalité en 2004, soit des taxes dites « pigouviennes » destinées à internaliser le coût social comme par exemple l'écotaxe en France, soit enfin des réglementations imposées à ceux qui engendrent les externalités négatives, comme par exemple la police administrative spéciale des installations classées pour les industries chimiques.

Le professeur Coase a eu néanmoins l'intuition que ces mécanismes de régulation n'étaient pas aussi efficaces qu'il y paraît. En réfléchissant sur la question, il lui est apparu que les externalités constituent au fond des différends relatifs à des usages concurrents et incompatibles d'une ressource devenue rare. Plus spectaculairement, il conclut que « la solution à laquelle les parties arriveront pour résoudre ces différends ne dépend pas de la façon dont les droits sont attribués (...) c'est toujours l'utilisation la plus valorisée qui

¹⁴¹⁹ PIGOU Arthur Cecil (1920), *The economics of welfare*, Routledge edition, 2018.

¹⁴²⁰ MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane (2008), *Analyse économique du droit*, Éditions DALLOZ THEMIS, Collection Méthodes du droit, 2^{ème} édition, p.183.

¹⁴²¹ Il existe également des externalités positives, caractérisant des agissements apportant une utilité aux tiers. L'exemple le plus cité est celui des externalités positives réciproques que s'apportent les arboriculteurs et les apiculteurs.

prévaudra »¹⁴²². L'importance de ce renversement de paradigme nécessite que nous nous appesantissions dessus, afin de comprendre la nature et la formation des couts de transaction, qui sont à l'économie ce que le frottement est à la mécanique classique.

Le théorème de Coase élargit en effet l'analyse de l'échange aux droits réciproques des parties à l'échange. La démonstration du professeur Coase est ainsi déroutante à plus d'un titre pour le juriste. Alors qu'en cas de pollution le dommage est, en termes juridiques, causé par le pollueur¹⁴²³, « Coase laisse entendre que le problème est symétrique : le pollueur interfère avec l'activité de la victime, mais la présence de cette dernière interfère avec l'exploitation normale envisagée par le premier. Le problème doit être analysé comme un conflit d'usages qui ne peuvent être poursuivis simultanément »¹⁴²⁴. Le célèbre professeur d'économie de l'école de Chicago explique alors que le mécanisme des prix dans le marché est à l'œuvre pour faire primer « l'usage le plus valorisé, quelle que soit la configuration des droits »¹⁴²⁵.

Le théorème peut s'expliquer sur la base d'un exemple topique repris dans de nombreux ouvrages américains : une scierie de bois jouxtant un cabinet de médecine. Pendant des années la cohabitation est paisible, mais une hausse continue de la demande nécessite au sein de l'usine d'installer de nouvelles machines qui vont doper la production. Ces infrastructures puissantes génèrent du bruit et le cabinet voit sa clientèle décroître, ce qui occasionne à ce dernier une perte de revenu. Les professeurs Mackay et Rousseau expliquent que « pour résoudre le problème, deux options sont spécialement envisagées comme étant les moins chères. La première, sous le contrôle de la scierie, consiste à installer un plancher isolant et à isoler les murs, et la seconde, sous le contrôle du médecin, à construire un cabinet de pratique dans un coin reculé de sa propriété. Les frais de l'une et l'autre solution sont considérables, mais inférieurs au dommage résultant, pour le médecin, de la perte durable de clientèle et aussi inférieurs aux pertes occasionnées »¹⁴²⁶ à l'entreprise si elle réduit son activité. D'un point de vue juridique, deux hypothèses se dégagent alors. La première

¹⁴²² MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane (2008), *Analyse économique du droit*, Éditions DALLOZ THEMIS, Collection Méthodes du droit, 2^{ème} édition, p.183. A titre d'exemple, selon cette assertion, l'activité d'une usine agroalimentaire pourrait naturellement prévaloir sur celle d'un apiculteur, car elle est plus valorisable.

¹⁴²³ Selon le principe pollueur-payeur, voir Code Env., Art. L.160-1 et suivants.

¹⁴²⁴ MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane (2008), *Analyse économique du droit*, Éditions DALLOZ THEMIS, Collection Méthodes du droit, 2^{ème} édition, p.184.

¹⁴²⁵ Ibid., p.184.

¹⁴²⁶ Ibid., p.185

hypothèse est celle où l'entreprise est responsable des pertes occasionnées pour le médecin, la seconde celle où elle ne le serait pas.

L'application du théorème de Coase établit alors que la solution à laquelle les parties arrivent dépend du coût des différentes solutions envisageables et non de la règle juridique applicable, en l'espèce une règle de responsabilité. Ainsi « le médecin a (...) intérêt à demander à son voisin de procéder à l'isolation de son usine, en offrant d'en assumer le coût. L'accord est avantageux pour les deux parties : le médecin évite la perte de clientèle ou même le coût de déplacement de son cabinet, moyennant le moindre coût de l'isolation de l'usine (...) les deux parties trouvent compte dans leur accord, par comparaison à la situation qu'elles auraient eue sans l'accord »¹⁴²⁷. On retrouve ici la notion de « coût d'opportunité, qui se dégage néanmoins dans des conditions idéales où les parties peuvent arriver sans frais à s'entendre, ce qui veut dire que les coûts de transaction sont nuls »¹⁴²⁸.

Or ces frais sont généralement conséquents et il convient donc d'examiner ce qu'il advient dans ce cas, c'est-à-dire dans la situation classique où les coûts de transaction sont significatifs parce que les parties ont par exemple du mal à se trouver ou à s'entendre avant leur interaction, que les accords sont trop difficiles à négocier...ou que des règles de responsabilité s'appliquent. Ceci nous semble également valable en matière de médiation administrative en matière de droit de la fonction publique, où l'agent et l'administration interagissent dans l'emploi d'une ressource qui est simplement la ressource humaine, notamment dans des configurations où la responsabilité de l'administration et/ou la responsabilité personnelle peuvent être recherchées.

Dans le cas où « la solution préventive à la disposition d'un auteur de dommage est moins onéreuse que les pertes occasionnées en l'absence de cette prévention, l'auteur pourrait alors être considéré, en termes juridiques, comme fautif de ne pas prévenir et sera alors condamné à payer les dommages. Cela lui donne, ainsi que d'autres dans sa situation, une incitation à prévenir. Dans le cas contraire (...) ces accidents sont mieux assumés sous forme d'assurance par la victime, tout comme, dans la démonstration du théorème, le médecin est alors tenu d'assumer ses pertes »¹⁴²⁹. Tout comme la scierie doit payer l'isolation

¹⁴²⁷ Ibid., p.186

¹⁴²⁸ Ibid.

¹⁴²⁹ Ibid., p.190.

de son infrastructure, l'administration est ainsi tenue de réparer les préjudices qu'elle peut causer à un agent, dont elle doit néanmoins investiguer les comportements de manière précise afin de réduire au maximum l'aléa moral.

Si de nombreuses objections aux théorèmes vont être développées¹⁴³⁰, le théorème de Coase, « objet théorique complexe »¹⁴³¹, continue néanmoins d'être interprété et largement commenté dans la sphère économique, notamment parce que la plupart du temps chaque individu va être contraint de « transiger » en acceptant des coûts de transaction non nuls.

II. La nature des coûts de transaction et leur minimisation

Pour séduisante qu'est la notion de transaction, leur nature réelle, dont il est question dans le théorème, reste néanmoins à déterminer (a), avant d'expliquer pourquoi la recherche de l'efficacité sociale présuppose de trouver les voies minimisant ces coûts de transaction (b).

a. La nature des coûts de transaction

Pour « Coase, les coûts de transaction sont ce qui empêche deux personnes d'arriver à une entente en apparence profitable pour elles. En l'absence de coût de transaction, aucune externalité ne pourrait survenir »¹⁴³². Il s'agit cependant d'un monde idéal, sans friction, alors que les coûts de transaction sont dans la réalité variables d'un arrangement à un autre. Le professeur Coase n'a jamais été sans ignorer cela, notamment dans son article connu de 1937 sur les productions complexes et la manière de les réaliser, soit avec des entreprises privées en concurrence sur des marchés, soit avec des organisations hiérarchiques de type

¹⁴³⁰ Ibid., p.192.

¹⁴³¹ FEREY Samuel (2008), *Une histoire de l'analyse économique du droit – Calcul rationnel et interprétation du droit*, Éditions Bruylant, p.57.

¹⁴³² MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane (2008), *Analyse économique du droit*, Éditions DALLOZ THEMIS, Collection Méthodes du droit, 2^{ème} édition, p.197.

monopolistique¹⁴³³. Il y démontre que la solution la plus intuitive (la concurrence) ne l'est peut-être pas finalement, le marché pouvant comporter des coûts de transaction supérieurs aux coûts de transaction internes (ou coûts des institutions selon Cheung¹⁴³⁴) de la firme monopolistique.

Les coûts de transactions peuvent être de différentes natures et éventuellement se cumuler. Ils peuvent en effet soit avoir un caractère technique, comparable au coût de transport ou aux coûts des stocks, soit résulter de l'incertitude générale dans les marchés qui va dès lors jouer sur les risques (et donc sur le canal des prix via notamment les taux d'intérêt), soit enfin tenir aux comportements stratégiques ou opportunistes des acteurs les uns envers les autres. Ainsi chaque institution, comme le contrat ou l'entreprise par exemple, a une structure de coûts de transaction particulière.

Les coûts d'information et de communication d'une part, les surcoûts liés aux conduites stratégiques et opportunistes d'autre part, vont ainsi réduire l'efficacité des accords entre les acteurs d'un échange. Comme nous l'avons en effet étudié auparavant l'opportunisme se rencontre en effet sous plusieurs formes : le resquillage, le bastion (hold out), le risque moral, l'anti sélection, les problèmes d'agency...L'analyse des mécanismes de la décision individuelle, que nous avons présentée précédemment, est ainsi majeure pour l'analyse économique du droit, qui postule alors que seule la rationalité permet de maximiser l'utilité individuelle sur les marchés, cette rationalité fût-elle limitée comme Simon a pu largement le démontrer.

Or le marché n'est pas la seule institution à même d'améliorer l'utilité de chacune des parties à un échange. Le système juridique peut en effet permettre lui aussi, en fonction des contentieux qui lui sont soumis, une réallocation des ressources entre les parties. Ainsi, « en 1960 Coase démontre que les institutions juridiques peuvent constituer des modes alternatifs d'allocation des ressources en présence de coût de transaction. Or une partie de la signification du concept de coût de transaction repose sur les coûts d'information »¹⁴³⁵. Ces coûts d'information sont liés à la quantité et à la qualité des informations à disposition des

¹⁴³³ COASE Ronald (1937), « La nature de la firme », dans *L'entreprise, le marché et le droit*, traduit et présenté par Boualem Aliouat, Éditions d'Organisation, 2005, p.51 et suivantes.

¹⁴³⁴ CHEUNG Steven (1998), "The transaction cost paradigm", *Economic Inquiry*, p.514-521.

¹⁴³⁵ DEFFAINS Bruno et FEREY Samuel (2010), *Agir et juger – Comment les économistes pensent le droit*, Éditions Panthéon Assas, p.31.

parties à un échange, mais aussi à la mauvaise distribution de ces dernières. Ce problème est ainsi particulièrement étudié en analyse économique du droit dans le cadre des contrats, institution juridique permettant de cadrer idéalement un échange économique, mais souffrant en réalité des asymétries d'information et de l'opportunisme des acteurs¹⁴³⁶. Il nous semble également nécessaire de l'étudier pour la médiation administrative qui, si elle est un mode extrajudiciaire de résolution des différends, n'en demeure pas moins un mode juridique qui, dans un cadre contractuel, peut réagencer les droits de l'agent et de l'administration.

Les problèmes d'asymétrie d'information ont ainsi été largement étudiés en économie dans l'analyse des régulations, ainsi qu'en droit public économique. Si la mise en place d'un régulateur¹⁴³⁷ constitue un élément favorable au rétablissement de la symétrie de l'information – le parallélisme au point de vue fonctionnel entre le régulateur et le médiateur semblant évident ici, il est également nécessaire d'étudier le traitement de cette information, qui constitue en lui-même un coût.

Le traitement de l'information a été largement étudié par Herbert Simon qui, « tentant une synthèse entre la théorie des systèmes, la théorie de l'action rationnelle et la psychologie cognitive (...) commence à réfléchir aux imperfections non plus de l'information mais des capacités de traitement de l'information par des individus et des organisations. Dans ce cadre, il développe notamment un modèle de théorie de l'action, alternatif à la théorie de l'action rationnelle standard, qui considère que les acteurs ne cherchent pas nécessairement à maximiser leur utilité mais à obtenir un niveau satisfaisant d'utilité »¹⁴³⁸.

Simon démontre que les parties à un échange ne maximisent pas leur utilité respective, du fait de la limitation naturelle d'absorption et d'analyse de la donnée qui caractérise l'esprit humain : « l'individu construit un modèle simplifié de la réalité, une définition de la situation à son échelle et avec ses moyens. Celle-ci est d'abord essentiellement fondée sur son expérience passée. La plupart de ses choix sont de routine ; il se replie sur des solutions déjà utilisées dans des circonstances qui lui apparaissent grossièrement similaires et qui s'étaient

¹⁴³⁶ MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane (2008), *Analyse économique du droit*, Éditions DALLOZ THEMIS, Collection Méthodes du droit, 2^{ème} édition, p.418.

¹⁴³⁷ FRISON-ROCHE Marie-Anne (2011), *Les 100 mots de la régulation*, Presses Universitaires de France, p. 5-126.

¹⁴³⁸ DEFFAINS Bruno et FERREY Samuel (2010), *Agir et juger – Comment les économistes pensent le droit*, Éditions Panthéon Assas, p.32.

révélées satisfaisantes »¹⁴³⁹. Néanmoins, « l'individu reste rationnel, mais sa rationalité est limitée. Cet homme administratif s'oppose donc ainsi à l'homme économique de la rationalité absolue »¹⁴⁴⁰, mais il n'invalide ni le postulat de l'homo economicus, ni le concept de coût de transaction.

b. La minimisation des coûts de transaction pour accroître l'utilité de chacune des parties

Comme nous l'avons déjà vu le professeur Coase illustre son théorème à l'aide de plusieurs cas topiques. Parmi ceux-ci, l'exemple des dommages que des éleveurs de bovins peuvent infliger aux cultures des fermiers permet d'approcher au mieux la notion de coût de transaction. Néanmoins il « suppose que le dommage peut être évité (par la construction d'une barrière entre les deux propriétés par exemple) mais que le coût de cette solution est prohibitif. Il se place donc dans la région des dommages où il est inefficace de chercher à l'éviter (et) ne traite pas du cas des éleveurs et des fermiers mais d'un cas isolé mettant aux prises un éleveur et un fermier »¹⁴⁴¹. Le prix du produit des cultures, fixé sur un marché, n'est donc pas modifié par le comportement des deux agents économiques en cause.

Fort de ses hypothèses de départ et en reprenant la définition pigouvienne du coût privé et du coût social du dommage (ndlr : la somme des coûts privés), il questionne l'intuition naturelle qui consisterait à rendre l'éleveur coupable d'avoir piétiné indirectement les champs du cultivateur. Selon lui, « l'effet dommageable n'est pas dû à un agent en particulier mais à la rencontre de deux activités contradictoires (ici l'élevage et la culture) »¹⁴⁴² sur une même matière première (la terre). Considérons que le fermier est A et le cultivateur est B, usant différemment de la même ressource Z dans un usage dit « concurrent ». Le professeur Coase ne cherche pas à départager en responsabilité A et B, mais à réduire le coût social de leur

¹⁴³⁹ CHANUT Véronique (2011), « Les limites de la rationalité limitée ? Un essai de réflexion en sciences de gestion », *Management & Avenir*, vol. 48, no. 8, p. 97-117.

¹⁴⁴⁰ Ibid.

¹⁴⁴¹ FERREY Samuel (2008), *Une histoire de l'analyse économique du droit – Calcul rationnel et interprétation du droit*, Éditions Bruylant, p.38-39.

¹⁴⁴² Ibid., p.39-40.

rencontre afin de maximiser la valeur de leur production. En effet, il considère que le mécanisme des prix est coûteux dès lors qu'il est utilisé :

« The price mechanism is costly to use. Coase provided examples of the implicit costs, such as the difficulty of determining the relevant values of joint inputs and outputs, and the preferability of long-term contracts over spot-market prices for risk-averse individuals »¹⁴⁴³.

En effet, il est difficile pour A et B de connaître les sommes exactes qui pourraient être en jeu dans le cadre du préjudice, tant la loi de l'offre et de la demande peut être variable en fonction de l'évolution des cours, du niveau des taxes sur les quantités produites, les anticipations des acteurs dont l'aversion au risque est forte, etc. Le théorème de Coase arrive donc à la double conclusion que « le fermier a en réalité tout intérêt à acheter à l'éleveur le droit de diminuer sa production »¹⁴⁴⁴ dans une certaine mesure, afin de limiter la perte subie et de minimiser le coût social. Largement discuté depuis, il pourrait s'énoncer ainsi : « le résultat final (qui maximise la valeur de la production) est indépendant de la situation légale si l'on admet que le système des prix fonctionne sans coût »¹⁴⁴⁵. Le système des prix qui fonctionne sans coût signifie que les coûts de transaction sont nuls. Le théorème comporte ainsi deux thèses, largement commentées et utilisées de manière hétérogène, voire contradictoire, tant ce théorème a une valeur quasi prophétique¹⁴⁴⁶ :

« La première, dite thèse d'invariance, énonce que l'affectation des ressources sera identique quelle que soit la répartition des droits de propriété – que ce soit l'éleveur qui possède le droit de nuire ou le fermier celui de ne pas subir le dommage. La seconde, dite thèse d'efficacité, énonce que le résultat sera efficace puisque la valeur de la production est maximisée »¹⁴⁴⁷.

¹⁴⁴³ PARISI Francesco (2005), « Coase theorem and transaction cost economics in the law », in *The Elgar Companion to law and economics*, edited by BACKHAUS Jürgen G., 2nd edition, Edward Elgar Publishing, p.8. Traduction : « Le mécanisme des prix est coûteux à utiliser. Coase a donné des exemples de coûts implicites, tels que la difficulté de déterminer les valeurs pertinentes des intrants et des extrants communs, et la préférence des contrats à long terme par rapport aux prix du marché au comptant pour les individus qui ont une aversion pour le risque ».

¹⁴⁴⁴ FEREY Samuel (2008), *Une histoire de l'analyse économique du droit – Calcul rationnel et interprétation du droit*, Éditions Bruylant, p.41.

¹⁴⁴⁵ Ibid., p.42.

¹⁴⁴⁶ Une valeur prophétique certes, mais une utilité certaine, puisque le théorème de Coase a servi de base fondamentale à la mise en place de marchés carbone et l'émission de « droits à polluer »

¹⁴⁴⁷ FEREY Samuel (2008), *Une histoire de l'analyse économique du droit – Calcul rationnel et interprétation du droit*, Éditions Bruylant, p.42

La notion de coût de transaction nul est également fondamentale, car ce postulat est équivalent à celui du monde sans friction dans la mécanique newtonienne : parce que ce monde n'existe pas la mécanique classique construit une théorie sur les effets que les frottements peuvent avoir sur le mouvement des corps. Elle a donné lieu à de multiples conjectures et débats, mais il est possible d'affirmer que « les coûts de transaction correspondent simplement à un ensemble de ressources qu'il faut engager pour réaliser une activité particulière, l'échange. Ce ne sont certes pas des coûts de production mais ils sont plutôt analogues à des coûts de transport... »¹⁴⁴⁸. Les coûts de transaction peuvent ainsi avoir plusieurs dimensions, en plus de celle relative au coût d'information. La première a trait à l'état d'avancée des sciences et des techniques et peut amener, en fonction des découvertes, à une baisse des coûts de transaction. La seconde est liée au niveau d'incertitude « générale dans les marchés : les acteurs hésitent à s'engager s'ils prévoient que l'évolution de la conjoncture déjouera leur plan »¹⁴⁴⁹. Abaisser les coûts de transaction peut ainsi passer par une réduction de l'incertitude ou par un transfert des risques. La troisième et dernière dimension tient « aux comportements stratégiques et opportunistes des acteurs les uns envers les autres »¹⁴⁵⁰, elle est ainsi empreinte d'un pessimisme largement décrit dans l'œuvre de Hobbes et concrétisé par des phénomènes déjà étudiés auparavant : resquillage, risque moral, antisélection, bastion, situation d'agency. Elle peut donc être réduite par diverses solutions techniques, comme le bonus-malus dans le contrat d'assurance. Par un parallélisme des formes qui touche à l'évidence, ces constats rappellent également les nombreux facteurs qui limitent le recours à la médiation administrative : l'incertitude vis-à-vis de l'issue, le manque ou l'asymétrie d'information (sur le fond de l'affaire ou le processus même de la médiation), les problématiques d'aléa moral, etc. Si le professeur Coase fonde avec sa notion de coût de transaction une nouvelle approche dans l'analyse des échanges et des stratégies, Richard Posner, juge en cour fédérale d'appel aux Etats-Unis (USA), formalise grâce à eux

¹⁴⁴⁸ Ibid., p.87-88. La minimisation des coûts de transaction fonde ainsi selon Coase, dans son célèbre article sur la firme, le concept d'entreprise. Cette forme de coopération humaine internalise en effet un grand nombre de coûts de transaction

¹⁴⁴⁹ MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane (2008), *Analyse économique du droit*, Éditions DALLOZ THEMIS, Collection Méthodes du droit, 2^{ème} édition, p.200

¹⁴⁵⁰ Ibid., p : 200

« une synthèse apparemment stable entre une théorie du droit et une analyse économique des institutions juridiques »¹⁴⁵¹.

B. La synthèse de Posner, l'efficacité des décisions judiciaires

Le juge de la cour fédérale d'appel des États-Unis (7^{ème} circuit) Richard Posner¹⁴⁵² est un des fondateurs de l'analyse économique du droit, à côté des professeurs Coase, Calabresi et Manne¹⁴⁵³. Ses travaux, qui épousent à la fois les contours du droit privé et du droit public, supposent « que les agents sont parfaitement informés des décisions futures des juges »¹⁴⁵⁴. Il considère ainsi que l'interprétation des règles par les acteurs est un acte de volonté pure, « à savoir que l'interprétation juridique est une décision »¹⁴⁵⁵, en postulant que le modèle de l'anticipation rationnelle permet de relier le système économique au système juridique par une boucle itérative. Selon lui, le sujet de droit connaît les règles : s'il les enfreint c'est pour maximiser son bien-être, l'ampleur de l'infraction étant proportionnée à un calcul rationnel (ou à rationalité limitée) qui va l'amener à anticiper la décision du juge. En retour, le juge va chercher à interpréter les motifs de l'agent pour, par exemple, aménager des circonstances atténuantes ou aggraver la sanction.

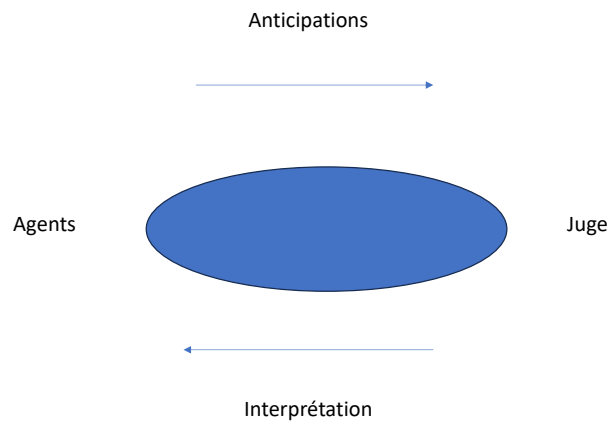
¹⁴⁵¹ FEREY Samuel (2008), *Une histoire de l'analyse économique du droit – Calcul rationnel et interprétation du droit*, Éditions Bruylant, p.118.

¹⁴⁵² Richard Posner est né en 1939, il a été juge à la Cour d'appel des États-Unis pour le septième circuit de 1981 à 2017, mais aussi professeur à la faculté de droit de l'université de Chicago.

¹⁴⁵³ HARNAY Sophie, MARCIANO Alain (2003), *L'analyse économique du droit*, Collection Bien Commun, Edition Michalon, p.8 et suivantes.

¹⁴⁵⁴ DEFFAINS Bruno et FEREY Samuel (2010), *Agir et juger – Comment les économistes pensent le droit*, Éditions Panthéon Assas, p.65.

¹⁴⁵⁵ Ibid., p.67.



Bouclage théorique « anticipation/interprétation »¹⁴⁵⁶

Les fondements philosophiques et épistémologiques du juge Posner ont été largement discutés par la doctrine¹⁴⁵⁷, car il postule sur une base matérialiste que la vérité n'existe pas, que « le droit imite le marché »¹⁴⁵⁸, que les règles sont relatives et que ces dernières sont respectées uniquement si elles servent les intérêts des agents :

« Adopter une perspective réaliste permet à Posner de fonder l'économie du droit comme une authentique théorie de l'interprétation juridique (car) l'activité de jugement des juridictions n'est pas nécessairement décrite de manière pertinente par ceux qui prétendent y trouver le fruit de méthodes claires, déterminées et non ambiguës. Au contraire, cette activité sociale peut être décrite et expliquée de manière plus féconde si l'on y voit le fruit de décisions. Ceci laisse alors une place de choix à l'économie comme méthode explicative du droit dans la mesure où l'économie est précisément la théorie de la décision par excellence »¹⁴⁵⁹.

¹⁴⁵⁶ Ibid., p.57

¹⁴⁵⁷ HARNAY Sophie, MARCIANO Alain (2003), *L'analyse économique du droit*, Collection Bien Commun, Edition Michalon, p.11 et suivantes.

¹⁴⁵⁸ FEREY Samuel (2008), *Une histoire de l'analyse économique du droit – Calcul rationnel et interprétation du droit*, Éditions Bruylant, p.118.

¹⁴⁵⁹ DEFFAINS Bruno et FEREY Samuel (2010), *Agir et juger – Comment les économistes pensent le droit*, Éditions Panthéon Assas, p.69.

Ainsi la boucle de rétroaction fonde la théorie posnérienne pour plusieurs raisons : « d'abord elle assure, comme on l'a montré, la cohérence entre théorie du droit et théorie économique ; ensuite, elle fonde la possibilité pour le droit d'être efficace (...) enfin, elle assure un fondement analytique à la célèbre thèse de Posner de l'efficacité de la common law »¹⁴⁶⁰. En effet selon Posner « le système anglo-saxon de common law est le seul susceptible de promouvoir une allocation optimale des ressources au sens du critère de Kaldor-Hicks »¹⁴⁶¹, en ce sens qu'il permet un dédommagement des perdants à un échange.

Ce postulat nous semble cependant très ethno centré, car l'émergence et le développement du droit européen a démontré qu'il est possible « la plupart du temps d'intégrer les différences entre les deux systèmes »¹⁴⁶². S'il est par conséquent largement discutable, nous partons du principe que le système de droit civil est aussi efficace que celui de la common law, en grande partie grâce à la mécanique contentieuse et aux mécanismes de la responsabilité et de la réparation. Par extension nous considérons que le droit administratif est en lui-même efficace, parce que la « mécanique » de la responsabilité administrative ressemble à celle de la responsabilité civile extracontractuelle, mais aussi parce que « le droit public des contrats est en général loué par les praticiens pour son efficacité et son équilibre, d'autant plus que le mécanisme du recours administratif est peu onéreux et constitue un réel instrument de protection du justiciable »¹⁴⁶³.

Cependant la notion d'efficacité du droit, qu'il soit de common law, civil ou administratif, n'est pas aisée à saisir pour un juriste. Elle est en effet largement étudiée par des économistes comme les professeurs Bruno Deffains et Samuel Ferey, qui précisent ainsi que « dire qu'il faut analyser la common law comme si elle était efficace, c'est dire dans une certaine mesure qu'il faut analyser le droit comme s'il était toujours à l'équilibre (...) on pourrait dire que le droit est à l'équilibre quand il engendre des messages qui n'amènent pas les agents à changer les théories qui sont les leurs, ni les politiques qu'ils poursuivent »¹⁴⁶⁴. Si

¹⁴⁶⁰ Ibid., p.79.

¹⁴⁶¹ HARNAY Sophie, MARCIANO Alain (2003), *L'analyse économique du droit*, Collection Bien Commun, Edition Michalon, p.93-112.

¹⁴⁶² GALLAGHER Paul (2013), *Injonction – Pratique dans les juridictions de common law et de droit civil*, Edition spéciale du journal officiel de l'Office européen des brevets, 2013, p.102 et suivantes.

¹⁴⁶³ MALLET-BRICOUT (2004), « Libres propos sur l'efficacité des systèmes de droit civil », in *Revue internationale de droit comparé*, 2004, 56-4, p.865-888.

¹⁴⁶⁴ DEFFAINS Bruno et FERREY Samuel (2010), *Agir et juger – Comment les économistes pensent le droit*, Éditions Panthéon Assas, p.79.

la référence à la boucle posnérienne de l'anticipation/interprétation nous semble ici évidente, elle n'éclaire pas plus la lanterne du praticien du droit. Ainsi « évoquer l'efficacité ou l'efficience d'un système juridique présuppose de préciser quels sont les critères retenus pour mesurer cette efficacité. Bien souvent, l'analyse de l'efficacité d'un système juridique renvoie à une analyse économique du droit. C'est du moins l'analyse privilégiée en common law depuis quelques décennies. Cette analyse a pour objet l'observation de la règle de droit à travers le prisme de l'économie. La norme juridique est donc envisagée de manière instrumentale, comme un outil qui doit être mobilisé au service d'objectifs définis en termes économiques. Elle perd son autonomie et acquiert une dimension utilitariste : la finalité de ce type d'analyse est en effet d'orienter l'élaboration et l'interprétation de la règle de droit vers une efficacité optimale, mesurée à l'aune de ses performances économiques »¹⁴⁶⁵. Si la notion de performance nous apparaît trop polysémique, nous retenons qu'analyser le droit de la médiation administrative, c'est aussi évaluer l'efficacité économique de ce dispositif, c'est-à-dire mesurer sa capacité à limiter le coût social attaché au règlement des différends.

Cette vision de l'efficacité amène à envisager la règle de droit sous un jour différent. La théorie de la règle de droit selon Posner est ainsi travaillée en profondeur par le paradoxe de Wittgenstein¹⁴⁶⁶ et la philosophie « wittgensteinienne », qui interrogent tous les deux le fondement de la règle et ce qu'elle peut avoir d'impératif pour l'humain. Elle repose ainsi sur deux concepts majeurs ancrés dans le monde des anticipations rationnelles. Le premier est que les normes de droit sont des règles du jeu relativement illusoires. Le second est que « la règle n'existe pas avant qu'une juridiction ne lui ait donné une signification »¹⁴⁶⁷.

Le juge Posner remet en question, dans son ouvrage majeur *Economic analysis of law*¹⁴⁶⁸, deux théories majeures du droit, celle de Hayek et celle de l'école du « public choice »¹⁴⁶⁹. Il reproche en effet à ces deux théories de reposer sur une illusion : « celle de

¹⁴⁶⁵ MALLET-BRICOUT (2004), *Libres propos sur l'efficacité des systèmes de droit civil*, in *Revue internationale de droit comparé*, 56-4, p.872.

¹⁴⁶⁶ Voir LANNEAU Régis (2009), *Les fondements épistémologiques du mouvement Law and economics*, Thèse de droit public ; BOUVERESSE Jacques (2022), *Les vagues du langage – Le paradoxe de Wittgenstein ou comment peut-on suivre une règle ?*, Éditions du Seuil.

¹⁴⁶⁷ FEREY Samuel (2008), *Une histoire de l'analyse économique du droit – Calcul rationnel et interprétation du droit*, Éditions Bruylant, p.121.

¹⁴⁶⁸ POSNER Richard (1973), *Economic analysis of law*, Aspen Publishers, 7th edition, 2007.

¹⁴⁶⁹ FEREY Samuel (2008), *Une histoire de l'analyse économique du droit – Calcul rationnel et interprétation du droit*, Éditions Bruylant, p.124 et suivantes.

construire leur analyse économique du droit sur le seul concept de règles sans prendre acte du fait qu'une règle ne peut exister que si elle est interprétée par une autorité habilitée »¹⁴⁷⁰. La manière qu'ont les acteurs du droit de construire le sens de la règle est selon lui fondamentale, puisque « l'énergie dépensée à étudier les règles du jeu social l'est en pure perte puisqu'il s'avère impossible de préciser comment les règles de droit sont ou devraient être interprétées et appliquées »¹⁴⁷¹. Ainsi le juge Posner postule que « sans théorie de l'interprétation, les règles sont essentiellement aveugles, voire indéterminées »¹⁴⁷². Cependant se pose alors la délicate question de savoir comment fonder une théorie de l'interprétation. Partant du principe que l'économie est la science de la décision, il postule que la théorie économique doit servir « de modèle pour expliquer le comportement des agents soumis à des règles »¹⁴⁷³.

Sur la base de cette problématique et de son propre office de juge en cour fédérale d'appel il étudie par conséquent de quelle manière le juge, en tant que figure institutionnelle, interprète et applique la règle de droit : « Il est possible, selon lui, de mettre au jour une logique du droit qui n'est pas celle des raisonnements traditionnels des juristes mais celle de l'efficacité économique. C'est autour de cette hypothèse fondamentale – à savoir que les décisions cherchent souvent les solutions les plus efficaces – que se constitue, au cours des années 1970, le programme de recherche de l'école de Chicago en économie du droit »¹⁴⁷⁴. Le juge Posner va ainsi étudier comment chaque individu cherche à maximiser son efficacité, mais aussi comment un ensemble d'agents peuvent maximiser, sur la base de ce comportement individuel, l'efficacité sociale et donc l'efficacité d'un système juridique, c'est-à-dire d'un système de droits. Selon lui les individus ont pour cela des préférences, à acheter ou à vendre. Monétiser l'ensemble des décisions et des préférences de l'individu étant complexe, il fait également reposer le critère de maximisation de la richesse « sur l'idée de consentement des individus comme indication de la valeur des biens. La disposition à payer d'un individu, représentée par un prix d'offre, et sa capacité à payer, représenté par un prix de demande, indiquent ainsi respectivement les prix que les individus sont prêts à payer pour obtenir un bien et le prix qu'ils demandent pour céder ce qu'ils possèdent. Dit autrement, ce

¹⁴⁷⁰ Ibid., p.124.

¹⁴⁷¹ Ibid., p.124.

¹⁴⁷² Ibid., p.165.

¹⁴⁷³ Ibid., p.165.

¹⁴⁷⁴ Ibid., p.168.

n'est pas simplement le prix de marché d'un bien qui indique sa valeur pour un individu mais la somme qu'il est disposé à payer pour l'obtenir »¹⁴⁷⁵, notamment « en raison de la distinction affirmée entre richesse et utilité »¹⁴⁷⁶.

Le critère de maximisation de la richesse peut ainsi éclairer au point de vue économique des mécanismes comme celui de la déception ou de la frustration. Il assure en effet un lien entre la dimension économique et la dimension psychologique de l'échange, car selon Richard Posner la distinction entre richesse et bien-être n'est pas simple à saisir. Il l'explicité grâce au concept de « capacité de payer », traduction imparfaite du concept américain de « willingness to pay » (WTP)¹⁴⁷⁷, qui a donné lieu à de nombreuses interprétations doctrinales et analyses divergentes. Il nous apparaît cependant intéressant, en ce sens qu'il relie une dimension économique à une dimension psychologique, tout en posant les bases d'une loi à étudier plus en profondeur : la richesse de la personne et la WTP ont une relation forte. Nous y reviendrons ultérieurement dans l'analyse du droit de la médiation administrative, car il permet de mieux approcher les questions d'analyse croisée des stratégies des médiés et du médiateur.

Posner a néanmoins dépassé ces critiques en envisageant un point de vue plus global. Selon lui, le droit doit être un mécanisme de coordination limitant les coûts de transaction (I). Ces derniers sont mis à jour par une analyse coûts/bénéfices qui repose sur l'identification des volontés d'acheter ou pas une règle de droit (II), ce qui s'avère particulièrement éclairant pour l'analyse économique du droit de la médiation administrative.

I. Le droit comme mécanisme de coordination pour limiter les coûts de transaction

Posner évacue les débats relatifs aux liens entre utilité, richesse et efficience dans un échange par le développement d'un point de vue plus sociétal, en reprochant « aux différentes analyses d'avoir négligé la question du passage de l'hypothèse de comportements individuellement efficaces (parce que rationnels) à celle de l'efficacité du système dans son

¹⁴⁷⁵ Ibid., p.71.

¹⁴⁷⁶ LANNEAU Régis (2009), *Les fondements épistémologiques du mouvement Law and economics*, Thèse de droit public, p.246.

¹⁴⁷⁷ Ibid., p.246-247.

ensemble »¹⁴⁷⁸. En s'appuyant sur les enseignements de l'école du « public choice » il rappelle que les pouvoirs publics peuvent prendre, notamment pour des motifs électoralistes, des décisions inefficaces. Il note ainsi « que la question des mécanismes par lesquels le droit peut promouvoir l'efficacité sociale est loin d'être négligeable »¹⁴⁷⁹, avant de postuler qu'un critère d'analyse de l'efficacité globale ou sociale doit fonder l'analyse économique du droit. Il s'agit ainsi selon lui de se demander « comment les comportements individuels peuvent contribuer à satisfaire les exigences de ce critère »¹⁴⁸⁰, ce critère étant un critère d'efficacité économique de l'échange : la maximisation globale de la richesse (au sens sociétal du terme) et non pas la maximisation de la richesse individuelle. Le juge Posner envisage alors le système juridique comme un système économique, car il « reprend l'idée développée par Coase et les théoriciens des droits de propriété : la raison d'être des institutions juridiques réside dans l'existence des coûts de transaction. En ce sens, le droit est étudié par Posner comme un mode alternatif de coordination »¹⁴⁸¹.

Le droit doit ainsi être pour le juge Posner un système de coordination, dont nous avons présenté la teneur grâce à la théorie des jeux, c'est-à-dire un système de règles réduisant l'incertitude et accroissant non pas l'utilité des individus, mais la richesse collective¹⁴⁸². Il considère que le système de common law est un système alternatif au marché, car il « entend démontrer que le droit imite les résultats auxquels serait parvenu le marché si celui-ci avait pu fonctionner »¹⁴⁸³. Le juge permet donc à la fois de minimiser les coûts de transaction et donc de maximiser la richesse sociétale ou collective, grâce à l'office du juge, chargé d'interpréter les règles de droit pour les appliquer à des cas d'espèce¹⁴⁸⁴ : le juge doit ainsi selon lui (et peut-être également comme lui) avoir à la fois une culture juridique et une culture économique, à même de permettre de comprendre ou d'échafauder des modèles

¹⁴⁷⁸ HARNAY Sophie, MARCIANO Alain (2003), *L'analyse économique du droit*, Collection Bien Commun, Edition Michalon, p.69.

¹⁴⁷⁹ Ibid., p.69.

¹⁴⁸⁰ Ibid., p.69-70.

¹⁴⁸¹ FEREY Samuel (2008), *Une histoire de l'analyse économique du droit – Calcul rationnel et interprétation du droit*, Éditions Bruylant, p.208.

¹⁴⁸² Ce qui revient également à dire que le droit doit minimiser le coût social. En matière d'analyse économique du droit de la médiation administrative il s'agit ainsi de déterminer de quelle manière ce droit peut minimiser, par les règles incitatives qu'il va poser, le coût social attaché au règlement d'un différend.

¹⁴⁸³ Ibid., p.208.

¹⁴⁸⁴ Ibid., p.168.

mathématiques¹⁴⁸⁵. Posner est ainsi en mesure de développer des visions très polémiques sur l'adoption des bébés ou sur le traitement des affaires pénales¹⁴⁸⁶, en semblant ignorer que le sérieux et la respectabilité d'un juge s'estiment, au-delà des calculs économiques qu'il pourrait établir, à sa prise en compte des précédents et de la jurisprudence, mais aussi du souci de stabilité juridique. Nous pensons que cette vision très personnelle doit laisser également une place aux modes alternatifs de règlement des litiges, qui ont étrangement un rôle majeur aux Etats-Unis, où un grand nombre d'affaires font l'objet d'une transaction directe entre les parties.

L'efficacité économique est ainsi pour Posner la fondation même du critère de maximisation de la richesse. S'il n'hésite pas à rechercher l'efficacité au sens de Pareto ou, plus souvent, au sens de Kaldor-Hicks¹⁴⁸⁷, il va néanmoins, au regard des critiques adressées au critère de maximisation de la richesse – et notamment la difficulté à estimer cette richesse et son évolution marginale, transformer ce dernier. Ainsi, « la mise en avant de la notion de consentement au détriment de celle de maximisation de la richesse, et plus particulièrement le recours à la notion de consentement hypothétique lui permettent de sauver un certain nombre d'éléments de sa théorie, et de l'élargir à un vaste ensemble de situations »¹⁴⁸⁸. Cette notion de consentement nous apparaît centrale pour l'étude de la médiation administrative, dont la réalisation et l'aboutissement en dépendent largement.

Ainsi selon Régis Lanneau avec le concept de consentement « l'approche posnérienne se lie davantage avec la notion d'analyse coûts- bénéfices (entendue au sens large dans la mesure où de nombreux éléments peuvent entrer dans cette analyse) qu'avec celle

¹⁴⁸⁵ Voir les ouvrages et les articles de Posner, pour constater à quel point il est en mesure de comprendre et d'édifier des modèles mathématiques complexes reposant majoritairement sur des systèmes d'équation différentielle qui ne seront pas utilisées ici.

¹⁴⁸⁶ Voir HARNAY Sophie, MARCIANO Alain (2003), *L'analyse économique du droit*, Collection Bien Commun, Edition Michalon, p.55 et suivantes, p.93 et suivantes. Posner et Landes démontrent en 1978 que le système de l'adoption serait plus efficace si un marché de l'adoption était constitué. Posner intègre par ailleurs le rôle de l'émotion dans les crimes passionnels, en ce qu'elle vient perturber le calcul économique du criminel : ainsi, ce dernier doit avoir selon lui une peine allégée par rapport à celui qui est en mesure d'effectuer un calcul économique froid et implacable.

¹⁴⁸⁷ Un changement est considéré comme efficace « dès lors que les gains d'un agent peuvent être obtenus sans qu'au moins un autre agent ne subisse de pertes, ou autrement dit que le gagnant compense les pertes du perdant » : voir HARNAY Sophie, MARCIANO Alain (2003), *L'analyse économique du droit*, Collection Bien Commun, Edition Michalon, p.79.

¹⁴⁸⁸ Ibid., p.80.

d'efficience au sens de Kaldor Hicks (qui reste centrée sur l'utilité) »¹⁴⁸⁹. Ce consentement peut se faire ex-ante ou en avance de phase, c'est-à-dire avant la survenance du litige, ne serait-ce que parce que les parties ont accepté en amont les règles juridiques. Ainsi Posner introduit la notion de compensation « ex-ante »¹⁴⁹⁰, se situant là encore dans la continuité des principes coasiens. En analysant que le droit jurisprudentiel est efficace en ce qu'il permet de minimiser les coûts de transaction via notamment une analyse coût/bénéfice permettant d'analyser le consentement des parties, le juge fédéral de Chicago jette un regard nouveau sur les coûts de transaction.

Si les coûts de transaction sont largement commentés conceptuellement à la lumière du théorème de Coase, leur nature en économie et qui plus est en droit est cependant peu explicitée : « Même dans l'introduction de *Economic analysis of Law*, où Posner présente les outils d'analyse économique employés – courbe de demande décroissante en fonction du prix en équilibre partiel, principe de rationalité par la maximisation de l'utilité et définition du coût d'opportunité – rien n'est dit sur la nature des coûts de transaction »¹⁴⁹¹.

Le professeur Ferey rappelle cependant que les coûts de transaction sont liés au coût de découverte de l'autre partie (ou des autres parties) à l'échange (par exemple le coût d'une expertise), au coût de négociation et au coût d'exécution de l'échange : « Posner reprend, en général, les trois grandes catégories autour desquelles s'organisait la conception des coûts de transaction des théoriciens du droit de propriété : coût de découverte du co-contractant, coût de négociation et coût d'exécution »¹⁴⁹².

Les coûts de transaction ont donc leur structure qui varie en fonction du cas étudié et du domaine de droit concerné. Ainsi lorsque Posner « étudie les règles de la responsabilité civile (...) c'est avant tout le coût de découverte du co-contractant qui est mis en avant (...) Aucun contrat ne relie, ex ante, les parties au litige. De ce fait, les coûts de transaction empêchent la détermination négociée du coût des accidents. Lorsque Posner étudie les

¹⁴⁸⁹ LANNEAU Régis (2009), *Les fondements épistémologiques du mouvement Law and economics*, Thèse de droit public, p.197.

¹⁴⁹⁰ Ibid., p.198.

¹⁴⁹¹ FEREY Samuel (2008), *Une histoire de l'analyse économique du droit – Calcul rationnel et interprétation du droit*, Éditions Bruylant, p.210.

¹⁴⁹² Ibid., p.211.

contrats, ce sont au contraire les coûts de négociation, de contractualisation et d'exécution qui deviennent fondamentaux »¹⁴⁹³.

Nous retiendrons donc que les coûts de transaction selon le juge Posner partent de la définition coasienne et sont essentiellement liés aux coûts d'information. Ils sont néanmoins de trois types, dont la structure et le volume varient en fonction de la nature de l'échange : coût de découverte des acteurs de l'échange, coût de négociation et coût d'exécution de l'accord. Chaque acteur devrait ainsi se livrer à une analyse coûts / bénéfices (au sens sociétal du terme), qui selon le professeur Lanneau est un processus permettant d'approcher au mieux le critère de Kaldor Hicks¹⁴⁹⁴. Nous préférons pour plus de simplicité et de cohérence appeler cela l'analyse « coûts de transaction / désagréments », car chaque institution juridique ou chaque étape d'un processus juridique comporte un certain nombre de coûts de transaction, de nature et de quantité variable en fonction du cas étudié, qui viennent grever la richesse collective. L'analyse économique du droit de la médiation doit ainsi se livrer à une analyse « coûts de transaction / désagréments » pour minimiser le coût social que représente le règlement d'un différend.

II. L'analyse « coûts / désagréments » pour minimiser le coût social

Selon Régis Lanneau « l'analyse coûts / bénéfices (...) constitue plus une approche qu'une méthode, car elle conduit, avant tout, à un principe de solution. Les éléments à faire entrer dans le calcul ne sont pas fournis : il s'agit à la fois d'une approche permettant (1) d'aborder le problème en identifiant des paramètres et (2) de solutionner le problème en utilisant les paramètres fournis »¹⁴⁹⁵. Cette analyse coûts / bénéfices n'est néanmoins pas inconnue du droit public en France. La décision CE, Ass., 28 mai 1971, Ville nouvelle de l'Est¹⁴⁹⁶,

¹⁴⁹³ Ibid., p.211-212.

¹⁴⁹⁴ LANNEAU Régis (2009), *Les fondements épistémologiques du mouvement Law and economics*, Thèse de droit public, p.189 et suivantes.

¹⁴⁹⁵ Ibid., p.191.

¹⁴⁹⁶ CE, Ass., 28 mai 1971, *Ministre de l'équipement et du logement c. Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé Ville Nouvelle de l'Est*. Par l'arrêt dit « Ville nouvelle Est », le Conseil d'État a considéré qu'une opération foncière ne pouvait être légalement déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvénients d'ordre social qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente. Par ce raisonnement, appelé « théorie du

fonde en effet la théorie du bilan et l'analyse coûts / avantages, qui serait peut-être à rapprocher de l'analyse coûts / bénéfices.

L'analyse coûts / bénéfices du professeur Richard Posner va en effet consister à identifier des paramètres permettant de caractériser le consentement des acteurs à acheter ou à concéder (vendre) une position, en fonction des coûts de transaction. De nombreuses critiques ont été apportées à cette approche¹⁴⁹⁷ théorique au point de vue économique, notamment celle consistant à mettre en relief le fait que consentir à acheter ou vendre peut parfois être différent d'acheter ou de vendre. Ainsi, plusieurs théoriciens de l'économie ou de l'analyse économique du droit pensent qu'il n'y a pas de consistance au critère de maximisation de la richesse, ce que ne réfute pas Posner :

« The most basic criticism of an ethic of wealth maximization is one that I share: that you cannot deduce "ought:" from "is"; you cannot prove, deductively or inductively, that social decisions ought to conform to some ethical theory. The lack of provability imparts a pervasive uncertainty to ethical debates (...) I do not seek to "convert" anyone to wealth maximization. I merely want to persuade you that it is a reasonable, though not a demonstrably or a universally correct, ethic »¹⁴⁹⁸.

Malgré l'intérêt de la construction théorique élaborée par le professeur Posner nous partageons les critiques qui ont pu être formulées à son endroit : si la notion de consentement à l'échange est majeure au point de vue psychologique elle apparaît à ce stade encore trop complexe dans sa transcription en économie. Cependant, la pertinence d'établir un bilan coûts/avantages des incitations qu'une norme structurant un échange peut véhiculer nécessite selon nous d'être précisée, car seule cette synthèse peut permettre de maximiser la

bilan », le juge administratif met désormais en balance les avantages du projet avec ses inconvénients, qu'il s'agisse de son coût, de ses répercussions sur l'environnement, de ses conséquences sur la propriété privée ou de l'atteinte portée à d'autres intérêts publics.

¹⁴⁹⁷ POSNER Richard A. (1985), "Wealth Maximization Revisited", Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy. Dans cet article, Posner répond aux nombreuses critiques adressées à son article de 1979 dans le *Journal of legal studies*. Il précise sa vision de la maximisation de la richesse, qui pour lui n'est pas un concept monétaire mais une pondération des préférences pour les choses que les gens veulent, c'est-à-dire acquérir ou se séparer d'une chose.

¹⁴⁹⁸ Ibid. Traduction: « La critique la plus fondamentale d'une éthique de la maximisation de la richesse est une critique que je partage: on ne peut pas déduire « devrait » de « est »; on ne peut pas prouver, de manière déductive ou inductive, que les décisions sociales doivent se conformer à une théorie éthique. L'absence de preuve confère une incertitude omniprésente aux débats éthiques (...) Je ne cherche pas à « convaincre » qui que ce soit de maximiser la richesse. Je veux simplement vous convaincre qu'il s'agit d'une éthique raisonnable, bien qu'elle ne soit ni démontrable ni universellement correcte ».

richesse collective ou, exprimé différemment, de minimiser le coût social. L'esprit de la décision du Conseil d'État *Ville nouvelle de l'Est*, largement commentée par la doctrine, nous semble à ce titre utile, car elle introduit dans la jurisprudence deux notions : la notion de bilan, sur laquelle nous ne reviendrons pas, mais également la notion de « nécessité ». Cette dernière est en effet le motif qui permet de justifier les atteintes au droit de propriété des personnes impactées par un projet urbain : « L'utilité publique de l'expropriation d'un bien est ici clairement subordonnée au constat concret de sa nécessité ou, du moins, de l'absence de solution alternative »¹⁴⁹⁹.

Faire une analyse coûts/bénéfices en matière de droit de la médiation administrative pourrait alors consister à identifier la nécessité de certains coûts de transaction, au regard de leurs bénéfices éventuels (sur un autre plan que le plan économique, par exemple au point de vue psychologique), mais aussi de leurs possibles désagréments : si les coûts de transaction sont à l'échange ce que le « frottement » est à la mécanique classique, ne peut-on néanmoins pas les limiter pour accroître la performance du « véhicule » ?

Nous préférons ainsi qualifier cette approche d'analyse « coûts de transaction/désagréments », afin de mieux expliciter son objectif : identifier les coûts de transaction qui s'accumulent au fil des différentes phases qui constituent un échange mais aussi estimer leur nécessité, pour éclairer plus simplement la mécanique du consentement. La médiation administrative étant un processus maïeutique s'intégrant dans un processus plus large de règlement des différends, il nous apparaît alors nécessaire d'examiner l'ensemble de ce dernier. Ces théories et ces réserves étant posées nous sommes ainsi prêts pour cheminer sur une analyse économique du droit de la médiation.

¹⁴⁹⁹ LABETOULLE Daniel (2021), « La jurisprudence Ville Nouvelle Est cinquante ans après », RFDA 2021, p.299.

Conclusion du chapitre 1

L'analyse économique du droit est fondée grâce à la microéconomie néoclassique, qui a pour objectif d'expliquer les interactions entre les individus au prisme de l'échange, du marché et de la maximisation de l'utilité. Elle a ainsi eu deux objectifs immédiats. Le premier a été de déterminer quels pourraient être les effets d'une règle ou d'un jugement, en considérant l'un ou l'autre comme un signal ou comme un prix. Le second, corollaire immédiat du premier, a été d'explicitier et d'analyser les décisions individuelles au prisme de l'efficacité sociale, avec le souci de trouver les solutions permettant de maximiser cette dernière.

La théorie des jeux a été un premier angle d'analyse, les jeux de coordination mettant en relief l'utilité de la règle pour maximiser le gain social quand les jeux de coopération concluent à la nécessité de la collaboration ou de la concertation pour minimiser le coût social d'un échange, mais aussi que l'échange est efficace au point de vue social quand les enjeux sont faibles. Le jeu de longue haleine pourrait par exemple démontrer la nécessité de mieux professionnaliser les médiateurs administratifs, qui affinent leur stratégie d'intervention proportionnellement au nombre d'affaires qu'ils ont à connaître. Il éclaire également les facteurs qui vont peser sur les négociations dans le cadre d'un échange économique : le temps, l'argent, les risques, les incertitudes, etc. Ces derniers pèsent de tout leur poids dans le choix de se lancer ou pas dans une médiation administrative.

La théorie des jeux a également permis d'examiner sous un jour nouveau le principe assurantiel et de mettre en relief ses principaux vices, que sont l'aléa moral et la sélection adverse : ils sont des défauts humains qui peuvent aussi jouer un rôle dans la médiation administrative, qui pourrait être dévoyée si elle est gratuite pour l'un des potentiels médiés, ou si elle s'inscrit dans le cadre d'un différend relatif à l'engagement de la responsabilité d'au moins un des deux potentiels médiés. Elle aboutit également à examiner la théorie de l'agence et aux problèmes d'agency. Cette dernière insiste sur la nécessité d'intégrer dans les normes qui structurent un échange économique une incitation claire à ce dernier, ce qui pourrait être en matière de médiation administrative un moyen pour accroître l'utilisation de ce mode alternatif de règlement des différends (MARD). Comme nous le verrons ultérieurement, ce vaste champ d'études économiques est fondamental pour explorer le droit de l'analyse économique du droit de la médiation, qui repose sur un jeu à deux (l'agent et l'administration),

trois (l'agent, l'administration et le médiateur) ou quatre acteurs (l'agent, l'administration, le médiateur et le juge) où les coûts « cachés » sont nombreux.

Les coûts de transaction fondent en effet un second angle d'analyse. Mis en relief par Ronald Coase, ils représentent les coûts d'information propres à tout échange et doivent être minimisés pour accroître l'utilité de chacune des parties, mais aussi l'efficacité globale ou efficacité sociale. Richard Posner, à la fois magistrat professionnel féru d'économie et professeur de droit à l'Université de Chicago, reprend l'analyse du professeur Coase en postulant que les règles du jeu ou que les règles de droit sont une illusion : la solution que les parties trouvent aux problèmes de coordination est fondée exclusivement sur une approche économique où chaque acteur va vouloir maximiser son bien être ou sa richesse. Selon Posner il existe ainsi trois types de coût de transaction, tous liés aux asymétries d'information : les coûts de découverte, les coûts de négociation, les coûts d'exécution. L'analyse et la recherche des meilleures solutions possibles dans l'interaction des acteurs repose alors sur une analyse « coûts de transaction/désagréments » où il va s'agir d'identifier et de quantifier la nécessité ou pas de consentir à l'échange. Cette approche s'avère éclairante pour examiner la médiation administrative, mais aussi tout le processus conduisant à régler un différend entre un agent et son administration.

Comme nous l'avons également vu, l'analyse économique du droit repose sur une hypothèse forte de rationalité des acteurs, souvent mise à mal par les mécanismes de modélisation. Plus qu'une méthode proprement dite elle est avant tout un cheminement permettant d'aboutir à une analyse de la stratégie des acteurs, dans le cadre de l'application d'une norme ou d'un échange : tout échange ne s'effectuant pas selon un mode purement économique¹⁵⁰⁰, l'économie ne pouvant être une vérité absolue.

Parce que la médiation administrative est une configuration à plusieurs agents, où les questions financières sont régulièrement à la source des conflits et des contentieux, les travaux de l'analyse économique du droit de la responsabilité et du droit processuel sont fondamentaux pour esquisser une analyse économique du droit de la médiation, qui est l'objet du prochain chapitre.

¹⁵⁰⁰ Voir notamment GUERRIEN Bernard (2007), *L'illusion économique*, Éditions Omniscience ; POLANYI Karl (1983), *Essais*, Éditions du Seuil, 2008.

Chapitre 2 : Une analyse économique du droit de la médiation administrative

Les champs d'étude de l'analyse économique du droit sont variés, puisqu'ils jettent une lumière nouvelle sur les grandes institutions juridiques que sont par exemple le contrat ou la responsabilité. Amorcer une analyse économique du droit de la médiation nécessite ainsi d'identifier les théories de l'analyse économique du droit qui pourraient être utilement utilisées à cet effet. Ces dernières ont ainsi été présentées succinctement dans le chapitre précédent, grâce aux nombreux développements exposés dans les ouvrages faisant référence en la matière. Leur appropriation dans le cadre de cette recherche ne s'est pas confortée avec un enseignement direct de cette matière, ou une confrontation d'idées avec des juristes spécialisés dans cette science juridique, peu ou pas enseignée en France au sein des facultés de droit. Leur application à l'analyse économique du droit de la médiation doit ainsi être sujette à caution, tant cette recherche juridique s'est aventurée sur des terrains complexes, qui nécessiteraient de développer des équipes pluridisciplinaires de juristes et d'économistes pour affiner ses vues.

Ces réserves étant posées, il s'est agi d'affiner la méthodologie à suivre pour procéder à une analyse économique du droit de la médiation (Section liminaire), afin d'accroître le consentement à ce mode alternatif de règlement des différends (Section 1), envisagé comme un réducteur des coûts de transaction propres à la résolution des litiges (Section 2).

Section liminaire : Précisions méthodologiques

Comme cela a été vu précédemment, la médiation administrative est un « processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par la juridiction »¹⁵⁰¹. Le médiateur n'est pas un arbitre et son office n'est pas clairement défini par les textes, il est cependant un facteur important dans le processus maïeutique qui permet d'aboutir à une solution entre les agents et l'administration. Son rôle est en effet à la fois celui de facilitateur et de révélateur : il est donc, par essence, difficilement interprétable *per se* grâce l'analyse économique du droit.

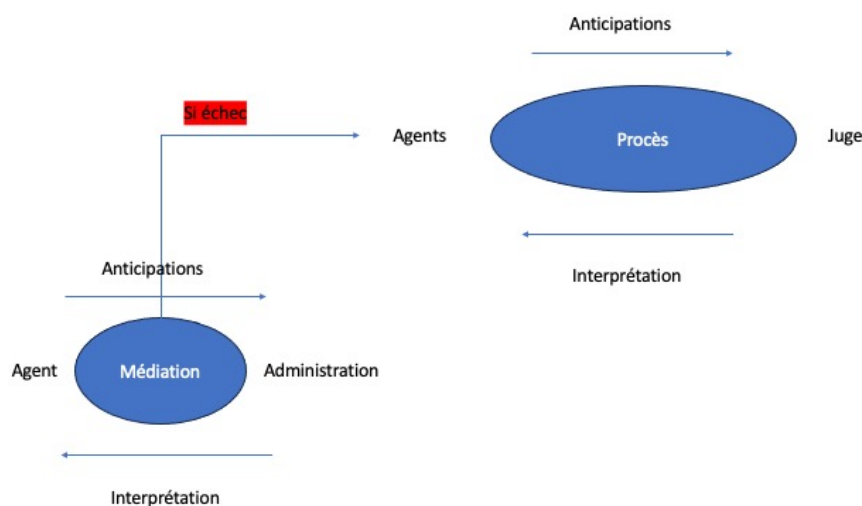
¹⁵⁰¹ Code de justice administrative (CJA), Art. L.213-1.

La médiation doit donc être selon nous interprétée en analyse économique du droit comme le cadre d'un dialogue, aboutissant de manière contractuelle à un accord.

Si le médiateur n'est pas dans la position du juge, le bouclage théorique « anticipation/interprétation », qui fonde l'analyse économique du droit selon l'école posnérienne, trouve selon nous à s'appliquer (§1). Il permet ainsi de structurer les grandes étapes du processus d'analyse, qui va se concentrer sur le consentement à la médiation administrative, ainsi que sur les coûts de transaction attachés à la résolution des litiges de type « fonction publique » (§2).

§1. Le bouclage théorique « anticipation/interprétation » en matière de médiation administrative

Parce qu'un accord de médiation permet d'aménager des concessions réciproques, qu'il ne peut contrevenir à l'ordre public, qu'il peut être homologué par le juge administratif voire prendre la forme d'une transaction administrative, il semble possible d'affirmer que le processus « anticipation/interprétation » est internalisé par les médiés que sont l'agent et l'administration, aidés en cela par le médiateur. Il pourrait ainsi être décrit de la façon suivante :



Bouclage théorique en analyse économique du droit de la médiation

Dans un premier temps il convient d'expliciter ce bouclage, envisagé selon les principes de l'analyse économique du droit de Richard Posner : les potentiels médiés ou les médiés sont rationnels (ou à rationalité limitée, mais ils sont quoiqu'il en soit rationnels) et parfaitement informés de l'état du droit, auxquels ils ont pu contrevenir afin d'accroître leur utilité personnelle, selon une ampleur fixée par un calcul ex-ante où le contrevenant va anticiper la décision juridique prise pour régler le différend.

La médiation est, à l'instar du procès, modélisé comme une instance décisionnelle, mention étant faite que la décision peut éventuellement ne pas être homologué par le juge administratif. Cette homologation obéit en effet à des modalités posées par la jurisprudence¹⁵⁰², fixant le principe selon lequel il appartient « au tribunal de vérifier que les parties consentent effectivement à l'accord, que l'objet de celui-ci est licite, qu'il ne porte pas atteinte à des droits dont les parties n'ont pas la libre disposition, qu'il ne constitue pas de la part de la collectivité publique une libéralité et ne méconnaît pas d'autres règles d'ordre public ». Un accord homologué ne préjuge pas également des conséquences juridiques attachées à ce qui a été homologué¹⁵⁰³.

Dans ce bouclage la compétence de l'administration amène l'agent à anticiper la position de l'administration à son endroit. En effet, l'administration agit le plus souvent par compétence liée, c'est-à-dire qu'elle doit exercer un pouvoir conformément à des textes législatifs ou réglementaires qui déterminent au préalable son action. Elle dispose cependant de la faculté de juger d'une situation, notamment en matière de droit de la fonction publique. Elle peut en effet dans le cadre du principe de légalité exercer soit un pouvoir d'appréciation, subordonné à la prise en compte d'éléments de fait qu'elle doit elle-même soupeser, soit un pouvoir discrétionnaire, lorsque la décision n'est pas subordonnée à l'existence d'éléments de fait¹⁵⁰⁴. L'agent, parce qu'il est dans une position statutaire, est ainsi en mesure d'anticiper la position de l'administration. En retour, l'administration est en mesure de mieux interpréter

¹⁵⁰² TA Poitiers, 28 juin 2018, *M. et Mme B...*, Req. N°1701757.

¹⁵⁰³ COURREGES Florent (2025), « Les mots d'un accord de médiation et leurs procédures : le rôle du médiateur et du juge qui homologue », *Revue Lexsociété*, La Lettre du Tribunal administratif de Nice n°57.

¹⁵⁰⁴ Si le premier pouvoir peut amener le juge administratif à opérer, comme nous l'avons vu, un contrôle entier de la décision, le second ne l'amène à opérer bien souvent qu'un contrôle restreint. Le contrôle restreint d'une décision discrétionnaire peut néanmoins devenir entier si le juge administratif estime qu'il doit réformer la décision de l'administration, le plus souvent au motif de la lésion d'une garantie ou d'une liberté fondamentale. Le contentieux de l'excès de pouvoir est alors converti pour cela en plein contentieux.

les actes de l'agent, notamment dans le cadre du processus de médiation où le juge s'efface, le médiateur n'apparaissant pas en première ligne.

Ce bouclage rétroactif en matière d'analyse des anticipations rationnelles est susceptible de se former dès la formulation, par l'une des parties ou par la formation de jugement, de l'hypothèse d'une médiation. Rappelons pour mémoire que nous avons précédemment identifié¹⁵⁰⁵ plusieurs situations particulièrement propices à ce mode alternatif de règlement des différends (MARD) : la formation d'un recours gracieux et/ou d'un recours hiérarchique, la formation d'un recours pour excès de pouvoir amenant à un contrôle restreint du juge administratif, la lésion d'un droit subjectif.

Le droit de la médiation administrative porte un processus permettant à la fois d'envisager la médiation, soit à l'initiative des parties, soit à l'initiative du juge, mais aussi de formaliser un accord, éventuellement homologué par le juge. L'objectif de son analyse économique est ainsi d'améliorer ses dispositions, afin de réduire le coût social attaché à la résolution des différends en matière d'emploi de la ressource humaine, mais également d'accroître l'efficacité sociale de ce MARD. Il est sous-tendu par deux contraintes qui apparaissent comme structurelles en 2025. La première est celle d'une meilleure administration de la justice et d'une meilleure gestion des collectivités publiques, confrontées à une raréfaction durable des ressources publiques. La seconde est celle d'un meilleur management des agents et des collectifs de travail, au sein d'organisations publiques où la mobilité interne ou externe est plutôt faible.

Cette analyse économique du droit de la médiation administrative va ainsi s'appuyer sur les outils présentés dans le premier chapitre, parfois complétés d'outils supplémentaires découlant des premiers. Comme toutes les démarches d'analyse présentées notamment par les professeurs Cooter et Ulen¹⁵⁰⁶, elle repose sur une approche pratique et empirique, relevant comme nous l'avons d'ailleurs déjà noté plus du cheminement que d'une méthode, entraînant une systématisation qui est difficilement envisageable en Law and Economics. Elle s'intéresse ainsi aux grandes étapes du processus, qui sont reliées entre elles.

¹⁵⁰⁵ Cf. Partie 2/Titre 1/Chapitre 2/Section 2/Paragraphe 2.

¹⁵⁰⁶ COOTER Robert B. Jr., ULEN Thomas (2016), *Law and economics*, 6^{ème} édition.

§2. Les grandes étapes du processus de l'analyse économique du droit de la médiation administrative

L'analyse économique du droit de la médiation administrative s'effectue en quatre étapes. La première étape est celle du consentement. Ce dernier, largement dépendant des incitations que le droit de la médiation administrative va pouvoir aménager en son sein, exhausse ainsi la pertinence de l'analyse économique du droit de la médiation administrative, notamment parce que la gestion des carrières ou des activités au sein de l'administration relèvent avant tout de « règles du jeu », constituant des prix en analyse économique du droit. Le consentement est ainsi étudié grâce à la théorie des jeux. La deuxième étape est le coût de la médiation, elle est intimement liée à la première et étudiée au prisme des coûts de transaction. La troisième étape est la confiance dans le médiateur et dans la confidentialité du processus, qui est un enjeu majeur analysé au prisme de la théorie de l'agence. La quatrième et dernière étape, qui rejoint la première, consiste à étudier de quelle manière il serait possible de développer la pratique de la médiation à l'initiative des parties. Ce type de médiation administrative, parce qu'il permet de traiter les conflits à un stade précoce, doit en effet trouver à s'épanouir au sein même des collectifs de travail, sous la supervision éventuelle de la juridiction administrative. Cette analyse est notamment menée grâce à l'étude du processus juridictionnel¹⁵⁰⁷.

Certaines des règles qui encadrent chaque étape ou phase du processus de médiation administrative seront examinées selon la méthode en quatre temps de l'analyse économique du droit, vue précédemment¹⁵⁰⁸. Rappelons ici de manière synthétique que le premier temps consiste à décrire la structure incitative de la règle, afin d'en appréhender les conséquences pratiques, en s'abstenant « d'apporter un jugement moral »¹⁵⁰⁹. Il va ainsi s'agir de mettre en relief les facteurs incitatifs, puis d'examiner la dynamique de ces variables pour identifier éventuellement des aberrations. Le deuxième temps vise à déterminer quelles règles entraîneraient des coûts moins élevés, en recherchant de quelle manière atteindre un optimum d'efficacité sociale grâce aux critères de Pareto et/ou de Kaldor-Hicks, ou en utilisant

¹⁵⁰⁷ Dénommé en anglais « Legal Process ».

¹⁵⁰⁸ Cf. Partie Z/Titre 2/Chapitre 1/Paragraphe 2/B.

¹⁵⁰⁹ MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane (2008), *Analyse économique du droit*, Éditions DALLOZ THEMIS, Collection Méthodes du droit, 2^{ème} édition, p.592.

d'autres outils comme le test de Hand ou la recherche du « cheapest cost avoider »¹⁵¹⁰. Le troisième temps consiste à accroître le réalisme de l'analyse en intégrant les coûts de transaction, pour « déterminer si la règle qui vise à contrôler une forme de coût de transaction réussit globalement à réduire les coûts, compte tenu du coût qu'elle engendre elle-même »¹⁵¹¹, à savoir des comportements opportunistes ou des vices du consentement par exemple. Le dernier temps amène à dépasser les trois étapes précédentes, en effectuant des études empiriques. Il ne sera pas abordé ici, ces études dépassant le cadre de cette thèse. Cette absence constitue ainsi au point de vue épistémologique une potentielle source d'erreur dans les préconisations émanant de l'analyse.

L'analyse de chacune des règles donne néanmoins lieu à une évaluation de la pertinence de l'analyse : pertinence des outils théoriques utilisés, pertinence des résultats obtenus. Cette action a pour objectif d'examiner de quelle manière l'analyse économique du droit permet de mieux connaître et d'améliorer le droit, cette science juridique étant utilisée ici pour examiner un processus contractuel (la médiation administrative) certes, mais un mode d'échange atypique loin des sentiers généralement battus par le « Law and Economics ».

Chaque étape clé du processus de médiation est en effet assortie de suggestions pour améliorer le droit de la médiation, c'est-à-dire accroître son recours, améliorer son dénouement, développer la médiation interne, etc. Ces dernières donnent néanmoins parfois lieu, lorsque cela est possible, à une autocritique du raisonnement suivi en matière d'analyse économique du droit, la remise en question des postulats et du cheminement intellectuel que présupposent l'analyse étant partie intégrante de cette science juridique.

L'analyse économique du droit de la médiation administrative amène ainsi dans un premier temps à améliorer la mécanique du consentement à la médiation (section 1). Ce faisant, elle s'applique à mettre en relief l'importance des coûts de transaction, qu'elle promeut comme critère clé du développement de ce MARD (section 2).

¹⁵¹⁰ Traduction : « Le moins cher pour éviter les coûts ». A lire ici comme : « La règle la moins chère pour éviter les coûts directs et indirects engendrés par la faute ».

¹⁵¹¹ MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane (2008), *Analyse économique du droit*, Éditions DALLOZ THEMIS, Collection Méthodes du droit, 2^{ème} édition, p.598.

Section 1 : La compréhension et l'amélioration de la mécanique du consentement

L'article L.213-1 du code de justice administrative (CJA) définit la médiation administrative comme « tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par la juridiction ». Elle voit le plus souvent en matière de litige ou de contentieux fonction publique, dès lors que ce dernier intéresse un agent public, une configuration à trois acteurs : l'administration A, le médiateur B et l'agent C. Cette triangulation n'est cependant possible que si l'accord des parties est réalisé, c'est-à-dire si chacune des parties consent¹⁵¹² à se lancer dans ce processus de règlement alternatif des différends. Il existe ainsi en amont de la médiation elle-même une « mécanique » du consentement, une sorte de processus immatériel avant le processus matériel, pouvant recouvrir deux sens. En effet ce process « peut signifier accorder, autoriser, se prononcer en faveur de quelque chose, accepter que quelque chose se fasse ; ou se rendre à un sentiment ou à une volonté d'autrui »¹⁵¹³.

Ce consentement est néanmoins difficile à réaliser, d'autant plus si un médiateur n'est pas saisi dans le cadre d'une ordonnance deux en un, où il va être au cœur de cette maïeutique si particulière. Nous avons en effet étudié que la médiation administrative butait sur plusieurs obstacles qui sont autant de désincitations, dont le coût est difficilement monétisable.

Rappelons tout d'abord que prévaut souvent pour le fonctionnaire en général, et pour le sapeur-pompier en particulier, en fonction du degré de litige, une réticence naturelle à transiger avec l'autorité d'emploi, surtout si elle est matérialisée par une chaîne hiérarchique visible et prégnante. La logique de l'honneur tend de plus à s'imposer dans beaucoup de conflits, surtout s'ils se cristallisent ou s'éternisent dans le temps. Enfin, le manque de culture économique, conjugué à l'extrême complexité du droit statutaire, empêche souvent les parties en mesure de le faire d'analyser tous les avantages que pourrait revêtir cette méthode de règlement alternatif du litige. La théorie des jeux pourrait néanmoins permettre

¹⁵¹² Consentement est un substantif du verbe consentir, qui provient du latin cum-sentire, c'est-à-dire « sentir avec ».

¹⁵¹³ MERLIER Philippe (2013), Philosophie et éthique en travail social, Presses de l'EHESP, p. 55-61.

d'améliorer cette mécanique du consentement, en considérant que chaque partie peut être rationnelle, ou tout du moins rationnelle de manière limitée, dans ses choix.

La médiation peut en effet être envisagée par les parties comme un « moyen » à acquérir afin d'améliorer sa position dans un échange conflictuel. La théorie du consommateur et la théorie des jeux, appliquées à ce processus pouvant mêler des opérations de coordination et de coopération, peuvent par conséquent fonder des suggestions utiles au développement de ce mode alternatif de règlement des différends (MARD), même si ces dernières doivent être relativisées (§1). La confidentialité de la médiation, gage de la confiance que les parties peuvent avoir en ce mode de résolution des différends, constitue par ailleurs un enjeu majeur qui doit être consolidé (§2).

§1. Perspectives et limites dans l'amélioration du consentement à la médiation administrative

Le consentement peut s'analyser à l'aune de la théorie du consommateur et de la théorie des jeux, en considérant la médiation administrative comme un service potentiellement consommable par les médiés (A). Cette approche bute néanmoins sur certaines limites épistémologiques, dont certaines peuvent néanmoins être dépassées (B).

A. Le consentement sous l'angle de la théorie du consommateur et de la théorie des jeux

La théorie des préférences (ou théorie du consommateur) permet de distinguer les trois facteurs majeurs qui conditionnent le souhait de partir en médiation ou pas (I), quand la théorie des jeux permet d'envisager la médiation comme une solution à un problème de coordination ou de coordination entre les acteurs (II).

I. La médiation sous l'angle de la théorie du consommateur met en relief trois facteurs clés dans la mécanique du consentement

La théorie du consommateur modélise le comportement d'un consommateur de biens et de services via des courbes d'indifférence, qui sont toujours décroissantes pour ne pas violer l'axiome de monotonie. Elles ne peuvent également pas se croiser : le consommateur choisit en effet entre plusieurs alternatives pour arriver à un niveau de satisfaction donné, au regard des contraintes présentes et de ses préférences, qui ont pour ces dernières la caractéristique d'être transitives, complètes et de dominance¹⁵¹⁴.

L'administration A et l'agent C, qu'ils soient demandeur ou défendeur¹⁵¹⁵, se retrouvent ainsi dans la position d'un consommateur potentiel de médiation, soit à leur propre initiative soit sur proposition du président de la formation de jugement. Ils font alors face à deux options : ne pas partir en médiation ou partir en médiation. Ce choix, s'il résulte d'un choix binaire, ne se construit néanmoins pas dans le temps de façon binaire. A et/ou C peuvent en effet prendre le temps de discuter avec le médiateur et/ou leur conseil respectif, soit de décliner la proposition faite par la partie adverse ou la formation de jugement, soit encore d'accepter la proposition pour la marque que cela va laisser dans l'historique du contentieux ou pour le temps que ce mode alternatif de règlement des différends (MARD) va permettre de gagner. Passer de l'une à l'autre de ces décisions a cependant un coût de substitution, c'est-à-dire que le choix de l'une d'entre elles présuppose un renoncement, lui-même illustré par une perte d'opportunité, de chance ou de valeur.

Le problème du consommateur est ainsi classique, puisqu'il s'agit pour lui de maximiser son utilité (ou sa satisfaction) sous contrainte budgétaire. Cependant l'aspect monétaire n'est pas la seule contrainte selon nous. Le temps, mais aussi le niveau de

¹⁵¹⁴ Une relation de préférence sert à comparer des options (ou « alternatives ») dans un choix. Par exemple, dire que « je préfère X à Y » ou que « je suis indifférent entre X et Y ». Ces relations doivent souvent satisfaire certaines propriétés pour être rationnelles et cohérentes. La relation de préférence est dite complète s'il n'y a pas de situation où on ne peut pas comparer deux options. L'agent est alors capable de se prononcer sur toute paire d'alternatives. La relation est transitive si entre trois choix X, Y et Z, le consommateur qui préfère X à Y et Y à Z préfère alors X à Z. La relation est enfin de dominance quand le consommateur ne peut choisir indifféremment X ou Y (pas d'égalité dans les préférences).

¹⁵¹⁵ En matière de contentieux fonction publique l'administration est souvent placée dans la position du défenseur.

compréhension du différend, pourraient en effet être considérés comme des contraintes supplémentaires.

La question de la dissociation du temps et de la valeur monétaire en matière de règlement d'un litige fonction publique soulevé par un agent est un sujet possible de divergence. En effet, le temps est pour un agent public la variable majeure de sa rémunération et de son avancement de grade. Il serait ainsi logique de ne choisir que le temps si nous avons à faire un choix entre le temps et le revenu. La relation qui les lie n'est cependant pas linéaire. A titre d'exemple et comme nous l'avons vu, un fonctionnaire irrégulièrement évincé n'a pas obligatoirement droit aux salaires non perçus pendant sa durée d'éviction. Nous considérons donc ici qu'il faut dissocier le temps et le revenu, surtout si le temps doit être envisagé ex-ante, c'est-à-dire en prévision de ce qui pourrait se passer ou du délai que pourrait prendre la résolution du litige.

La question du niveau de compréhension du litige est également majeure. Le raffinement du droit statutaire, l'association de règles complexes ou la difficulté à traduire en droit une situation de fait sont autant de situations nécessitant une lecture fine. Cette constatation générale est particulièrement aigüe chez les sapeurs-pompiers. Rappelons ici que le travail de nuit et le repos compensatoire¹⁵¹⁶, la question de l'équivalence du temps de travail pour un sapeur-pompier professionnel¹⁵¹⁷, la catégorie active et la pénibilité du sapeur-pompier professionnel, l'activité physique propre à tout sapeur-pompier sont par exemple autant de paramètres macroscopiques qui, s'ils trouvent à être parfaitement retranscrits de manière séparée en situation de droit, n'en demeurent pas moins difficiles à appréhender de manière holistique¹⁵¹⁸. Or envisager une médiation nécessite à la fois une aptitude à en saisir les enjeux en matière de management, mais aussi une approche globale, l'humain étant au centre du dispositif. Ainsi, la compréhension peut aussi revêtir la notion d'aptitude à comprendre, qui peut elle-même être limitée par la logique de l'honneur, voire par des a priori négatifs sur la médiation. Elle peut également être conditionnée par l'asymétrie des

¹⁵¹⁶ La directive européenne 2003/88/CE impose des périodes minimales de repos (11h) entre deux cycles de travail, elle s'applique indifféremment aux sapeurs-pompiers professionnels (SPP) et aux sapeurs-pompiers volontaires (SPV) : voir jurisprudence *Matzak* de la Cour de justice de l'Union européenne.

¹⁵¹⁷ Rappelons ici que le cycle de travail de 24h réalisée par un SPP peut être décompté entre 16h et 20h, quand un cycle de 12h, diurne ou nocturne, est décompté 12h. Cette équivalence de temps de travail est l'objet de nombreux différends objectifs, régulés le plus souvent par le dialogue social, mais aussi subjectifs.

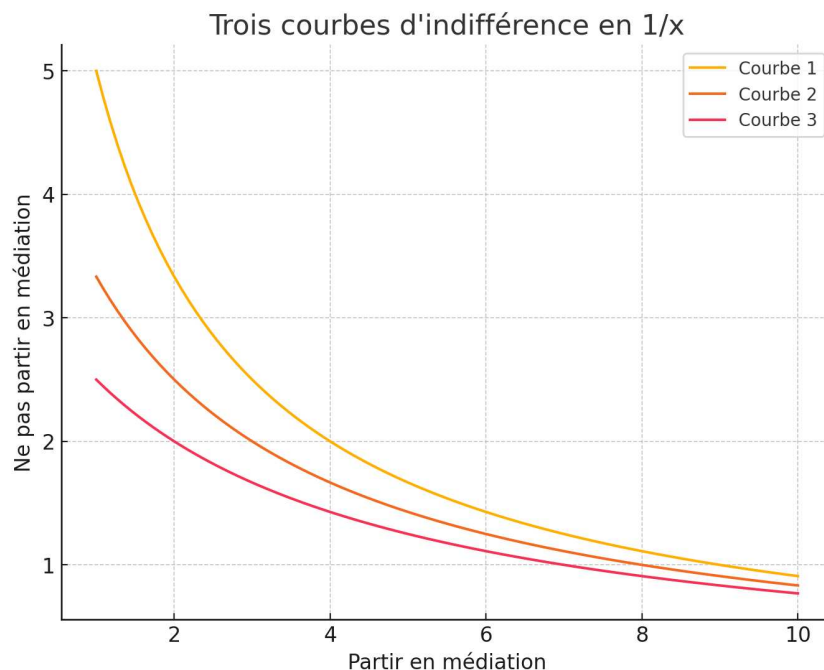
¹⁵¹⁸ Qui plus est si Mr X, qui est SPP, est par ailleurs SPV, dans le département où il est employé comme SPP, ou dans un autre département.

informations en possession de chacun des potentiels médiés, mais aussi leur volonté de les échanger, dépendante du niveau d'enkystement du différend.

En considérant la médiation administrative et le contentieux administratif comme des biens de consommation nous concluons ainsi que le choix entre la médiation et la poursuite du contentieux repose pour les parties sur une combinaison de trois contraintes clés, à savoir le temps, l'argent et le degré de compréhension :

Arbitrage médiation/non médiation = f (temps, argent, degré de compréhension)

En considérant la médiation comme un bien de consommation il est alors possible de tracer trois courbes d'indifférence normales¹⁵¹⁹, chacune retraçant un niveau de satisfaction donnée pour chacun des consommateurs (A et C), entre deux réflexions possibles : partir ou ne pas partir en médiation. Comme vu précédemment, chaque point de chaque courbe est issu de la fonction d'arbitrage (médiation/nom médiation).



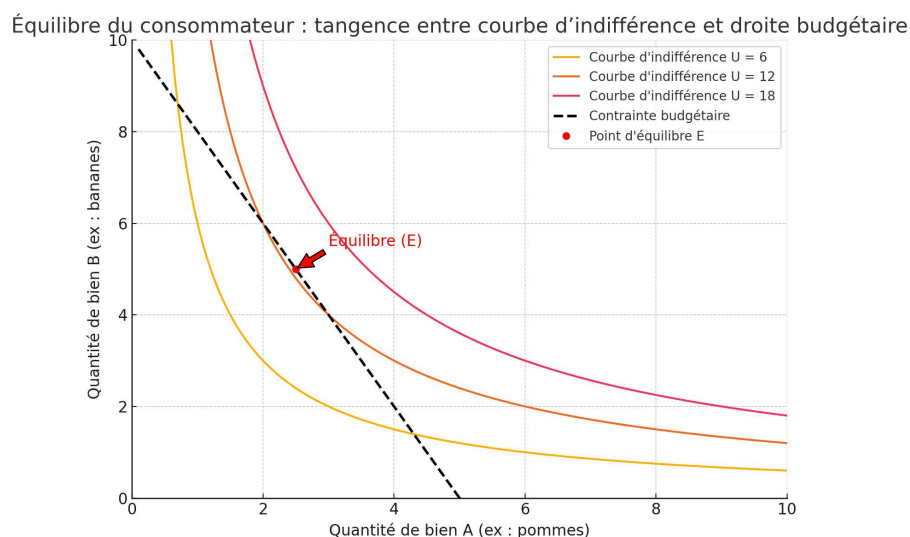
Courbes d'indifférence (temps, argent, compréhension) entre les biens « partir en médiation » et « ne pas partir en médiation » (génération par CHAT GPT 4)

¹⁵¹⁹ La courbe d'indifférence normale est le lieu géométrique de tous les paniers de biens qui, en fonction de la situation, procurent une utilité identique au consommateur. Elle est convexe et décroissante pour refléter le goût naturel que le consommateur éprouve pour la variété des biens, mais elle ne peut pas également croiser une autre courbe d'indifférence, qui correspond à un autre niveau d'utilité.

Chaque courbe correspond à un niveau de satisfaction, correspondant à une consommation x du produit « médiation » et une consommation y du produit « non-médiation ». Le fait qu'il y ait plusieurs courbes (et donc plusieurs niveaux de satisfaction) ne peut avoir de sens ici qu'en intégrant de manière sous-jacente le facteur temps. Comme nous le rappelons, il y a un processus de dégradation du différend en litige, puis en contentieux : parce que la consommation de médiation peut se faire à différents stades de développement du conflit nous considérons alors qu'à chaque stade où ce choix est fait correspond un niveau de satisfaction.

Rappelons ici que le comportement de maximisation des consommateurs tend en théorie à les pousser, lorsqu'ils sont sous contrainte budgétaire, vers une situation d'équilibre qui ne peut être perturbée que par des chocs exogènes. Cette contrainte est symbolisée par une droite budgétaire, le point d'équilibre étant l'endroit où la droite budgétaire est tangente à la courbe de satisfaction, mais aussi le point où le taux marginal de substitution (TMS) est nul : dans ce cadre les coûts de substitution sont égaux.

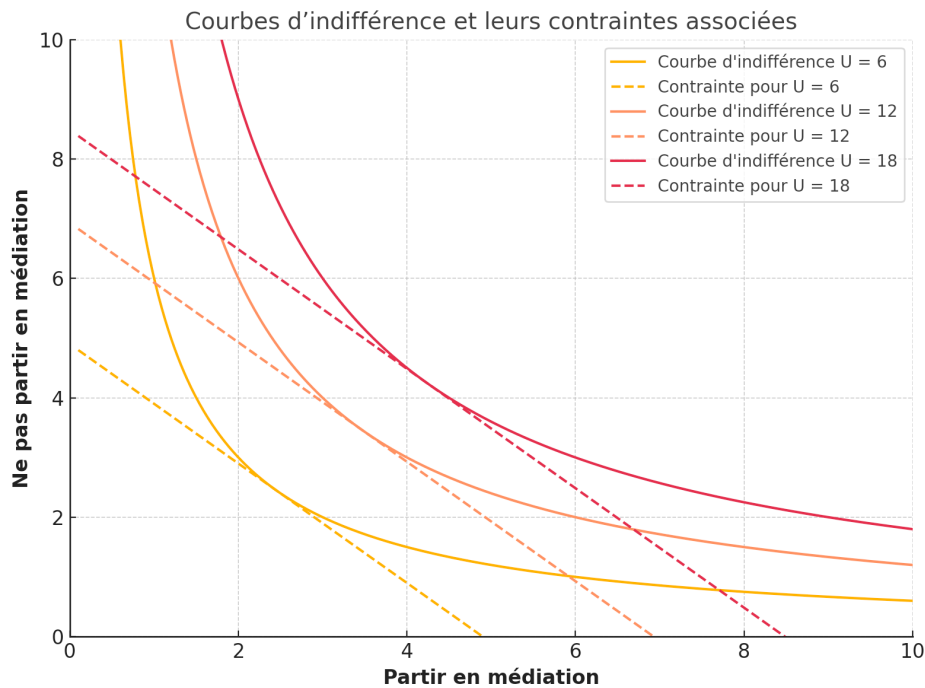
Nous prenons ici l'exemple d'un panier de pommes et de bananes, dont la consommation permet d'illustrer cette tangente, en l'occurrence ici budgétaire. Dans le cas ci-après, le point E représente pour le niveau de satisfaction $U = 12$ la combinaison où le nombre de bananes et de pommes est optimal pour la contrainte budgétaire fixée :



Courbes d'indifférence et point d'équilibre¹⁵²⁰

¹⁵²⁰ Image générée par ChatGPT 4.0.

La duplication de ce raisonnement à l'endroit de la médiation amène à identifier pour chaque niveau d'utilité le point E ou TMS :



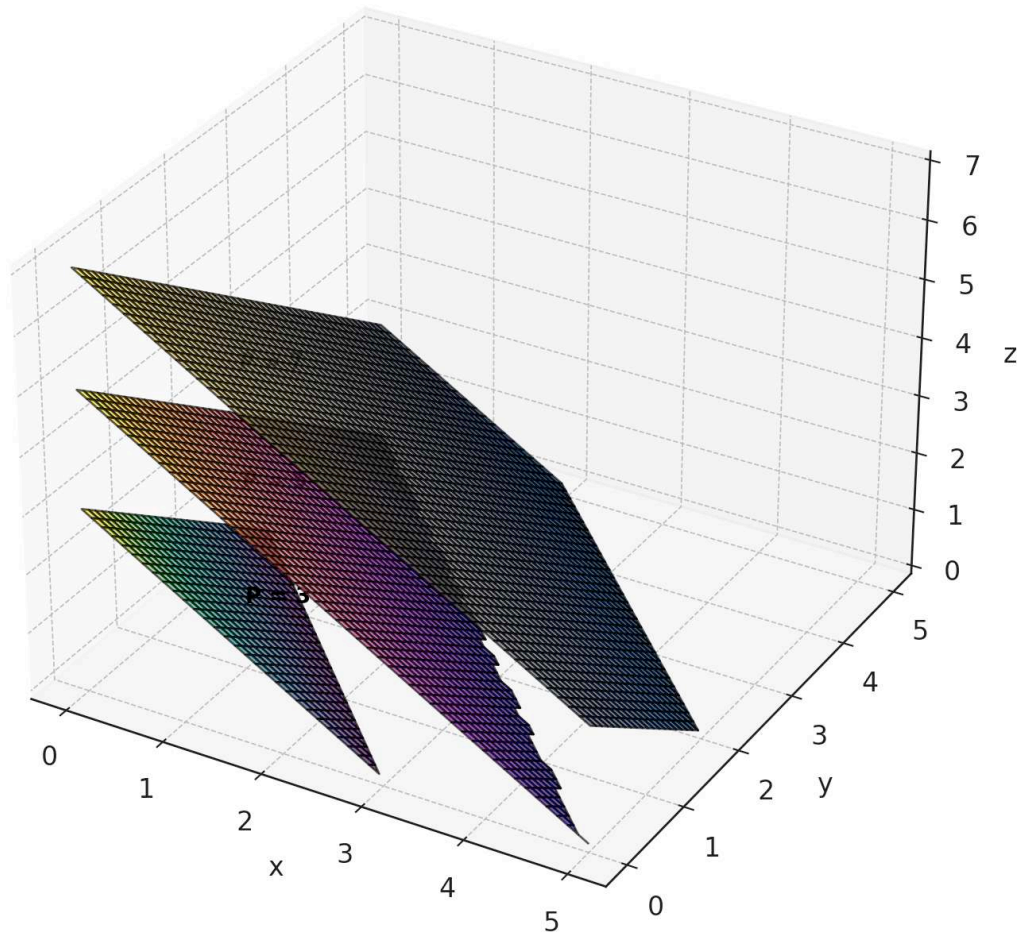
Courbes d'indifférence et point d'équilibre appliqués à la médiation¹⁵²¹

Parce que la contrainte est triple pour la médiation (temporelle, budgétaire et comportementale), selon des degrés divers, il apparaît logiquement et mathématiquement impossible de modéliser cette dernière par une droite. En effet, si le temps est représenté par x , l'argent par y et la capacité de compréhension par z alors chaque point (P) de chaque courbe d'indifférence est égal à : $P=x+y+z$.

Cette équation amène à une représentation en trois dimensions (x,y,z) d'une famille de surfaces. La difficulté à imaginer cette famille (qui part du point 0 pour aller mathématiquement jusqu'à l'infini) nous a ainsi amené à en dessiner trois, une pour $P = 3$, une autre pour $P = 5$, enfin une autre pour $P = 7$:

¹⁵²¹ Ibid.

Surfaces pour différentes valeurs de $P = x + y + z$ avec étiquettes



Famille de surfaces pour $P = x + y + z = \text{temps} + \text{argent} + \text{compréhension}$ ¹⁵²²

Dès lors, comment améliorer l'efficacité de cette fonction, pour améliorer les chances de trouver un consentement mutuel pour partir en médiation ?

Si le raffinement mathématique est intéressant au point de vue conceptuel, il peut être sujet à interprétation diverse, voire à critique : comment par exemple modéliser mathématiquement un niveau de compréhension ? La théorie du consommateur montre ainsi ses limites lorsqu'elle est appliquée au choix de consommer ou pas une médiation. Les outils proposés par l'analyse économique du droit sont de plus en plus nombreux afin de nous aider à trouver la combinaison idéale. L'efficacité de Kaldor-Hicks, qui permet de dépasser l'efficacité de Pareto en faisant indemniser (ou en pouvant faire indemniser) toutes les parties perdantes

¹⁵²² Ibid.

par la partie gagnante, nous semble être pour le cas d'espèce le seul secours nous permettant de trouver une solution.

Cette efficacité reposerait néanmoins, dans le cadre d'un différend entre un agent et son administration, sur le fait ou sur la possibilité de trouver des terrains d'entente avec l'administration afin que le gagnant puisse indemniser le perdant. Il conviendrait cependant d'identifier clairement ces leviers en modélisant les échanges possibles et les consensus qui pourraient être trouvés. Cette solution semble ainsi d'une complexité trop importante pour l'apprenti économiste que demeure l'auteur de cette thèse, mais aussi au regard du raffinement extrême du droit de la fonction publique, où un très grand nombre de variables peuvent être interdépendantes. Il suffira pour se convaincre de ce fait là de rappeler par exemple chez les sapeurs-pompiers les difficultés à établir le lien de causalité entre la pénibilité ou la dangerosité de l'activité de service, révélées quotidiennement par le contentieux en la matière.

L'intérêt de cette modélisation des paramètres du différend nous apparaît donc limitée, l'équation ne pouvant être ramenée à une seule variable monétaire. Elle pourrait néanmoins être pertinente par la notion de surface qu'elle introduit dans la réflexion sur l'échange entre les potentiels médiés, éventuellement via le médiateur : l'objectif pour déclencher une médiation peut être de trouver une surface de contact *commune* entre l'agent et l'administration, cette surface étant déterminée comme tout plan en mathématique par trois points : (X1, Y1, Z1). Par intuition cette surface pourrait être déterminée par les variables majeures conditionnant le choix de partir ou pas en médiation, définies auparavant¹⁵²³ ou à déterminer en fonction du cas d'espèce¹⁵²⁴, ce qui renforce l'idée que l'analyse économique du droit est une méthode plastique d'appréhension d'un phénomène juridique, devant s'adapter à la « forme » de l'objet qu'elle étudie.

Il apparaît donc intéressant de recourir à la théorie des jeux pour tenter d'améliorer ce consentement à la médiation, qui peut dans le cadre de cette analyse économique être une phase « répétitive » quel que soit le différend ou le contentieux fonction publique.

¹⁵²³ Temps, argent, compréhension

¹⁵²⁴ Cet approfondissement n'a pas pu être réalisée dans le cadre de cette recherche, par manque de temps mais aussi de compétences économiques poussées. Il démontre néanmoins selon nous l'absolue nécessité de développer des équipes pluridisciplinaires de juristes et d'économistes, afin de livrer des analyses économiques du droit robustes

L'administration A et l'agent C, mais aussi le médiateur B en direction de A et de C, ont en effet la *possibilité*¹⁵²⁵ de se retrouver à de multiples reprises, en phase d'invitation à la médiation (de A vers C ou de C vers A) ou de recueillement du consentement à la médiation (interaction entre A, B et C à l'initiative du juge administratif) dans des phases d'échange. Le recours aux jeux de coordination et de coopération permettrait alors d'éclairer des dysfonctionnements et/ou de suggérer des améliorations dans le processus d'échange que porte le droit de la médiation administrative.

II. Les jeux de coordination et de coopération appliqués à la médiation administrative

La théorie des jeux est largement utilisée par l'analyse économique du droit pour étudier la formation des contrats. La médiation administrative étant un processus contractuel, il est ainsi possible de recourir aux jeux de coordination (a) et aux jeux de coopération (b) pour modéliser des situations propres à ce mode alternatif de règlement des différends et mettre à jour des biais ou des dysfonctionnements structurels. Cette mise en lumière a en effet pour objectif d'améliorer le droit de la médiation administrative, par l'ajout de procédures supplémentaires ou de systèmes corrigeant les défaillances quasi naturelles du dispositif.

a. Les jeux de coordination appliqués à la médiation administrative

Parce qu'un jeu de coordination modélise des situations d'interaction au sein desquelles deux participants auraient toute latitude dans le choix à opérer entre deux situations binaires, mais où ils auraient également un intérêt commun à ce que leur comportement soit adapté à celui de l'autre pour maximiser leur utilité, il peut permettre d'analyser la médiation sous un angle nouveau. Rappelons pour mémoire que nous avons retenu trois jeux de coordination particulièrement intéressants pour modéliser des situations

¹⁵²⁵ Rappelons ici que l'efficacité de Kaldor-Hicks repose non pas sur le fait que les gagnants indemnisent les perdants, mais que les gagnants puissent indemniser les perdants. La possibilité est ainsi un concept majeur, que nous reprenons ici par intuition, ce qui peut constituer un biais d'analyse.

où la médiation pourrait être envisagée : le jeu de simple coordination (1), le jeu de coordination asymétrique (2), le jeu de coordination par différenciation (3).

1. Le jeu de simple coordination

Le jeu de simple coordination est à ce titre particulièrement intéressant, car il simule une situation où l'enjeu pour chaque joueur est faible, mais où la capacité à se coordonner va permettre un gain social. Comme nous l'avons vu précédemment dans le cadre de l'étude de la médiation, cette capacité qu'aurait A et C de se coordonner est importante dès lors que le litige ne s'est pas cristallisé. C'est ce que rappelle d'ailleurs Amaury Lenoir, délégué national à la médiation pour les juridictions administratives, lorsqu'il milite pour la mise en œuvre de la médiation dans des litiges à venir : « Si la médiation est possible à tous les stades de vie d'un litige, elle est par nature plus opportune et plus efficace lorsqu'elle est mise en œuvre dans le cadre de litiges naissants ou émergents »¹⁵²⁶.

La médiation préalable obligatoire (MPO) est ainsi une « règle » qui apparaît comme une solution courante à la problématique du développement de la médiation, cette dernière étant envisagée comme un jeu de simple coordination : le caractère obligatoire « permet » un gain social. La médiation volontaire¹⁵²⁷ pourrait ainsi constituer un autre type de règle au sein des administrations qui souhaiteraient l'utiliser pour régler des litiges relatifs à la gestion des ressources humaines (RH). Cette médiation volontaire pourrait amener les administrations à insérer dans les processus de gestion RH une phase obligatoire de médiation interne. Ceci conduit à formuler ainsi une première préconisation.

Préconisation n°1 : Comme la médiation préalable obligatoire (MPO), la médiation volontaire pourrait être insérée dans les conflits naissants autour de certains processus RH. Les processus visés doivent être sources de différends, pouvant ainsi correspondre avec les thématiques particulièrement propices à la médiation administrative.

¹⁵²⁶ CE, Communiqué de presse du 28 mars 2022, Retour sur 5 années de médiation administrative.

¹⁵²⁷ Par médiation volontaire il est entendu médiation à l'initiative d'au moins une partie.

La mise en œuvre de cette disposition nécessiterait de pouvoir recourir à un médiateur rapidement : ainsi le médiateur est « interne »¹⁵²⁸, c'est-à-dire soit agent de l'administration, comme c'est le cas dans de nombreuses collectivités territoriales, soit un médiateur externe rapidement mobilisable.

2. Le jeu de coordination asymétrique

Le jeu de coordination asymétrique est une situation de monopole bilatéral où les enjeux entre les participants sont forts et différenciés. Elle peut être illustrée par une situation de marché où il n'existerait qu'un offreur A et qu'un demandeur B. Dans ce type de situation en face à face simple les coûts et les gains de chacune des parties ne sont pas fixes, ils sont ainsi largement dépendants du pouvoir de conviction de A sur B et de B sur A, eux-mêmes fonction leurs mérites et vertus respectifs.

Une médiation administrative peut ainsi, notamment si elle passe par le canal d'une ordonnance deux en un, être modélisée par ce type de jeu. Le médiateur B est en effet un offreur, tandis que A et C sont potentiellement des demandeurs. Il existe cependant une différence fondamentale entre d'un côté B et d'un autre côté A et C : le premier a le challenge d'emporter l'adhésion de A et C, tandis qu'A et C n'ont aucun challenge ou défi à relever. A et C n'ont ainsi aucun élément en jeu (l'enjeu est donc nul en ce qui les concerne), si ce n'est le fait d'accroître potentiellement, sur le long terme, leur utilité. Il y a ainsi une asymétrie de position qui biaise ce jeu, ce qui pourrait militer au point de vue de l'analyse économique sur le fait de pénaliser à la marge A et C en cas de refus de la médiation, au motif que leur refus pénalise l'utilité espérée pour l'ensemble des acteurs et, in extenso, pour la société dans son ensemble. Cette solution est évidemment inspirée du système judiciaire américain : l'incapacité des parties à transiger et la nécessité de faire trancher par un juge emporte

¹⁵²⁸ Direction générale des finances publiques (2022), Guide de la médiation interne. Voir également le site du médiateur interne de la ville de Paris : https://mediation.paris.fr/mediation/jsp/site/Portal.jsp?page_id=4 . Rappelons pour mémoire que chaque collectivité locale a par ailleurs la possibilité d'établir une convention avec le centre de gestion de la fonction publique territoriale dont elle relève, afin de pouvoir organiser ponctuellement une médiation ou de manière plus pérenne une fonction de médiation interne.

toujours des conséquences au point de vue des peines prononcées, qui sont beaucoup plus lourdes si elles sont prononcées par le juge sans accord préalable des parties¹⁵²⁹.

La question reste néanmoins de savoir quelle pourrait prendre la forme de cette pénalité, qui serait alors infligée par le magistrat administratif à l'une ou aux deux parties. Si la pénalité financière est la première qui vient à l'esprit, il serait également possible de penser à une pénalité venant alourdir en cas de plein contentieux une condamnation que le juge administratif pourrait prononcer à l'encontre d'une partie qui aurait refusé une médiation, cette possibilité comportant des limites évidentes¹⁵³⁰. Un développement de l'article L.761-1 du code de justice administrative (CJA) pourrait néanmoins amener à préciser la mécanique d'imputation des frais et dépens, pour infliger une pénalité financière à la partie qui aurait refusé la médiation. Ceci conduit à formaliser une deuxième préconisation.

Préconisation n°2 : le jeu de coordination asymétrique, appliqué à l'ordonnance deux en un, milite pour l'introduction d'un enjeu pour l'administration et pour l'agent, pénalisant l'un ou l'autre en cas de refus de la médiation.

Si cette hypothèse est séduisante au point de vue conceptuel, elle semble difficilement envisageable en France, où le système judiciaire, qu'il soit privé ou public, repose largement sur la procédure inquisitoriale. Elle pose néanmoins la question de l'incitation avec une acuité particulière. Le droit pénal est à ce titre éloquent : si une cour d'appel ne peut, en France, sur le seul appel du prévenu, aggraver le sort de l'appelant, la pratique est autre aux Etats-Unis. L'incapacité à transiger dans le cadre d'un « *plea bargaining* » va en effet inciter le juge à prononcer des peines plus sévères, dans le cadre de ce qui pourrait être qualifié d'une automacité agissant à elle seule comme une incitation.

¹⁵²⁹ La pénalité doit avoir un caractère incitatif afin d'encourager le demandeur et le défendeur à faire le choix de la médiation, à l'instar du *plea bargaining* (transaction entre les parties), préférable pour le justiciable américain à un procès long et potentiellement plus dolosif.

¹⁵³⁰ Une telle hypothèse semble néanmoins difficilement envisageable, car elle introduirait alors une inégalité entre les justiciables relevant d'une part du contentieux de l'excès de pouvoir (qui ne prononce qu'une annulation), d'autre part du plein contentieux.

3. Le jeu de coordination par différenciation

Le jeu de coordination par différenciation des rôles est une simulation qui permet de mettre en relief l'importance des règles de communication, qui sont capitales pour accroître l'efficacité d'un échange qui doit se dérouler dans un délai contraint.

Son utilisation pourrait être utile pour améliorer les modalités d'échange entre l'administration A, le médiateur B et l'agent public C, car ces dernières ne sont pas précisées par le code de justice administrative (CJA), ce qui laisse une grande latitude aux juridictions et génère, de facto, une grande hétérogénéité en la matière. Or l'édiction d'une ordonnance deux en un¹⁵³¹ par la juridiction administrative enserrme A, B et C dans un cadre temporel et procédural rigide qui nécessite des règles de communication de base pour fluidifier la procédure : de manière assez intuitive des délais de réponse pour A et C, aux propositions du médiateur B, pourraient être ainsi fixés par l'ordonnance. Ceci conduit à formaliser une troisième préconisation.

Préconisation n°3 : le jeu de coordination par différenciation militerait pour l'imposition de délais de réponse des parties aux sollicitations du médiateur, via l'ordonnance qui permet d'ordonner la médiation.

Cette imposition de délais nécessiterait l'adjonction d'une disposition supplémentaire dans le code de justice administrative (CJA), qui permettrait par ailleurs de fixer un délai en cas de médiation volontaire entre l'agent et l'administration. Cette évolution législative ou réglementaire trouve par ailleurs un écho particulier avec l'idée d'une « expertise médiation », que l'article R.621-1 du CJA rend possible :

« La juridiction peut, soit d'office, soit sur la demande des parties ou de l'une d'elles, ordonner, avant dire droit, qu'il soit procédé à une expertise sur les points déterminés par sa décision. L'expert peut se voir confier une mission de médiation. Il peut également prendre l'initiative, avec l'accord des parties, d'une telle médiation. Si une médiation est engagée, il en informe la juridiction. Sous réserve des exceptions prévues par l'article L. 213-2, l'expert remet

¹⁵³¹ TA Bordeaux, Notice d'information sur la médiation administrative : <https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://bordeaux.tribunal-administratif.fr/Media/mediatheque-ta-bordeaux/documents/2023/juin/notice-d-information-ordonnance-2-en-1-parties&ved=2ahUKEwjx5IO7x4CQAxWQvicCHWgLJA8QFnoECBkQAQ&usg=AOvVaw2Dw8zXyE75drEEAp5V7Dtt>

son rapport d'expertise sans pouvoir faire état, sauf accord des parties, des constatations et déclarations ayant eu lieu durant la médiation ».

Si le débat au sujet de cet expert médiateur n'en est qu'au début¹⁵³², il nous semble que cette mesure aurait l'avantage de poser un cadre de communication souple et sûr, sans évoquer les avantages que pourraient receler cette double casquette d'expert et de médiateur.

Parce que les jeux de coordination ne permettent pas de modéliser toutes les situations archétypiques pouvant exister en phase d'identification de la pertinence d'une médiation ou en phase de recueil d'accord, il est utile de s'intéresser aux jeux de coopération.

b. Les jeux de coopération appliqués à la médiation administrative

Les jeux de coopération permettent d'étudier les règles de réciprocité, particulièrement intéressantes dans les jeux à deux joueurs. Le jeu du faucon et de la colombe, qui modélise une situation où les enjeux sont forts pour les deux joueurs, démontre ainsi qu'une position agressive de l'un des joueurs doit inciter l'autre joueur à adopter une solution plus conciliante. Il n'est cependant pas d'un grand secours pour la modélisation d'un processus de médiation, la sanction d'un échec ou d'un refus de la médiation n'engendrant pas au point de vue juridique des enjeux majeurs.

Le jeu du dilemme du prisonnier est plus intéressant dans le cas de la médiation, même si la « peine » encourue par chacun des joueurs en fonction de son positionnement vis-à-vis de son interlocuteur est variable en fonction du type de litige. Rappelons que ce jeu met en jeu la police et deux voleurs, soit trois acteurs. Il est ainsi pertinent pour l'étude de la médiation administrative, qui voit également la réunion de trois acteurs.

¹⁵³² BAU Philippe (2024), « L'expert-médiateur ou le médiateur-expert : un oxymoron ? », La gazette du Palais, 6 février 2024, n°4.

La place de la police¹⁵³³ dans le jeu initial pourrait être occupée par le médiateur B, chargé de convaincre l'administration A et l'agent C de partir en médiation : comme la police a un intérêt à arrêter un délinquant, le médiateur B a un intérêt à voir la médiation acceptée par les potentiels médiés. Si B laisse entrevoir à A ses perspectives de gain en fonction de son acceptation ou pas de partir en médiation, qu'il parvient à le convaincre mais aussi qu'il arrive à faire de même avec B, alors la médiation a des probabilités fortes de démarrer.

Le message de B vers A et C est ainsi d'une importance capitale, étant entendu qu'il est unique pour des motifs de droit et d'égalité de traitement, mais aussi que dans une perspective d'analyse économique du droit les acteurs sont rationnels. Sa pertinence est ainsi proportionnelle aux perspectives de gain qu'il peut laisser entrevoir à chaque partie si elle décide de partir en médiation.

La médiation peut en effet permettre de raccourcir le délai de traitement du litige, de réduire le coût financier ou d'accroître le degré de compréhension (et donc d'acceptation) des décisions faisant grief. Si le message de B vers A et C doit successivement envisager ces trois types de gain au point de vue théorique, qu'il le fait de manière pratique au regard des multiples communications de la justice administrative sur les avantages¹⁵³⁴ de la médiation, il s'inscrit néanmoins dans un temps court où les revirements de position de A et de C sont possibles mais limités. Modéliser une phase de consentement à la médiation par le seul jeu du dilemme du prisonnier n'a ainsi qu'un intérêt très limité, puisque cette approche ne permet que de justifier sous l'angle de la théorie économique ce qui relève avant tout du bon sens (qui est souvent économique...).

Le jeu de longue haleine est néanmoins une extension particulièrement intéressante du jeu du dilemme du prisonnier. Il mime en effet une interaction répétitive sur le modèle du jeu du dilemme du prisonnier, mais où les joueurs disposent de N coups pour maximiser leur bien-être. Ce jeu démontre ainsi qu'un nombre de répétitions important, basé sur le principe simple du « donnant/donnant », amène ainsi les joueurs à approcher un équilibre de Nash et

¹⁵³³ Il ne s'agit bien entendu que de la place de la police, chargée de « négocier » les aveux des prisonniers via des incitations, formées par les perspectives de peine qui attendent chacun d'eux s'ils ne se dénoncent pas ou ne dénoncent pas leur partenaire

¹⁵³⁴ D'après nos échanges avec Elsa Costa au sujet de la recherche par le médiateur, dans le cadre d'une ordonnance 2 en 1, du consentement à la médiation par les parties, nous pouvons affirmer que ce « teasing » est systématiquement fait.

être ainsi dans une approche coopérative. Rappelons également que le jeu de longue haleine permet également de simuler des processus longs, où l'évolution des stratégies des acteurs se fait grâce au retour d'expérience et à l'apprentissage selon le schéma bien connu « essai/erreur/essai/réussite ». Ce type de jeu permet également d'identifier, par une analyse des séries de répétition, les facteurs qui vont nourrir les conflits. Cependant, comment utiliser ce modèle de jeu appliqué à la médiation, où les parties A et C n'ont que peu de temps pour être dans la logique de l'essai/erreur/essai/réussite ? Si les personnes désignées comme A, B et C changent à chaque fois qu'une médiation est ordonnée ou envisagée, ils pourraient ne pas changer au point de vue logique ou mathématique, ou changer de manière limitée, afin d'accroître l'apprentissage et l'expérience des entités partant en médiation.

Pour que le médiateur B acquiert à chaque tentative de médiation plus de compétence à rechercher le consentement des parties, il serait logique de réduire les personnes physiques ou morales qui jouent le rôle de B dans le ressort d'une juridiction administrative ou au sein d'une administration qui aurait décidé de mettre en place un médiateur interne/conventionnel. Un faible nombre de médiateurs permettrait en effet d'accroître le nombre d'expériences de chacun.

Si A et C ne sont bien évidemment pas les mêmes à chaque médiation, plusieurs personnages clés, qui gravitent autour de A et C, voire qui les conseillent, sont néanmoins au cœur du processus devant amener chaque partie à donner ou pas son accord pour partir en médiation. Le premier personnage est souvent le médiateur B lui-même. Il doit être correctement formé et pourrait être dûment habilité par une inscription sur une liste d'aptitude¹⁵³⁵, deux éléments qui sont au fondement de la création du Conseil national de la médiation, placé auprès du ministre de la justice¹⁵³⁶.

¹⁵³⁵ Chaque juridiction administrative dispose d'une liste de médiateurs mobilisables sur son ressort, l'inscription sur cette liste étant réalisée *intuitu personae* par la juridiction elle-même. Le deuxième congrès sur toutes les médiations, organisé le 5 octobre 2022, a notamment vu l'organisation d'une plénière dont le sujet était « Comment garantir aux citoyens l'accès à un médiateur qualifié pour une médiation de qualité ? ». Le débat de la qualité du médiateur, qui n'est pas une profession reconnue comme telle à contrario de la profession d'avocat, est en effet fort au sein de la communauté des médiateurs. Les questions sont nombreuses : faut-il un diplôme national ? Faut-il mettre en place un ordre ? Etc. A la multiplicité des écoles de formation à la médiation répond aujourd'hui un système d'assurance qualité, porté par l'Institut français de certification des médiateurs (IFCM), association qui accrédite de la conformité des pratiques au standard international émis par l'International mediation institute (IMI), norme qui relève éminemment de la *soft law*.

¹⁵³⁶ Arrêté du 25 mai 2023 portant nomination au Conseil national de la médiation.

Les conseils respectifs des parties sont souvent le deuxième personnage de la médiation. Ils ne sont pas nombreux dès lors qu'ils ont une spécialité reconnue en droit public et peuvent jouer un rôle positif dans le développement de la médiation, s'ils sont suffisamment informés sur ce procédé. Le système de la formation permanente des avocats pourrait ainsi être un vecteur de diffusion de cette pratique, sachant par ailleurs que l'on compte de plus en plus d'huissiers au sein des juridictions administratives, d'avocats spécialisés en droit public et de magistrats administratifs parmi les médiateurs administratifs.

Les organisations syndicales et professionnelles pourraient enfin constituer le troisième et dernier personnage clé de ce processus¹⁵³⁷, notamment chez les sapeurs-pompiers où le taux de syndicalisation est élevé. Ceci conduit à formaliser une quatrième préconisation.

Préconisation n°4 : le jeu de longue haleine démontre l'utilité de l'apprentissage par l'erreur. Il pourrait ainsi démontrer que le contrôle de la qualité et la régulation de la quantité des médiateurs dans un périmètre donné pourrait accroître leur compétence personnelle pour aller chercher le consentement des parties, mais aussi que la formation des avocats ou des organisations syndicales pourrait constituer un facteur majeur de développement de la médiation.

Cette préconisation s'inscrit dans le cadre d'un autre débat actuel, sur la professionnalisation et la qualification des médiateurs intervenant au titre des médiations administratives. Elle a ainsi amené le Conseil d'État à formaliser un référentiel à l'usage des juridictions administratives, permettant à ces dernières de sélectionner des médiateurs à même de s'adapter aux contraintes spécifiques de la médiation administrative¹⁵³⁸. Notons incidemment que la question de l'évaluation du médiateur n'est pas encore abordée, très probablement à cause de la complexité de ce sujet. Enfin, notre recherche a pu constater les efforts déployés par les barreaux, les organismes de formation continue des avocats et les

¹⁵³⁷ La confédération française du travail (CFDT), syndicat majoritaire en France, plaide ainsi en faveur de la médiation administrative, qu'elle envisage comme un système de régulation sociale palliant la suppression des commissions administratives paritaires (CAP) : cf. arrêté du 24 décembre 2021 portant application dans les ministères économiques et financiers du décret n° 2002-612 du 26 avril 2002 instituant un médiateur du ministère de l'économie, des finances et de la relance ; <https://finances.cfdt.fr/sinformer/actualites-du-ministere-des-finances/decisions-defavorables-aux-agents-une-mediation-a-geometrie-variable> .

¹⁵³⁸ CE, 2022, Référentiel de sélection des médiateurs à l'usage des juridictions administratives.

organisations syndicales, afin de faire connaître et de développer ce mode alternatif de règlement des différends (MARD).

Ces conclusions théoriques doivent néanmoins être analysées au prisme d'une critique sur la pertinence des modèles choisis, mais aussi de la réalité. Comme cela a été rappelé à plusieurs reprises au point de vue théorique l'analyse économique du droit est en effet plus un cheminement intellectuel qu'une théorie rigide : elle doit s'adapter à chaque objet juridique étudié, dans le cadre du cheminement intellectuel personnel de celui qui utilise ce corpus de connaissances. Il existe donc une limite épistémologique, que la théorie des jeux appliquée à la médiation administrative vient d'illustrer à l'instant : il existe un différentiel, parfois important, entre ce que la théorie économique permet d'inférer et la réalité juridique. Il importe ainsi de l'identifier et de voir s'il est possible de le dépasser, afin de valider l'utilité du recours à l'analyse économique du droit.

B. Limites épistémologiques de l'approche et dépassement

L'analyse de la mécanique du consentement à la médiation comporte un certain nombre de limites, qui sont listées ci-après de manière non exhaustive et qui ont vocation, dans une optique scientifique, à être discutée afin d'améliorer l'analyse et ses préconisations. Cette autocritique de l'approche aboutit également à la formalisation de préconisations supplémentaires. Elle conclue néanmoins que l'anomalie des préférences du consommateur peut invalider en partie le choix de la théorie du consommateur (I), mais aussi que la théorie des jeux aboutit à des conclusions difficiles à mettre en œuvre mais potentiellement adaptables à la réalité (II).

I. L'anormalité des préférences du consommateur de médiation invalide en partie le choix de la théorie du consommateur pour analyser le consentement

En premier lieu l'analyse économique du droit, en assimilant les parties antagoniques à des consommateurs susceptibles de faire ou pas le choix de partir en médiation, comme ils décideraient de consommer un bien X ou un bien Y, est dans une situation limite. En effet, A et C ne peuvent pas consommer de manière rationnelle un peu de médiation, avant

d'interrompre le processus et de reprendre une voie de résolution du litige classique. De plus les préférences du consommateur (à savoir A et C) ne sont pas des relations de préférence normales. Rappelons ici qu'une relation de préférence est dite normale quand elle est conforme à l'hypothèse de non-saturation¹⁵³⁹ et de convexité¹⁵⁴⁰.

En second lieu, la théorie du consommateur ne prend pas en compte un phénomène irrationnel comme l'honneur. Or nous avons vu que la logique de l'honneur était un processus fondamental dans le refus de partir en médiation, quand bien même cette alternative au litige serait envisagée suffisamment tôt. En effet, si cette mécanique de l'enkystement est souvent à l'œuvre dès lors que de multiples étapes de reprise de dialogue ont échoué en amont, elle nous semble aussi être le fruit d'un climat social global où la qualité du dialogue et la sagesse de l'autorité territoriale d'emploi doivent être reconnues par les partenaires sociaux. La médiation doit ainsi s'inscrire dans un climat serein et de respect mutuel, condition nécessaire mais pas suffisante au développement de la médiation dans une organisation publique, qui plus est un SDIS où, si le dialogue social est une attention de tous les instants, la dimension opérationnelle ne laisse aucune place au management : parce que les sapeurs-pompiers commandent lorsqu'ils sont sur intervention, ils peuvent aussi commander inconsciemment dans la gestion du quotidien, quand il faudrait manager. Cette erreur est souvent le déclencheur de conflits profonds entre sapeurs-pompiers de grades différents.

En troisième et dernier lieu, l'application de la théorie du consommateur pour étudier la mécanique du consentement à la médiation ne permet pas de modéliser entièrement la situation, puisqu'il s'agit en l'espèce de modéliser le lien entre l'offreur B de médiation et l'administration A, puis le lien entre l'offreur B de médiation et l'agent C (ou inversement). Or il serait nécessaire d'étudier dans un même modèle les interactions de A, B et C. Si ce modèle existe il conviendrait de le trouver par une collaboration active avec un économiste rompu aux différents modèles mathématiques pouvant être utilisés en pareille circonstance, notamment la construction de modèles principal-agent issus d'expérimentations réelles¹⁵⁴¹.

¹⁵³⁹ L'hypothèse de non-saturation des préférences postule que le consommateur cherche à toujours consommer plus de chaque bien, ou au moins un des deux biens, parce que ce choix lui permet d'accroître son utilité.

¹⁵⁴⁰ L'hypothèse de convexité des préférences postule que le consommateur préfère les paniers diversifiés entre les biens X et les biens Y, plutôt qu'un panier à produit unique qui ne comporterait que le bien X ou que le bien Y.

¹⁵⁴¹ WILLINGER Marc et KESER Claudia (2000), « La théorie des contrats dans un contexte expérimental : un survol des expériences sur les relations *principal-agent* », Revue d'économie industrielle, Année 2000, 92, p.237-253.

Ces dernières permettent d'observer des comportements, pour en déduire des prédictions comportementales, elles demeurent néanmoins difficiles à organiser, d'autant plus s'il s'agissait de reproduire les conditions d'une médiation.

La théorie des jeux a néanmoins pu apporter un éclairage plus solide au point de vue théorique.

II. La théorie des jeux aboutit à des conclusions difficiles à mettre en œuvre mais potentiellement adaptables à la réalité

Le jeu de simple coordination, qui milite pour le lancement précoce d'une médiation conventionnelle, semble à première vue enfoncer une porte ouverte. S'il s'agit pour l'instant d'un vœu pieux répété à l'envie par tous les professionnels et les promoteurs de la médiation, il est néanmoins possible d'identifier des systèmes permettant de déceler des « signaux faibles » qui pourrait venir indiquer à l'administration l'intérêt d'une médiation conventionnelle, avant l'éventuel déclenchement d'une action juridictionnelle.

Les procédures de signalement, rendus obligatoires dans l'administration par l'article 80 de la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique, sont ainsi susceptibles de fournir des indications particulièrement pertinentes en ce sens. Ceci conduit à formaliser une cinquième préconisation, dont le fondement est purement empirique et issu de l'observation quotidienne des pratiques en matière de gestion des ressources humaines.

Préconisation n°5 : Le décret n° 2020-256 du 13 mars 2020 relatif au dispositif de signalement des actes de violence, de discrimination, de harcèlement et d'agissements sexistes dans la fonction publique qui met en place un dispositif de recueil et d'instruction des signalements pourrait constituer un système d'identification des médiations conventionnelles à proposer le plus rapidement possible.

Le jeu de coordination asymétrique, en concluant qu'il faudrait pénaliser l'administration A et/ou l'agent C pour avoir refusé le principe de médiation et ainsi réduire l'utilité globale pour la société dans son ensemble, n'est pas en l'état du droit français applicable. Il nécessiterait une extension et une systématisation de la transaction, sur le

modèle du plea bargaining¹⁵⁴² en matière pénale aux Etats-Unis (USA) et des conséquences qu'il emporte en matière d'alourdissement des peines en cas de jugement classique devant le magistrat. Il pourrait être alors nécessaire de s'appuyer sur la notion d'intérêt général et de conciliation entre les intérêts personnels et l'intérêt général, pour fonder une telle mesure, en répondant successivement à « quatre grandes questions : faut-il définir l'intérêt général à partir des intérêts individuels des membres de la société ? Peut-on agréger des intérêts individuels connus en un intérêt général ? Le décideur social peut-il découvrir les intérêts individuels pour prendre des décisions conformes à l'intérêt général ? Comment la société approche-t-elle en pratique la poursuite de l'intérêt général ? »¹⁵⁴³.

Comme le conclue le professeur Laffont, partenaire historique du professeur Jean Tirole avec lequel il a étudié au point de vue économique la théorie des incitations, « la poursuite de l'intérêt général, garant de l'avenir d'une communauté d'hommes, exige un effort constant d'adaptation des institutions. La réussite de ce processus repose plus que jamais sur la qualité du contrôle exercé par les citoyens et donc sur le développement de systèmes d'informations indépendants des pouvoirs institutionnels. Cette étape sera difficile pour les États jacobins comme l'État français », notamment au regard du fort risque d'entorse au principe d'égalité¹⁵⁴⁴.

Si le recours à des plateformes d'échange de la donnée - parfois déconnectée de tout lien avec un pouvoir étatique comme les plateformes citoyennes, nous semble trop disruptif ou trop futuriste pour l'évolution de la médiation, la mise en place de l'audience de règlement amiable en matière de procédure civile mérite une attention particulière. Le décret n° 2023-686 du 29 juillet 2023 portant mesures favorisant le règlement amiable des litiges devant le tribunal judiciaire, vient en effet insérer dans le code de procédure civile un nouvel article 774-2 fondant un nouveau type d'audience, l'audience de règlement amiable (ARA) : « L'audience de règlement amiable a pour finalité la résolution amiable du différend entre les parties, par

¹⁵⁴² NIANG Babacar (2012), « Qu'est-ce que le plea bargaining ? », Les Cahiers de la Justice 2012/3 (N° 3), Éditions Dalloz, p.89-101.

¹⁵⁴³ CE, Rapport public 1999, Contribution de Jean-Jacques Laffont, Intérêt général et intérêts particuliers, p.421.

¹⁵⁴⁴ Principe qui apporte « deux types d'obligations : l'interdiction de certaines discriminations et l'application uniforme de la règle de droit » : cf. BARROIS DE SARIGNY Cécile (2020), « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État », Conseil constitutionnel : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/le-principe-d-egalite-dans-la-jurisprudence-du-conseil-constitutionnel-et-du-conseil-d-etat>

la confrontation équilibrée de leurs points de vue, l'évaluation de leurs besoins, positions et intérêts respectifs, ainsi que la compréhension des principes juridiques applicables au litige ».

Si l'audience de règlement amiable (ARA) rappelle le rôle conciliateur du juge en matière de procédure civile, il permet surtout président du tribunal judiciaire (TJ) ou au juge de la mise en état de renvoyer en ARA, que les parties soient d'accord ou contre cette mesure de résolution amiable du litige. Le juge qui préside cette audience d'un genre nouveau ne peut plus siéger au fond et n'est pas assisté pendant cette audience d'un greffe, afin de garantir la confidentialité des échanges entre les parties, qui ne peuvent se faire représenter pour l'occasion.

S'il est d'ores et déjà possible de s'interroger sur la possibilité de mettre en place ce type d'audience dans des tribunaux judiciaires (TJ) dont le rôle est saturé de manière chronique, il est néanmoins loisible de penser qu'une ARA dans les juridictions administratives pourrait être utile. Elle viendrait cependant buter sur les mêmes écueils que celle des juridictions civiles, à savoir le temps de préparation de cette audience et les moyens alloués pour mettre en place cette procédure au sein du code de justice administrative (CJA), c'est-à-dire probablement un effectif supplémentaire de magistrats administratifs¹⁵⁴⁵. Une idée pourrait cependant consister à faire intervenir le rapporteur, à un moment qu'il considérerait adéquat et opportun au cours de l'instruction du dossier, afin de présenter les principes juridiques applicables au litige et de soumettre à nouveau aux parties une proposition de médiation. Ceci conduit à formaliser une sixième préconisation.

Préconisation n°6 : il serait intéressant d'ouvrir la possibilité à un rapporteur¹⁵⁴⁶ de présider une audience de règlement amiable (ARA) permettant de présenter aux parties et à leurs conseils les principes juridiques applicables au cas d'espèce. Cette audience aurait ainsi,

¹⁵⁴⁵ Ce qui semble inenvisageable à moyen ou long terme au regard des trajectoires des finances publiques de la France, arrêtées par les lois de programmation des finances publiques 2018-2022 et 2023-2027, tendant à désendetter activement par une réduction importante des dépenses publiques.

¹⁵⁴⁶ BOUKHELOUA Naïla (2014), « Le magistrat rapporteur dans le procès administratif », AJDA 2014, p.431. L'évolution des compétences du rapporteur en matière de mesures courantes d'instruction, issue du décret n° 2010-164 du 22 février 2010 relatif aux compétences et au fonctionnement des juridictions administratives, pourrait plaider pour un élargissement de son rôle dans la conduite du procès, notamment parce qu'il n'est pas appelé à siéger dans la formation de jugement, à contrario du rapporteur public. La question resterait néanmoins entière de savoir quel magistrat rapporteur est chargé de conduire cette audience de règlement amiable.

en fonction du cas d'espèce, l'avantage de sensibiliser les parties aux intérêts qui pourraient être les leurs de partir en médiation.

Dans une telle hypothèse, la proposition de médiation ne nous semble pouvoir intervenir que pendant l'instruction du rapporteur et non en amont, l'ARA en matière de procédure civile pouvant être ordonnée à « tous les stades de la procédure »¹⁵⁴⁷. Parce que, « le délai entre la décision d'orientation et le jour de l'audience de règlement amiable peut utilement être mis à profit par le juge et les parties, en ce que le premier peut faire envoyer aux seconds une notice leur présentant de manière synthétique l'ARA ainsi qu'un questionnaire les invitant à répondre succinctement à des questions telles que *qu'est-ce qui est important pour vous ?*, ou *quelles sont, selon vous, les raisons pour lesquelles l'autre partie n'est pas d'accord*, ou encore *quelles sont les propositions que vous êtes prêts à faire pour éviter le procès* »¹⁵⁴⁸, il nous semblerait judicieux de s'inspirer de cela pour positionner le rapporteur au centre de ce dispositif, où la neutralité est de rigueur :

« Le cadre de l'amiable judiciaire conduit le juge à manier différemment le principe de neutralité au cours des débats. En effet, en permettant expressément au juge de présenter les principes juridiques applicables au litige, la loi choisit une règle malléable qui lui autorise une latitude certaine sur l'avis juridique qu'il entend donner (avec subtilité) aux parties. Cette faculté, qui constitue une des plus-values du juge par rapport aux conciliateurs et aux médiateurs (...) est difficile à manier tant le principe de neutralité du juge au cours des débats est essentiel ».

Il conviendrait ainsi d'adapter le rôle du rapporteur, qui n'est pas au centre du dispositif dans le même sens que le juge civil, en étant particulièrement vigilant à protéger sa neutralité.

Le jeu de longue haleine, s'il démontre l'utilité de l'apprentissage par l'erreur, nous semble également militer pour un contrôle de la qualité et de la quantité des médiateurs dans un périmètre donné. Cette régulation pourrait accroître leurs compétences personnelles pour aller chercher le consentement des parties en amont d'une médiation, mais aussi pour mener à bien cette entreprise. Si cette optique théorique semble peu en accord avec l'aspect libéral

¹⁵⁴⁷ VERMEULEN Nicolas (2025), « Un an d'audiences de règlement amiable et des pratiques en réflexion », Dalloz actualités du 30 avril 2025, éditions DALLOZ.

¹⁵⁴⁸ Ibid.

de la pratique, elle est néanmoins à examiner au prisme de la mise en place du Conseil national de la médiation¹⁵⁴⁹, qui travaille notamment à l'élaboration d'une charte de la médiation, mais aussi de modalités d'inscription des médiateurs dans les listes d'aptitude tenues dans le ressort de chaque cour d'appel¹⁵⁵⁰.

Si la théorie des jeux est particulièrement intéressante pour mettre en relief des pistes permettant d'améliorer le processus de médiation administrative, elle ne demeure qu'une modélisation particulière et simplifiée d'une situation d'agence. La théorie qui y est attachée s'avère particulièrement utile pour analyser le processus de délégation, afin d'éclairer sous un jour nouveau la délicate question de la confiance et des coûts de contrôle. La confiance, qui est au cœur du contrat moral entre les médiés et le médiateur, repose en effet sur la confidentialité des données et des pièces échangées, que leur nature peut parfois amener à être produites en médiation, puis dans le cadre du contentieux¹⁵⁵¹.

Il convient donc d'étudier la théorie de l'agence puis de l'utiliser pour envisager sous un angle plus large la médiation, afin de mettre notamment en lumière le rôle fondamental de la confidentialité et de l'information dans le processus de médiation.

¹⁵⁴⁹ Arrêté du 25 mai 2023 portant nomination au Conseil national de la médiation.

¹⁵⁵⁰ Cf. Conseil national de la médiation, Rapport d'étape juin 2023 – novembre 2024 : le rapport d'étape établit une synthèse des travaux du conseil, déclinés selon quatre thématiques et quatre groupes de travail associés. Le GT1 travaille aux réformes de procédure qui permettraient de mieux intégrer la médiation à tous les stades du procès et mieux l'articuler avec les autres modes de l'amiable. Le GT2 travaille sur l'éthique et la déontologie du processus de médiation et du médiateur. Le GT3 étudie les exigences de formation initiale et continue à mettre en place pour avoir des médiateurs et des médiations de qualité. Le GT4 étudie enfin de quelle manière il serait possible d'améliorer les conditions d'établissement des listes de médiateurs par les formations de jugement.

¹⁵⁵¹ CE, avis, 14 novembre 2023, *Société Grands travaux de l'Océan Indien et autres*, Req. N°475648, Rec.

§2. L'enjeu de la confidentialité

La sécurisation de la confidentialité des informations¹⁵⁵² est au cœur du processus de médiation, qui regroupe trois acteurs échangeant des données pour fonder une solution au différend entre l'administration et son agent. Si la contravention au principe de confidentialité est expressément prévue par l'article L.213-2 du code de justice administrative (CJA), elle n'est assortie d'aucune sanction concrète, si ce n'est sa prise en compte par le juge administratif si elle est suffisamment caractérisée. La confidentialité ne demeure par ailleurs, en matière administrative, que relative :

« La confidentialité n'est pas absolue : elle peut, dans certaines hypothèses, être levée sans l'accord des parties. L'article L. 213-2 en prévoit trois. Tel est le cas, en premier lieu, en présence de raisons impérieuses d'ordre public, notion qui peut se présenter sous de multiples formes et s'avérer par là-même difficile à cerner. Il en va de même dès lors qu'existent des motifs liés à l'intérêt supérieur de l'enfant ou à l'intégrité physique ou psychologique d'une personne. Enfin, le médiateur comme les parties sont autorisés à déroger au principe de confidentialité si l'exécution de l'accord conclu rend nécessaire une révélation (...) Ajoutons qu'en cas de violation de l'accord, la partie lésée est autorisée à saisir le juge de l'exécution qui tranchera d'éventuelles divergences d'interprétation des stipulations contractuelles portées devant lui. Une spécificité de la matière administrative réside dans l'imparfaite compatibilité entre la confidentialité de la médiation et les modes de fonctionnement des personnes morales de droit public qui supposent à la fois un degré de contrôle minimum au sein de l'administration et une certaine transparence à l'égard des citoyens »¹⁵⁵³.

Il existe ainsi une tension entre le contrôle de l'administration et le degré de confidentialité qui doit être garanti aux médiés, qui peut être plus largement étudiée au point de vue de l'analyse économique du droit par la théorie de l'agence. Celle-ci est étudiée plus avant (A), avant d'être appliquée l'étude de la médiation (B).

¹⁵⁵² CJA, art. L213-2

¹⁵⁵³ COSTA Elsa (2023), *Médiation administrative*, JurisClasseur administratif, Fascicule 1010, p. 200 et suivantes.

A. La théorie de l'agence appliquée au processus de médiation

La théorie de l'agence¹⁵⁵⁴ étudie en profondeur la notion de délégation, prise dans un sens beaucoup plus large que la notion juridique. En effet, déléguer c'est avant tout « charger quelqu'un d'une fonction, d'une mission, en transmettant son pouvoir »¹⁵⁵⁵. Si la théorie de l'agence a ainsi été développée pour examiner l'efficacité et l'efficience des processus délégatifs au sein des organisations et des marchés, elle nous semble également utile à l'étude de la médiation administrative : utilisée en droit dans la théorie et l'étude des droits de propriété, elle peut être par exemple mobilisée en droit administratif dans l'étude des concessions de service public¹⁵⁵⁶. Parce qu'elle est utilisée dans l'analyse économique du droit¹⁵⁵⁷, elle nous semble mobilisable pour l'étude des procédés de résolution des conflits (I).

En effet, une administration et un agent qui sont en situation antagonique vont confier la résolution de leur différend au juge administratif, qui va être chargé de trancher selon le principe du dispositif, comme dans le procès civil où « la matière de l'instance est la chose des parties »¹⁵⁵⁸. Le juge doit ainsi « respecter la volonté des parties en ne statuant ni *ultra* ni *infra petita* »¹⁵⁵⁹. Parce que les parties ont la possibilité de déléguer la résolution du conflit au dispositif, parce que le juge administratif peut établir une ordonnance deux en un confiant à un médiateur le soin de convaincre les parties et de mener une médiation, il existe plusieurs configurations à examiner en utilisant la théorie de l'agence, qui met en relief les coûts de contrôle dur principal et les coûts liés à l'opportunisme des agents (II).

I. La théorie de l'agence met en relief les coûts de contrôle du principal et les coûts liés à l'opportunisme des agents

La théorie de l'agence énonce qu'un dirigeant X, qualifié de principal, est en situation d'agency quand il délègue une partie de ses objectifs à un agent Y, dont il ne peut contrôler

¹⁵⁵⁴ JENSEN Michael C. et MECKLING William H. (1976), « Theory of the firm : managerial behavior, agency costs and ownership structure », *Journal of financial economics*, Volume 3, Issue 4, october 1976, p.305-360.

¹⁵⁵⁵ Dictionnaire Le Robert.

¹⁵⁵⁶ BIDIASSE Honoré (2017), « La théorie de l'agence et la concession des services publics : le cas des chemins de fer camerounais », *Mondes en développement*, 177(1), p.121-137.

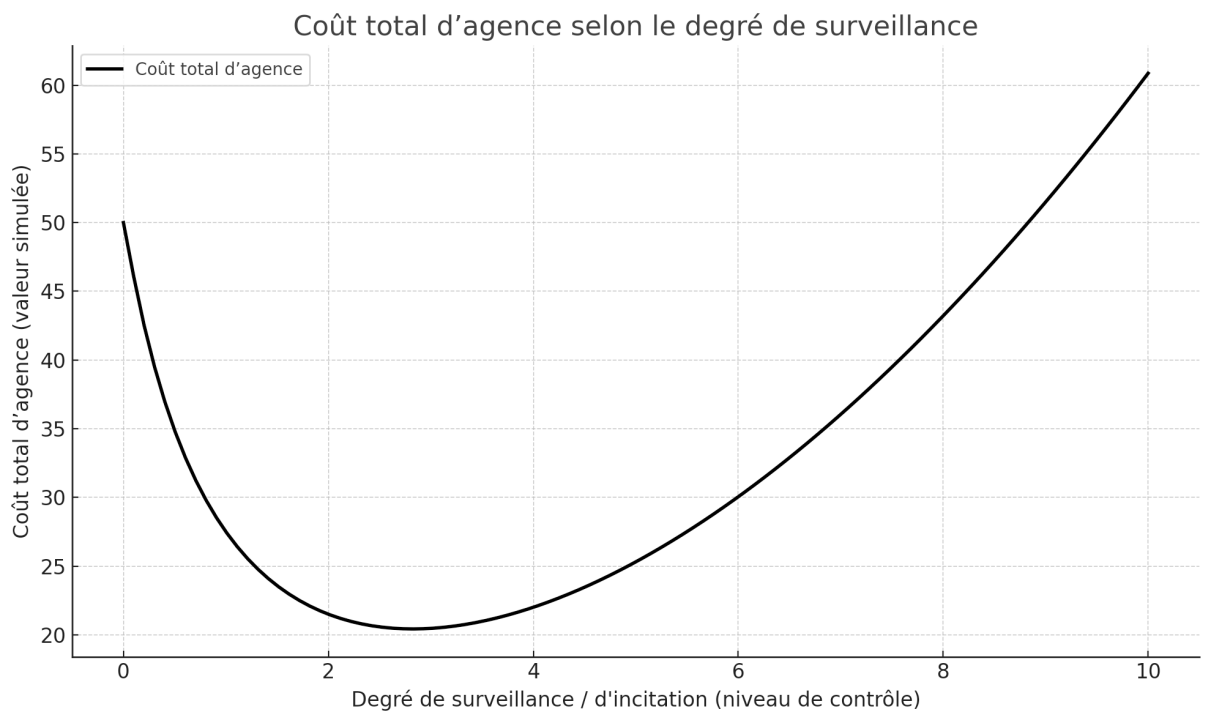
¹⁵⁵⁷ Voir notamment plusieurs articles sur la théorie de l'agence dans de *The Elgar Companion to law and economics*, edited by BACKHAUS Jürgen G., 2nd edition, Edward Elgar Publishing.

¹⁵⁵⁸ MEURANT Cédric (2023), « La structuration des écritures dans le procès administratif », *AJDA* 2023, p.821.

¹⁵⁵⁹ Ibid.

toute l'activité. X fait alors face à des coûts directs (C-direct) liés aux comportements opportunistes et intéressés de Y, mais aussi à des coûts indirects liés au système de surveillance qu'il va mettre en place (C-indirect). La situation d'agence est donc une structure de coûts d'agence (C-agency) où : $C\text{-agency} = C\text{-direct} + C\text{-indirect}$.

Dans cette configuration C-indirect augmente tant que C-agency diminue, puisque l'augmentation des coûts de surveillance s'arrête dès lors qu'il n'est plus possible de réduire le coût d'agence :



Coût total d'agence selon le degré de surveillance¹⁵⁶⁰

Réduire au fil du temps le coût d'une situation d'agence nécessite néanmoins pour le délégant X d'accéder à l'information pertinente sur le délégué Y à moindre coût, ce qui implique de déterminer avec précision les variables qui vont constituer la relation d'agence entre X et Y, mais aussi d'inciter Y à limiter ses actions opportunistes. Le principal doit ainsi déterminer quelles actions vont permettre d'orienter le comportement des agents délégués, pour éviter ou réduire les deux grands problèmes d'agence qui amènent le plus souvent à la

¹⁵⁶⁰ Image générée par ChatGPT 4.0.

rupture de la délégation. Le premier problème est celui de l'opportunisme¹⁵⁶¹, tandis que le second est celui de l'asymétrie d'information entre X et Y. Appliquer la théorie de l'agence au processus de médiation n'est cependant pas facile car elle nécessite dans l'analyse des situations de poser deux questions : qui est le principal et qui est l'agent ? Quelle est la nature du mécanisme incitatif permettant au principal qui délègue un droit à l'agent de voir l'objectif atteint ?

Il est par ailleurs intéressant de se rappeler qu'en situation d'agency le principal et les agents souffrent d'incertitude stratégique, au regard de l'aversion au risque de tout acteur économique. Cette imprévisibilité ne peut être réduite que par une meilleure connaissance des préférences de ces agents. Le principal doit donc être détenteur d'un certain nombre d'informations sur le ou les agent(s) délégué(s), au point qu'un grand nombre de situations d'agency aboutissent à la même question : comment faire croître le niveau d'information entre le principal et l'agent, mais aussi réduire le coût de cette information ?

Appliquer la théorie de l'agence à une situation de médiation administrative amène à modéliser plusieurs configurations principal/agent. Elles sont esquissées en s'interrogeant sur la capacité de délégation des uns et des autres, mais aussi sur la nature des moyens incitatifs permettant de contrôler la délégation. Ces derniers sont néanmoins pléthoriques, car ils dépendent de la nature des acteurs et de la nature des différends, qui vont pour ces derniers différer d'un cas à l'autre en fonction de la situation de fait.

En matière de médiation administrative rappelons qu'il y a quatre acteurs principaux : l'administration A, le médiateur B, l'agent C et le magistrat D. En occultant le fait que A et C peuvent recourir à des conseils, qui occupe la place de principal ?

Une première ébauche de réponse est posée par les économistes Jean-Michel Josselin et Alain Marciano, qui font de l'administration le principal : « The right that is vested in the agent is that of judging the state. Who is to delegate this right? In dualist systems, because

¹⁵⁶¹ Le "free rider problem", ou problème du passager clandestin en français, est ainsi un concept fondamental en économie, en particulier dans l'analyse des biens publics, des incitations collectives et de la théorie des jeux. Le passager clandestin désigne un individu qui bénéficie d'un bien ou d'un service sans en supporter totalement le coût ou sans contribuer à sa production. Le comportement de passager clandestin est typique d'un jeu en dilemme social (comme le dilemme du prisonnier) où l'intérêt individuel entre en conflit avec l'intérêt collectif. Il est un problème économique, car il peut conduire à la faillite d'un système (assurantiel par exemple) ou d'un marché.

the control of the administration is at stake, the state itself is the principal »¹⁵⁶². De même, toujours selon eux, l'agent est le juge administratif désigné pour trancher le litige, selon les règles du contentieux administratif : « He/she addresses the objective legality of administrative decisions and tries to balance public interest and the protection of citizens (...) substantive norms, which are a priori defined, delineate the set of possible actions of the agent »¹⁵⁶³.

Les prérogatives et l'office du juge administratif, fixés par le code de justice administrative (CJA), font ainsi de ce dernier l'agent du principal, qui est l'État. Cela étant posé, quelle est la nature des mécanismes incitatifs permettant au principal de contrôler l'action de l'agent, mais aussi de limiter la velléité naturelle de ce dernier à rechercher des rentes de position ? Josselin et Marciano font de l'organisation de la juridiction administrative l'unique mécanisme de régulation :

« Control of power requires direct influence on administrative litigation structures (...) Napoleon created the Council of State as a dependent agent and this situation prevailed until the end of the nineteenth century when the functioning of the council was modified. The 1872 law acknowledged the necessity of a competition between two principals, namely the government and parliament. The process was completed in 1889 when the Cadot decision increased the professional specificity of administrative justice »¹⁵⁶⁴.

Ainsi, l'abandon de la théorie du ministre juge et l'indépendance accrue de la juridiction administrative sont les mécanismes de régulation de l'agent, dont les rentes de position sont limitées : l'indépendance et l'autonomie du juge administratif sont en effet

¹⁵⁶² JOSSELIN Jean-Michel et MARCIANO Alain, "Administrative law and economics" in *The Elgar Companion to Law and Economics*, edited by Jurgen G. Backhaus, 2nd edition, Edward Elgar Publishing Limited, p.241-242. Traduction : « Le droit dévolu à l'agent est celui de juger l'État. Qui va déléguer ce droit ? Dans les systèmes dualistes, parce que le contrôle de l'administration est en jeu, c'est l'État lui-même qui est le principal ».

¹⁵⁶³ Ibid., p.242. Traduction : « Il/elle s'intéresse à la légalité objective des décisions administratives et tente de trouver un équilibre entre l'intérêt public et la protection des citoyens (...) les normes substantielles, qui sont définies a priori, délimitent l'ensemble des actions possibles de l'agent ».

¹⁵⁶⁴ Ibid., p.242-243. Traduction : « Le contrôle du pouvoir passe par une influence directe sur les structures du contentieux administratif (...) Napoléon a créé le Conseil d'État comme un agent dépendant et cette situation a prévalu jusqu'à la fin du XIX^{ème} siècle où le fonctionnement du Conseil a été modifié. La loi de 1872 a reconnu la nécessité d'une concurrence entre deux mandants, à savoir le gouvernement et le parlement. Le processus s'est achevé en 1889 lorsque l'arrêt Cadot a renforcé la spécificité professionnelle de la justice administrative ». La décision CE, 13 décembre 1889, Cadot signe en effet l'abandon de la théorie du ministre-juge et pose le principe que la juridiction administrative est dorénavant compétente pour connaître de tout recours en annulation dirigé contre une décision administrative, sauf si un texte en dispose autrement de façon expresse.

contrebalancées par la théorie du précédent, notamment dans la jurisprudence administrative. En effet, il convient de ne pas ignorer « la fonction essentielle du précédent dans l'argumentation »¹⁵⁶⁵, notamment dans une tradition juridique française où le pouvoir discrétionnaire du juge ne doit pas être pris au pied de la lettre tant la jurisprudence, comme dans le système de common law, l'oblige. De plus, le mécanisme de l'appel et de la cassation, la formation collégiale de jugement, voire même éventuellement la possibilité de saisir la Cour de justice de l'Union européenne dans le cadre d'une question préjudicielle ou la Cour européenne des droits de l'homme dès lors que toutes les voies de droit ont été épuisées, si elles renforcent les garanties d'indépendance de la justice, renforcent également cette tradition du précédent, toujours forte dans les pays de common law : « The discretionary power of the state is controled and limited by the state itself »¹⁵⁶⁶.

Dès lors, comment appliquer la théorie de l'agence au processus de médiation et quelles conclusions en tirer ? Il faut alors pour répondre à cette question identifier qui est le principal, qui est l'agent et quels sont les mécanismes de régulation du principal.

II. Problème de l'agency en matière de médiation administrative

Une modélisation possible de la médiation administrative via la théorie de l'agence se trouve par un simple parallélisme des formes avec la position des professeurs Josselin et Marciano, lorsqu'ils appliquent cette même théorie au procès administratif. En effet, une médiation revient à confier la résolution du litige aux parties, dans un cadre juridique porté par le droit de la médiation administrative et garanti en premier lieu par le médiateur. Il semble alors logique de considérer que l'État puisse être le principal, comme dans le procès administratif : chargé de réguler ce mode alternatif de règlement des différends (MARD), par l'édiction de normes fondant le droit de la médiation administrative, insérées dans le code de justice administrative (CJA).

¹⁵⁶⁵ LEROY Guillaume (2022), *La pratique du précédent en droit français – Étude à partir des avis de l'avocat général à la Cour de cassation et des conclusions du rapporteur public au Conseil d'État*, Bibliothèque de droit privé, tome 365, Thèses, LGDJ, p.17

¹⁵⁶⁶ JOSSELIN Jean-Michel et MARCIANO Alain, "Administrative law and economics" in *The Elgar Companion to Law and Economics*, edited by Jurgen G. Backhaus, 2nd edition, Edward Elgar Publishing Limited, p.242

Néanmoins, peut-on pousser plus loin le parallélisme avec le procès administratif, en postulant que l'agent dans le cadre de la médiation administrative est le médiateur ? Le litige commande aux médiés, via un médiateur, de trouver une solution plus efficace que celle que pourrait trouver un juge. Les médiés et le médiateur apparaissent ainsi comme les agents, chargés de résoudre le différend. Le rôle du médiateur en la matière n'est cependant que très limité, puisqu'il est présenté comme une aide selon l'article L.213-1 du code de justice administrative : « La médiation régie par le présent chapitre s'entend de tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur ». Le médiateur ne nous semble donc pas être un agent dans le cadre de la théorie de l'agence, cette seule qualité incombant aux médiés.

Si l'application de la théorie de l'agence au processus de médiation administrative amène à considérer que l'État est le principal, que les médiés sont les agents, de quels mécanismes de régulation dispose le principal pour contrôler à moindre coût l'activité des agents, mais aussi accroître le recours à ce mode alternatif de règlement des différends ?

Ces mécanismes n'apparaissent pas de manière intuitive. Si nous reprenons la modélisation selon la théorie principal-agent du procès administratif nous avons pu comprendre que la régulation de l'agent (le juge administratif) est opérée par un double effet incitatif, en apparence antinomique : l'indépendance du magistrat, mais aussi la force du précédent dans la jurisprudence. Il nous semble pertinent d'opérer à nouveau un parallélisme des formes en matière de modélisation de la médiation, qui repose sur quatre principes conjugués. Le premier est le libre-choix des parties en matière de médiateur, conformément à l'article L.213-1 du code de justice administrative (CJA). Le second est la compétence du médiateur, qui doit accomplir « sa mission avec impartialité, compétence et diligence »¹⁵⁶⁷. Le troisième principe est la confidentialité attachée à ce processus : « la médiation est soumise au principe de confidentialité »¹⁵⁶⁸. Le quatrième principe est la rémunération du médiateur, dont les modalités diffèrent selon les cas listés par l'article L.213-8 du CJA : « Lorsque la mission de médiation est confiée à une personne extérieure à la juridiction, le juge détermine s'il y a lieu d'en prévoir la rémunération et fixe le montant de celle-ci. Lorsque les frais de la

¹⁵⁶⁷ Code de justice administrative (CJA), Art. L.213-2.

¹⁵⁶⁸ Ibid.

médiation sont à la charge des parties, celles-ci déterminent librement entre elles leur répartition. A défaut d'accord, ces frais sont répartis à parts égales, à moins que le juge n'estime qu'une telle répartition est inéquitable au regard de la situation économique des parties. Lorsque l'aide juridictionnelle a été accordée à l'une des parties, la répartition de la charge des frais de la médiation est établie selon les règles prévues au troisième alinéa du présent article. Les frais incombant à la partie bénéficiaire de l'aide juridictionnelle sont à la charge de l'État, sous réserve de l'article 50 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique. Le juge fixe le montant de la provision à valoir sur la rémunération du médiateur et désigne la ou les parties qui consigneront la provision dans le délai qu'il détermine ».

Si le libre-choix du médiateur et la compétence de ce dernier sont des caractéristiques *per se*, c'est-à-dire intrinsèques au processus même de médiation, ce n'est pas le cas pour la confidentialité, qui doit sécuriser à la fois le processus et les potentiels médiés. Cette dernière pourrait être ainsi, avec la délicate question du coût de la médiation, l'élément régulateur fondamental de ce mode alternatif de règlement des différends. Nous allons ainsi étudier l'importance de la confidentialité, avant que d'aborder ultérieurement le sujet essentiel du coût de la médiation.

B. La confidentialité, le premier ressort du consentement

La confidentialité est au cœur du processus de médiation. En effet le code de justice administrative (CJA) dispose en son article L.213-2 que « la médiation est soumise au principe de confidentialité. Les constatations du médiateur et les déclarations recueillies au cours de la médiation ne peuvent être divulguées aux tiers ni invoquées ou produites dans le cadre d'une instance juridictionnelle ou arbitrale sans l'accord des parties ». Seulement deux exceptions sont aménagées.

La première est relative aux motifs d'ordre public ou d'atteintes aux droits et libertés fondamentales de l'adulte ou de l'enfant, qui peuvent également fonder selon Elsa Costa, médiatrice et magistrate administrative en disponibilité, des limites à la cohérence éthique du médiateur, à même de refuser éventuellement des médiations qu'il considérerait sur ces

points comme trop risquées¹⁵⁶⁹. La seconde est relative à la nécessité de révéler tout ou partie du contenu d'un accord de médiation afin de le mettre en œuvre. Par conséquent, si la confidentialité permet de sécuriser le processus de médiation (I), la tension entre confidentialité et neutralité ne peut être régulée que par l'indispensable compétence du médiateur (II).

I. La confidentialité permet de sécuriser le processus de médiation

La confidentialité est au cœur du dispositif déontologique qui sécurise la pratique de la médiation. Le code national de déontologie du médiateur, rédigé et adopté par le rassemblement des organisations de la médiation (ROM)¹⁵⁷⁰ au Palais Bourbon le 5 février 2009, fait de la confidentialité, en parallèle du principe du consentement des parties, l'une des deux règles garantissant le processus même de la médiation. L'aménagement de la confidentialité ou sa contravention par le médiateur, qu'elle soit volontaire ou involontaire, a ainsi un coût (a) qui peut être accru par la dilution de la médiation dans le temps (b).

a. L'aménagement et le coût de la confidentialité

La charte éthique des médiateurs dans les litiges administratifs, adoptée par le Conseil d'État en 2017, a précisé les modalités de protection de la confidentialité par le médiateur, qui doit respecter « la confidentialité entre les parties durant la médiation. En cas d'entretien séparé avec une partie ou son conseil, il n'en communique rien à l'autre partie sans son accord circonstancié et explicite ».

Le médiateur est ainsi le garant et le protecteur d'une confidentialité à la fois verticale, relative aux informations que lui communiquent chacune des parties, mais aussi horizontale, relative aux informations que les parties consentent à « porter à connaissance ». En effet, le médiateur, qui n'est ni dans une fonction d'arbitre, ni dans une fonction de juge, n'est pas

¹⁵⁶⁹ Entretien du 6 janvier 2024.

¹⁵⁷⁰ Ce rassemblement comprend notamment le Centre de médiation et d'arbitrage de Paris, l'Association des médiateurs européens, l'Association nationale des médiateurs, etc.

soumis au principe du contradictoire. Parce qu'il peut ainsi recevoir séparément chacune des parties, à son initiative ou à la demande d'une des deux parties, il doit aménager des procédures permettant de sécuriser la confidentialité de l'information. Ainsi la convention d'entrée en médiation d'Elsa Costa, non annexée à cette recherche par un égal souci de confidentialité, décrit de manière précise la procédure et le régime de protection des informations communiquées au médiateur et entre les parties :

« Tous les documents échangés porteront la mention *confidentiel* à titre de simple rappel, sans que l'absence de cette mention ne puisse être interprétée comme une levée de la confidentialité. Toutefois, les documents peuvent être exclus, avec l'accord de l'ensemble des parties, du champ de la confidentialité, pour être considérés comme officiellement communiqués. Dans ce cas, la communication sera faite avec la mention « officiel » ou « pièces communiquées » par bordereau portant la liste des pièces numérotées, établi par les avocats. Ils pourront alors être dévoilés dans le cadre d'instances judiciaires ultérieures. Cet engagement commun de confidentialité vaut pour toute la durée de la médiation et subsistera après la fin de la médiation quelle qu'en soit l'issue, sauf levée de la confidentialité. En tant que de besoin, les parties soumettront au même engagement de confidentialité toute personne susceptible d'intervenir au cours du processus de médiation ».

L'avis du Conseil d'État CE n°475648 du 14/11/2023 est cependant venu semer un trouble profond dans les garanties attachées à ce principe de confidentialité. Il le réaffirme, en précisant que « doivent demeurer confidentielles, sauf accord contraire des parties et sous réserve des exceptions prévues (...) que les seules constatations du médiateur et déclarations des parties recueillies au cours de la médiation, c'est-à-dire les actes, documents ou déclarations, émanant du médiateur ou des parties, qui comportent des propositions, demandes ou prises de position formulées en vue de la résolution amiable du litige par la médiation ».

Il enlève cependant le caractère confidentiel aux « autres documents » tels que les « documents procédant à des constatations factuelles ou à des analyses techniques établis par un tiers expert à la demande du médiateur ou à l'initiative des parties dans le cadre de la médiation, dans toute la mesure où ces documents ne font pas état des positions avancées par le médiateur ou les parties en vue de la résolution du litige dans le cadre de la

médiation »¹⁵⁷¹, qui peuvent ainsi être produits devant le juge administratif en cas de reprise de la procédure contentieuse.

Cette évolution notable rend ainsi impérieuse la nécessité pour les parties et pour le médiateur de désigner matériellement et explicitement les pièces qui sont protégées par le principe de confidentialité, au risque qu'un désaccord naisse d'une vision divergente des parties et engendre une rupture du processus de médiation¹⁵⁷². Cette pratique est cependant propre à la personnalité de chaque médiateur, car elle est beaucoup plus complexe et profonde qu'une charte éthique de quelque ordre que ce soit, qui serait adossé à une convention de médiation :

« As confidentiality attaches to lawyer-client interactions which meet certain basic requirements, confidentiality, at least in the mediation context, is far more complex. With a wide range of practices concerning when to hold private caucuses and separate sessions with the parties, attempts to clarify party expectations of confidentiality will be difficult at best, especially with such variations in third-party neutral practice. Some mediators reserve the right to share information between caucuses where it is their judgement that such disclosure will serve the settlement well; others promise never to disclose unless to do so by the parties »¹⁵⁷³.

Si le médiateur judiciaire ne peut pas reproduire dans son rapport les déclarations des parties au cours de la médiation, il n'est pas pour autant « soumis en tant que tel au secret professionnel. En effet, le secret professionnel nécessite qu'un texte désigne les professionnels sur lesquels pèse une telle obligation et aucun texte ne vient rattacher les médiateurs, quel que soit le domaine, à cette obligation de secret »¹⁵⁷⁴. La confidentialité peut

¹⁵⁷¹ CE, avis, 14 novembre 2023, Req. N°475648.

¹⁵⁷² La convention d'entrée en médiation de Madame Elsa Costa en date du 6 janvier 2024 porte d'ailleurs à connaissance des parties cette jurisprudence, qui vient abaisser le niveau de sécurité ressenti par les protagonistes de la médiation.

¹⁵⁷³ MENKEL-MEADOW Carrie (2018), *Mediation: Theory, Policy and Practice*, Routledge Revivals, p.465. Traduction : « Alors que la confidentialité s'attache aux interactions avocat-client qui répondent à certaines exigences de base, la confidentialité, du moins dans le contexte de la médiation, est beaucoup plus complexe. Avec un large éventail de pratiques concernant la tenue de caucus privés et de sessions séparées avec les parties, les tentatives de clarifier les attentes des parties en matière de confidentialité seront aux mieux difficiles, en particulier avec de telles variations dans les pratiques des tiers neutres. Certains médiateurs se réservent le droit de partager des informations entre les caucus lorsqu'ils estiment qu'une telle divulgation servira le règlement ; d'autres promettent de ne jamais divulguer d'informations à moins que les parties ne les y autorisent ».

¹⁵⁷⁴ COSTA Elsa (2022), « La médiation, entre secret et confidences », RFDA 2022, p.320.

néanmoins parfois être malmenée par les procédures elles-mêmes, notamment en cas de conclusion d'un accord, qui doit d'abord être soumis à délibération¹⁵⁷⁵, avant d'être en fonction de sa nature communicable aux tiers qui en font la demande¹⁵⁷⁶.

Le rôle du médiateur est ainsi un chemin de crête complexe, entre transparence et confidentialité, ainsi « la confidentialité est une notion qui interroge tous les intervenants à la médiation, au premier rang desquels le médiateur. Elle renvoie ce dernier à des questions de sens fondamentales et, par-delà sa profession, l'oblige à se questionner en tant qu'individu participant à l'évolution d'une société. Cet impératif de confidentialité nous force à avoir une conscience aiguë de ce qu'implique notre profession, à en accepter les limites nécessaires au respect de l'autre et nous contraint à une très grande rigueur éthique, déontologique et humaine. Acteur de terrain, le médiateur se doit d'agir au cas par cas et en conscience »¹⁵⁷⁷.

Ainsi, le fait qu'un médiateur prenne ou pas la décision de révéler à l'autre médié un document non classifié « confidentiel » vient rajouter à la complexité de l'analyse du processus de médiation lui-même. Il est en effet lié à des causes purement subjectives, liées au ressenti et à l'expérience du médiateur, qui va parfois identifier des leviers permettant à la médiation d'avancer. Ce faisant, le médiateur consent à prendre le risque de dévoiler une information non confidentielle, qui pourrait néanmoins paraître à l'usage bien plus importante qu'il n'y paraît si la révélation est involontaire ou inconsciente :

« Most problematic in practice, is the unwitting revelation of some underlying factual detail or party preference that can be discerned by a wise party when a neutral proposes a possible settlement option that implicitly contains messages about the preferences or facts of the other party (...) such issues cannot be resolved easily either by broad protections of confidentiality or by reference to the lawyers' duties of confidentiality »¹⁵⁷⁸.

¹⁵⁷⁵ Le juge administratif doit alors relever d'office la nullité du contrat qui ne conclurait pas la contestation, et s'agissant d'un protocole transactionnel, qui n'aménagerait pas des concessions réciproques : cf. CE, 11 septembre 2006, Commune de Théoule-sur-Mer, Req. N°255273, Rec. ; AJDA 2006, p.2125, note J.-D. Dreyfus.

¹⁵⁷⁶ Un protocole transactionnel passé avec une personne publique est un document accessible aux tiers : CE, 18 mars 2019, ministre de l'Économie et des finances, Req. N°403465, Rec. ; AJDA 2019 p.607 ; *ibid.* p.1596, note M.-O. Diemer ; RFDA 2019 p.1093, note C. Chauvet.

¹⁵⁷⁷ COSTA Elsa (2022), « La médiation, entre secret et confidences », RFDA 2022, p.320.

¹⁵⁷⁸ MENKEL-MEADOW Carrie (2018), *Mediation: Theory, Policy and Practice*, Routledge Revivals, p.465. Traduction : « Le plus problématique dans la pratique est la révélation involontaire d'un détail factuel sous-jacent ou d'une préférence de la partie qui peut être discernée par une partie avisée lorsqu'une partie neutre propose

L'aménagement et le respect de la confidentialité dans la médiation nous semble donc constituer un coût pour le médiateur, qui en est le garant. Ce prix à payer peut néanmoins être compensé par un gain, si l'aménagement de la confidentialité est sécurisé par le médiateur et que cela permette d'aboutir à un accord de médiation. Cependant le prix à payer est accru s'il faillit dans cette protection du secret. En effet, le médiateur voit le plus souvent en pareil cas l'interruption du processus de médiation par le médié estimant que la protection des données communiquées a failli, ce qui lui génère une perte de revenu. Cela a également pour conséquence en ce qui concerne le médié de consentir à un coût de résolution de son litige plus élevé, puisque le contentieux classique va alors reprendre son cours.

Le niveau du coût de contrôle et de garantie par le médiateur (C) du niveau de confidentialité des données nous semble proportionnel à l'enjeu du différend : plus l'enjeu est élevé, plus les parties vont être sensibles à la circulation de l'information et à la protection des données confidentielles, plus le coût C est important. Or la limitation de C est un objectif invariable, quel que soit le niveau de l'enjeu. Dès lors, comment le limiter ? De manière assez intuitive, C nous semble fonction de la quantité de données échangées, mais aussi du temps alloué par le juge à la médiation. La dilution de la médiation dans le temps, même si elle est limitée parfois par le juge dans son ordonnance de médiation, est ainsi un phénomène majeur qui va accroître le coût de C, mais aussi les risques de fuite, ne serait-ce que par oubli ou fatigue du médiateur et/ou des médiés.

b. Le coût de la dilution de la médiation dans le temps

La médiation conventionnelle ou médiation interne, déclenchée à l'initiative des parties avant la survenance d'un contentieux fonction publique devant la juridiction administrative, demeure à ce jour le système où le coût d'agence est le moins élevé : les enjeux sont faibles et le processus de médiation peut être limité dans le temps. Aménager la possibilité de lancer une médiation volontaire est ainsi un choix « gagnant/gagnant », à la fois pour l'agent, mais aussi pour l'administration, qui elle seule peut jouer un rôle proactif en

une option de règlement possible qui contient implicitement des messages sur les préférences ou les faits de l'autre partie (...) de telles questions ne peuvent être résolues facilement ni par de larges protections de la confidentialité ni par référence aux devoirs de confidentialité des avocats ».

matière. Déployer un dispositif de médiation au sein d'une collectivité ou au sein d'un territoire, permettant un traitement rapide de la médiation pour limiter le coût du contrôle de confidentialité des données échangées, présuppose un calcul. Ce dernier est effectué par certaines grandes collectivités comme la ville de Paris, qui dispose de son médiateur interne en matière de traitement des conflits de travail. Il n'est cependant pas fait ailleurs, le dispositif de médiation étant porté au sein des collectivités territoriales par le centre de gestion dont elles relèvent. Ceci conduit à formaliser une septième préconisation.

Préconisation n°7 : Le comité justice administrative et médiation (JAM) du Conseil d'État pourrait porter une réflexion sur la nécessité préconiser la présence dans un certain seuil de collectivités de médiateurs internes.

Ce questionnement permettrait de faire porter le développement de la médiation administrative par les grandes collectivités, dans le cadre d'un effet d'entraînement peut-être profitable aux centres de gestion, qui propose avec un succès limité des conventions de médiation avec certaines collectivités placées sur leur ressort territorial. Certains médiateurs pourraient alors avoir l'avantage de se spécialiser sur un champ d'activité particulier, à savoir par exemple le monde des sapeurs-pompiers et ses codes si atypiques, pour accroître sa compétence et son efficacité.

II. La tension entre confidentialité et neutralité : l'indispensable compétence du médiateur

Le processus de médiation se caractérise avant tout dans sa phase initiale par un dialogue « biface » entre la juridiction administrative et le médiateur d'un côté, le médiateur et les médié d'un autre côté. Dans ce cadre les parties en opposition ont de multiples réticences : le coût de la médiation, son délai, la plus-value de ce mode alternatif de règlement des différends. Le développement des ordonnances de type « deux en un » met en relief un mécanisme d'initiation de la médiation d'un genre nouveau, reposant en grande partie sur les qualités humaines et la compétence du médiateur (a), qui doit en toute circonstance sanctuariser la neutralité de son action (b).

a. Les qualités humaines et la compétence du médiateur

L'analyse des dossiers contentieux par un référent médiation¹⁵⁷⁹ au sein de la juridiction est le processus qui s'est progressivement mis en place pour améliorer la compétence de la juridiction : un individu, qu'il soit magistrat ou greffier, vient par sa connaissance du contentieux, identifier la pertinence d'une médiation, la proposer et recueillir l'avis des potentiels médiés, qu'il soit explicite (réponse écrite) ou implicite (absence de réponse).

Néanmoins, certains tribunaux administratifs, au sein desquels sont ordonnés 97% des médiations¹⁵⁸⁰, n'hésite pas à dupliquer la pratique développée par le tribunal administratif de Strasbourg avec l'ordonnance de recueil d'accord, appelée aussi ordonnance « 2 en 1 ». Cette ordonnance a été mise en place pour que le délai séparant l'introduction de l'instance et le dépôt du premier mémoire en défense soit utilement employé à la résolution du litige par d'autres voies.

Dans ce type d'ordonnance « le juge donne mission à un médiateur d'expliquer aux parties le principe, le but et les modalités de la mesure de médiation proposée par la juridiction et de recueillir, par écrit, le consentement ou le refus d'une telle mesure »¹⁵⁸¹.

Cette mission assortie d'un délai ne va néanmoins pas sans poser de problèmes, car ce dernier n'est pas défrayé pour la mission qui lui est confiée. Si le coût d'agence apparaît facialement comme nul dans cette phase liminaire, il comporte une partie cachée liée à l'intérêt que le médiateur peut avoir dans le lancement de la médiation, car « la mission qui lui est confiée le place dans une situation délicate dès lors qu'il se retrouve en position de promouvoir auprès des parties la médiation à la conduite de laquelle il a intérêt du point de vue de son activité professionnelle »¹⁵⁸².

¹⁵⁷⁹ Ces référents médiation évoluent dans un réseau national piloté par un référent national de la médiation, Monsieur Amaury Lenoir. Il existe par ailleurs un comité national Justice administrative et médiation (JAM).

¹⁵⁸⁰ COSTA Elsa (2023), *Médiation administrative*, JurisClasseur administratif, Fascicule 1010, p.42.

¹⁵⁸¹ Ibid., p.56.

¹⁵⁸² Ibid., p.62.

Il y a ainsi un intérêt à considérer le succès récent de la médiation fléchée, qui permet au médiateur d'intervenir en amont de l'ordonnance « 2 en 1 », sans les délais contraignants de cette dernière :

« Lorsqu'il l'estime opportun, le juge propose aux parties qui l'ont saisi qu'un médiateur, impartial et indépendant, prenne leur attache pour évaluer la pertinence d'une médiation et recueillir leur libre engagement dans le processus amiable. Cette proposition prend la forme d'une lettre du président de chambre adressée à chacune des parties, dans laquelle le juge indique qu'un médiateur – qui, au préalable, aura accepté auprès de la juridiction de conduire la médiation fléchée – va prendre contact avec elles dans un délai de 15 jours à compter de la notification. Le médiateur doit revenir vers le juge dans les meilleurs délais et au plus tard un mois après avoir contacté les parties, pour lui indiquer si l'ensemble des acteurs consent à s'engager dans un processus de médiation. Dans l'hypothèse où les parties acceptent de participer à la médiation envisagée, le médiateur transmet à la juridiction un accord écrit sans que la forme de cet écrit ne soit imposée (...) Une fois les accords des parties réceptionnés par la juridiction, celle-ci édictera, sur le fondement de l'article L. 213-7 du Code de justice administrative, une ordonnance de désignation classique visant l'ensemble des accords transmis »¹⁵⁸³.

Il est intéressant de noter que la médiation « 2 en 1 » ou la médiation fléchée peuvent se dérouler dans les 6 à 9 mois qui séparent généralement l'introduction de l'instance de la production du premier mémoire en défense. Le succès de cette entreprise repose néanmoins sur la qualité intrinsèque de chaque médiateur, qui doit démontrer à la fois sa compétence pour préserver la confidentialité, mais aussi sa neutralité face un processus où il a un intérêt. Si cette « délégation » faite de facto au médiateur est caractérisée par un coût de contrôle nul pour la juridiction administrative, elle s'assortit néanmoins d'un potentiel conflit d'intérêt, que certaines parties n'auront pas de réticence à relever. La question de la rémunération du médiateur dans ce cadre nous semble ainsi prégnante, non pas pour indemniser ce dernier au titre des actions diligentées pour recueillir l'assentiment des potentiels médiés, mais pour préserver sa neutralité.

¹⁵⁸³ COSTA Elsa, GRANDIEUX Delphine (2024), « Médiation fléchée, une nouvelle voie d'accès à la médiation administrative », Acti-juridique.fr, 04/03/2024.

Ceci conduit alors à effectuer un bilan « coût/avantage » au regard d'un coût d'agence qui n'existe pas aujourd'hui, mais qui pourrait permettre de sanctuariser au point de vue éthique le travail du médiateur. Ce coût pourrait alors être envisagé au prisme du coût total que présuppose la résolution d'un différend qui se transforme en contentieux, comme un « retour sur investissement ». Ceci conduit à formaliser une huitième préconisation, permettant d'envoyer aux médiés un signal au sens économique du terme.

Préconisation n°8 : l'article L.213-7 du code de justice administrative (CJA) pourrait être modifié afin de disposer que toute médiation administrative à l'initiative du juge (MIJ) s'effectue grâce à une ordonnance deux en un ou une médiation fléchée, où le travail du médiateur serait rémunéré. Le comité justice administrative et médiation (JAM) du Conseil d'État pourrait à ce titre être saisi pour étudier les différentes possibilités afin de rémunérer ce travail de fléchage auquel participe activement le médiateur.

Une telle réflexion nécessite en effet d'avoir une vue experte sur l'économie globale de la médiation, qui repose aujourd'hui majoritairement sur le financement des agents et de leur administration. Si la création d'une taxe permettant de financer un fonds de prévoyance qui permettrait de financer le travail du médiateur en amont de la médiation semble difficilement envisageable au regard du taux élevé en matière de prélèvements obligatoires, il pourrait être possible néanmoins de dégager quelques pistes, comme le recours aux assurances juridiques. Nous reviendrons d'ailleurs sur ce point ultérieurement.

D'autres voies semblent également devoir être explorées pour renforcer la neutralité, tant du point de vue du médiateur que des médiés.

b. La neutralité du point de vue du médiateur et des médiés

La charte éthique des médiateurs dans les litiges administratifs, mais aussi la convention d'entrée en médiation, insistent sur les principes que le médiateur doit garantir dans sa pratique. Si la confidentialité est le premier d'entre eux il lui est adjoint l'impartialité, la neutralité, la loyauté et l'indépendance :

« Le médiateur est indépendant, loyal et neutre. L'indépendance contraint le médiateur, sauf accord exprès des parties, à refuser des affaires dans lesquelles il entretiendrait une relation personnelle ou professionnelle avec l'une des parties ou dans lesquelles il aurait un intérêt financier ou autre (...) La loyauté oblige le médiateur à faciliter les négociations sans imposer aux parties de solution et lui interdit de remplir des fonctions de représentant ou de conseil de l'un ou l'autre des participants au processus de médiation. Enfin, la neutralité oblige le médiateur à adopter une attitude dépourvue de quelque préjugé que ce soit à l'égard de l'une ou l'autre des parties tandis que l'impartialité le contraint à s'abstenir de prendre parti pour l'une ou pour l'autre »¹⁵⁸⁴.

L'impartialité et la neutralité peuvent ainsi apparaître antinomiques dans le cadre de la médiation interne ou juridictionnelle, quand le médiateur relève du pouvoir hiérarchique de l'autorité d'emploi ou lorsqu'il « est financièrement intéressé à l'engagement de la médiation »¹⁵⁸⁵. Néanmoins il convient de relativiser ce point de vue, les exigences que le médiateur va s'imposer à lui-même étant en elles-mêmes le gage de sa réputation.

Ainsi « les obligations d'indépendance, de loyauté, de neutralité, de comportement désintéressé, d'information des parties et de respect de la liberté de ces dernières, qui sont détaillées dans la charte sans figurer pour autant dans le CJA, nous semblent néanmoins pouvoir être rattachées à l'obligation légale du médiateur qui lui prescrit de remplir sa mission avec compétence »¹⁵⁸⁶.

Cependant qu'est cette compétence ? Cette compétence doit amener les parties à révéler au médiateur des informations qu'elles n'ont pas révélé ou qu'elles ne révéleraient pas à l'autre partie, car il existe une tension « entre l'exigence de confidentialité relativement aux révélations des parties faites en privé et la nécessité de révéler indirectement de l'information pour faciliter l'accord »¹⁵⁸⁷.

Le médiateur est ainsi amené à réguler le flux d'informations privées émanant de l'une et l'autre des parties, mais aussi à susciter la délivrance de ces informations. Des études ont été menées sur ce point et démontrent, « à partir de différents modèles de théorie des jeux,

¹⁵⁸⁴ COSTA Elsa (2023), *Médiation administrative*, JurisClasseur administratif, Fascicule 1010, p.98.

¹⁵⁸⁵ Ibid., p.63.

¹⁵⁸⁶ Ibid., p.115.

¹⁵⁸⁷ DEFFAINS Bruno et DORIAT-DUBAN Myriam (2019), « La médiation à travers le prisme de l'analyse économique », *Archives de philosophie du droit*, 2019/1, Éditions DALLOZ, p.8.

que le médiateur crée de la valeur en contrôlant le flux d'informations privées, limitant en cela deux problèmes classiques en économie dès lors que l'on est en présence d'asymétries d'information : l'antisélection¹⁵⁸⁸ qui résulte d'une information cachée précontractuelle (...) et le risque moral¹⁵⁸⁹ qui provient d'une action cachée post-contractuelle »¹⁵⁹⁰.

Si la neutralité est souvent envisagée sous l'angle du médiateur, chargé de la garantir, elle doit aussi être étudiée sous l'angle des médiés. Ces derniers peuvent en effet avoir des attentes vis-à-vis du médiateur qui vont venir corrompre sa neutralité. Elles sont principalement au nombre de deux.

La première attente est celle qui consiste à s'adresser à un médiateur rompu à un certain type de médiation, au point de l'amener à être considéré par son degré d'expertise comme un arbitre : « As parties seek substantive expertise (...) the expertise of repeat players or contract arbitrators (as in collective bargaining agreements) may lead to the phenomenon of the wise elder who may be enmeshed with, or at least known to the parties »¹⁵⁹¹. Comme l'explique Carrie Menkel-Meadow, un tel type de médiateur court le risque d'être assigné par les médiés dans un rôle d'expert-arbitre, l'amenant à orienter la solution vers une solution « moyenne » issue de son expérience, au risque d'en perdre certains et de couper court à toute perspective de règlement amiable. L'émergence de l'expertise-médiation¹⁵⁹² est ainsi révélatrice de cette tendance, sur des domaines d'expertise précis, où le coût d'agence en la circonstance est entièrement supporté par la juridiction administrative, qui missionne l'expert-médiateur.

La seconde attente des médiés est d'envisager la médiation et le médiateur comme un « allié » dans la recherche d'un règlement amiable, voire comme un arbitre garant de la

¹⁵⁸⁸ L'anti-sélection est un concept économique illustrant l'asymétrie d'information entre les assurés et les assureurs. Cette dissymétrie amène souvent les assurées à disposer de plus d'informations que l'assurance, ce qui amène les personnes à hauts risques à acheter plus d'assurance que celles qui n'ont qu'un risque moyen. Le système de bonus/malus en matière d'assurance automobile est ainsi un levier pour limiter les problèmes d'anti-sélection.

¹⁵⁸⁹ Le risque moral est un concept économique illustrant la moindre prudence d'un assuré se sachant couvert pour le risque qu'il encourt.

¹⁵⁹⁰ DEFFAINS Bruno et DORIAT-DUBAN Myriam (2019), « La médiation à travers le prisme de l'analyse économique », Archives de philosophie du droit, 2019/1, Editions DALLOZ, p.8.

¹⁵⁹¹ MENKEL-MEADOW Carrie (2018), *Mediation: Theory, Policy and Practice*, Routledge Revivals, p.466. Traduction : « lorsque les parties recherchent une expertise substantielle (...) l'expertise des acteurs récurrents ou des arbitres contractuels (comme dans les conventions collectives) peut conduire à assimiler ces derniers à des sages experts, qui peuvent être liés aux parties, ou du moins connu d'elles ».

¹⁵⁹² Code de justice administrative (CJA), Art. R.621-1.

justice, cette dernière étant toujours envisagée d'un point de vue différent par les médiés. Le risque est alors grand de voir une opposition entre le médié qui partirait de ce point de vue et le médiateur, dès lors que ce dernier serait amené à partager avec l'autre médié, afin de débloquent la situation, des informations non classifiées qu'il pourrait néanmoins considérer « confidentielles ». Si certains auteurs ont plaidé pour la mise en place d'un code déontologique précis et rigoureux pour la médiation, permettant d'éviter ces écueils relatifs à la neutralité, il apparaît néanmoins qu'un tel texte pourrait limiter la marge de manœuvre d'un médiateur, qui doit savoir en fonction des circonstances quand transiger avec la confidentialité et la neutralité. L'expérience américaine à ce sujet apparaît d'ailleurs éclairante :

« Such variations in the description of the neutral's function, thus, makes inapplicable much of the judicial code of conduct's rules for third parties and makes fashioning a clear set of standards for neutrals extremely problematic (...) Many mediators (and some arbitrators) would disclaim rigid adherence to one role definition or another. Good third-party neutrals vary their practices flexibly to deal with the contexts of disputes and know when to hold them and when to fold them »¹⁵⁹³.

Les attentes des médiés vont donc également nécessiter de la part du médiateur, souvent considéré par eux comme un arbitre ou un expert, une intelligence situationnelle particulière. Une erreur de sa part pourrait en effet couper court à la médiation, ce qui aurait alors pour conséquence d'accumuler les coûts d'agence. Associer un médiateur professionnel avec un magistrat dans le cadre d'une audience d'information sur la médiation permettrait peut-être de limiter ce coût, mais aussi d'accroître le nombre et la réussite des médiations administratives. Ceci conduit à formaliser une neuvième préconisation, toujours dans la perspective de la mise en place d'une audience de règlement amiable pour la médiation administrative.

¹⁵⁹³ Ibid., traduction : « De telles variations dans la description de la fonction du tiers neutre rendent donc inapplicable une grande partie des règles du code de conduite judiciaire pour les tiers et rendent extrêmement problématique l'élaboration d'un ensemble clair de normes pour les tiers neutres (...) De nombreux médiateurs (et certains arbitres) refuseraient d'adhérer de manière rigide à une définition du rôle ou à une autre. Les bons tiers neutres varient leurs pratiques avec souplesse pour faire face aux contextes des litiges et savent quand les tenir et quand les replier ».

Préconisation n°9 : il pourrait être utile de tester l'association d'un rapporteur et d'un médiateur dans le cadre d'une audience d'information à la médiation, qui permettrait d'aboutir plus souvent à une ordonnance de médiation administrative et de gagner du temps.

Cette audience pourrait avoir principalement trois vertus. La première d'entre elle pourrait être de convaincre les administrations et les avocats de la pertinence de ce mode de règlement alternatif des litiges, car « l'on constate des résistances de la part des administrations »¹⁵⁹⁴, mais aussi parce que les avocats sont peu formés à la médiation administrative. La seconde serait d'accélérer le processus amenant à décider les parties de partir en médiation, même si un grand nombre de médiateurs préfèrent des modes d'information informels comme l'ordonnance deux en un – qui n'en demeure pas moins une injonction - ou la médiation fléchée¹⁵⁹⁵. Environ 30 à 40% des propositions de médiation aboutissent en effet à une médiation, souvent après un long travail des référents médiation au sein des juridictions¹⁵⁹⁶, qui pourrait ainsi être valorisé dans le cadre de cette audience. La troisième et dernière vertu serait de confronter les deux parties autour du concept de transaction, qui sous-tend un grand nombre de médiation administrative.

Or la théorie de l'agence en analyse économique du droit amène également dans certaines situations d'agency à coupler l'approche principal/agent « de manière explicite ou non, à une analyse en termes de coût de transaction »¹⁵⁹⁷. Ces derniers doivent donc être étudiés dans le cadre de la médiation administrative.

¹⁵⁹⁴ COSTA Elsa (2023), *Médiation administrative*, JurisClasseur administratif, Fascicule 1010, p.67.

¹⁵⁹⁵ Ibid., p.69.

¹⁵⁹⁶ TA Nice, 18 avril 2024, La prescription de la médiation : une responsabilité partagée.

¹⁵⁹⁷ BROUARD Sylvain (2014), « Principal/agent », dans *Dictionnaire des politiques publiques*, sous la direction de BOUSSAGUET Laurie, 4e édition précédée d'un nouvel avant-propos, Presses de Sciences Po, 2014, pp. 523-530.

Section 2 : Coûts de transaction, coût de la prévention et coût de la médiation

Nous avons examiné que la médiation pouvait être modélisée au point de vue de l'analyse économique du droit comme la résultante de deux incitations : le libre-choix des parties, mais aussi la confidentialité-neutralité attachée à ce processus. Le sujet du coût de la médiation est ainsi à la fois un élément régulateur fondamental de ce mode alternatif de règlement des différends (MARD), mais aussi un enjeu pour les parties à un conflit. Si nous avons dans la section précédente commencé à l'étudier au prisme de la théorie de l'agence, nous n'avons pour le moment tiré que des conclusions avant tout frappées au coin du bon sens. Prolonger l'étude du coût de la médiation en s'appuyant sur la notion de coût de transaction nous apparaît maintenant incontournable.

Rappelons ici que les coûts de transaction sont un concept central qui permet de décrire l'ensemble des coûts engendrés par la réalisation d'un échange économique. Ces coûts peuvent inclure toute une gamme de dépenses qui ne sont pas directement liées au prix du bien ou service échangé. Ils sont structurés en quatre niveaux qui se cumulent.

Le premier niveau est celui des coûts de recherche et d'information, qui représentent les efforts et les dépenses nécessaires pour trouver les informations à même de permettre les échanges. Le second est celui des coûts de négociation, généralement associés à la conduite de négociations en vue d'atteindre un accord. Ces coûts incluent le temps passé à négocier les termes du contrat, les frais juridiques pour la rédaction des contrats, ainsi que les dépenses en communication. Le troisième est celui des coûts de décision, qui englobent le temps et les dépenses nécessaires pour analyser et choisir parmi différentes alternatives. Le quatrième et dernier niveau sont enfin les coûts de surveillance de l'accord ou du contrat, mais aussi de règlement des litiges.

Les coûts de transaction peuvent influencer la manière dont les échanges économiques sont structurés et mènent, comme l'a démontré le professeur Ronald Coase dès 1937 dans son article célèbre sur la nature de la firme, à la création de structures organisationnelles ou à des ajustements contractuels spécifiques pour minimiser ces coûts. Ainsi un très grand nombre d'actions dans la vie quotidienne ont un coût de transaction. S'informer sur le programme des candidats à une élection et se mobiliser pour le comprendre

a même un coût¹⁵⁹⁸. Parce que la notion de médiation administrative et la notion de transaction sont éminemment liées¹⁵⁹⁹, il sera ici largement fait usage de la théorie posnérienne des coûts de transaction, postulant que les parties à un échange essaie de maximiser leur profit en ajustant leurs positions sur les paramètres constitutifs de l'échange¹⁶⁰⁰.

Nous avons également démontré qu'un grand nombre de contentieux fonction publique ont pour objet la protection des agents et l'engagement de la responsabilité de l'administration. Améliorer le recours à la médiation par une analyse des erreurs, parce que la nature et l'ampleur de l'erreur sont susceptibles d'enclencher le mécanisme de la responsabilité, nous apparaît en effet être une idée intéressante, notamment dans le cadre de la mouvance actuelle qui consiste à promouvoir le droit à l'erreur¹⁶⁰¹. Cette erreur peut naître d'une faute liée au service ou détachable du service, elle peut également relever d'un positionnement dogmatique de l'agent ou de l'administration, qui va alors entraîner un contentieux. Or la reconnaissance d'un accident de service ou d'une maladie professionnelle nous soumet souvent des contentieux profonds, qui pourraient être résolus plus facilement grâce à une médiation. Cette dernière pourrait ainsi intervenir en dernier lieu après l'avis consultatif du conseil médical, l'administration disposant du pouvoir discrétionnaire de reconnaître ou pas l'imputabilité au service, en fonction du cas d'espèce et de l'existence éventuelle d'éléments à transiger, dans la perspective d'une reprise et de la poursuite apaisée de la relation entre l'agent et son employeur public.

¹⁵⁹⁸ BEUVE Jean, FIZE Étienne et PONS Vincent (2023), « Les absents ont toujours tort - Une analyse économique de l'abstention et de ses remèdes », Conseil d'analyse économique, Focus n°085-2022.

¹⁵⁹⁹ Une médiation administrative pouvant aboutir à une transaction administrative. Cette dernière se distingue de l'accord de médiation au point de vue du fond par l'aménagement de concessions réciproques équilibrées qui font, au point de vue contentieux, l'objet d'un contrôle approfondi du juge administratif, ce dernier étant également garant du bon emploi des deniers publics : cf. HIOL Stéphanie (2024), « L'intervention du juge dans la transaction administrative », Le quotidien du 30 décembre 2024 : MARD, Lexbase.

¹⁶⁰⁰ MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane (2008), *Analyse économique du droit*, Éditions DALLOZ THEMIS, Collection Méthodes du droit, 2^{ème} édition, p.376 et suivantes. Pour chacun de ces paramètres elles ont en effet la possibilité d'acheter une part supplémentaire de position ou bien de vendre une part de leur position.

¹⁶⁰¹ Le droit à l'erreur est un principe juridique et administratif qui permet à un citoyen ou à une entreprise de ne pas être immédiatement sanctionné en cas de première erreur, notamment dans les démarches auprès de l'administration, s'il agit de bonne foi. Il a été consacré en France par la loi n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un État au service d'une société de confiance.

Le développement progressif du concept d'hygiène, de sécurité et des conditions travail depuis 1985¹⁶⁰² a de plus imposé progressivement à l'administration et à ses agents de prendre par anticipation des mesures afin de limiter l'occurrence des risques par un ensemble de mesures appropriées, dont l'absence ou l'insuffisance vient souvent nourrir des différends profonds.

L'analyse économique du droit aux Etats-Unis a ainsi échafaudé une analyse du droit de la responsabilité (« Tort law »), qui permet de limiter les coûts de transaction. Il s'agit ainsi de s'appuyer dessus afin de démontrer que le coût de la médiation, qui apparaît comme un frein, notamment pour l'administration, est un système qui permet de dépasser le traditionnel dilemme des préférences entre la prévention et le laisser faire, générateur de risques et de dommages (§1). La théorie des incitations, à partir de laquelle nous avons lancé cette étude et par laquelle nous l'achevons, permet également de modéliser le processus de règlement des litiges en envisageant le contentieux comme un système producteur d'une solution. Ce faisant, elle permet de conclure à la pertinence de développer la médiation préalable obligatoire (§2).

¹⁶⁰² Décret n°85-603 du 10 juin 1985 relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail ainsi qu'à la médecine professionnelle et préventive dans la fonction publique territoriale.

§1. Le coût de la médiation, limite des coûts de transaction

Il est possible de distinguer en matière de droit des obligations deux grands types de responsabilités, la responsabilité pénale et disciplinaire d'une part, la responsabilité qui vise à réparer un dommage d'autre part. Si le premier type n'est pas abordé ici¹⁶⁰³, le deuxième type se caractérise par le fait que « les responsabilités ayant une finalité réparatrice se subdivisent elles-mêmes en deux grandes catégories : la responsabilité contractuelle, qui repose sur un manquement à une obligation prévue dans un contrat, et la responsabilité extracontractuelle, qui ne trouve pas son fondement dans un contrat, mais dans les règles générales de la responsabilité. Cette distinction constitue la *summa divisio* du droit civil des obligations, réparties entre obligations contractuelles et obligations qui se forment sans convention, selon les termes du code civil »¹⁶⁰⁴.

La responsabilité extracontractuelle de l'administration, dite responsabilité administrative, est posée par le célèbre arrêt Blanco du 8 février 1873 du Tribunal des conflits. Il affirme en effet que la responsabilité de l'État : « ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le code civil pour les rapports de particulier à particulier. Cette responsabilité n'est ni générale ni absolue. Elle a ses règles spéciales qui varient selon les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés ».

Si la définition des principes généraux de la responsabilité administrative s'est faite de manière prétorienne par le Conseil d'État, l'engagement de la responsabilité administrative, régulière en contentieux de la fonction publique, obéit à la même mécanique que celle du droit civil et nécessite la réunion de trois conditions : un fait générateur, un préjudice, un lien de causalité entre les deux. Néanmoins, la jurisprudence administrative « s'est d'abord attachée à préciser les fondements de la responsabilité de la puissance publique. Elle a admis que le fait générateur pouvait être fautif ou non. Elle a ensuite précisé les règles relatives aux

¹⁶⁰³ Pour plus d'approfondissements sur l'analyse économiques du droit pénal voir les développements de Gary Becker, prix Nobel d'économie, puis de Richard Posner, qui s'est beaucoup inspiré de Becker : BECKER Gary S. (1968), *Crime and Punishment : An Economic Approach*, Journal of Political Economy, Vol. 76, N°2, p.169–217 ; POSNER Richard A. (1973), *Economic analysis of Law*, The economics of crime and punishment, Chapitre 7 ; COOTER Robert B. Jr., ULEN Thomas (2016), *Law and economics*, 6th edition, p.449.

¹⁶⁰⁴ STIRN Bernard et AGUILA Yann (2014), *Droit public français et européen*, Presses de Sciences Po, Dalloz, p.455.

modalités de réparation du dommage, qu'il s'agisse du type de préjudice indemnisable ou des exigences quant au lien de causalité »¹⁶⁰⁵.

Comme nous l'avons vu l'engagement de la responsabilité administrative constitue un classique en matière de contentieux fonction publique, notamment parce que « la réparation pécuniaire des préjudices de toute nature causés par une éviction illégale de l'emploi occupé pose de multiples questions auxquelles la jurisprudence répond largement, de façon plus généreuse qu'avant »¹⁶⁰⁶, mais aussi car « les collectivités publiques ont une obligation de protection à laquelle il ne peut être dérogé, sous le contrôle du juge, que pour des motifs d'intérêt général ou en cas de faute personnelle détachable des fonctions »¹⁶⁰⁷.

Si l'arrêt *Pelletier* du 30 juillet 1873 du Tribunal des conflits énonce que la responsabilité de l'agent ne peut être engagée devant les tribunaux judiciaires que pour les actes qualifiés de faute personnelle, « le Conseil d'État tend à admettre assez soupagement la qualification de faute de service : tel doit être le cas d'une faute personnelle dès lors qu'elle n'est pas dépourvue de tout lien avec le service »¹⁶⁰⁸. La faute de service est alors de deux types : faute simple ou faute lourde.

Si la décision *Tomaso Grecco*¹⁶⁰⁹ met rapidement fin au régime d'irresponsabilité de l'État, le Conseil d'État limite le champ de la faute lourde à « quasiment trois grands domaines (...) la police, les activités de tutelle et la justice »¹⁶¹⁰. Ainsi, « aujourd'hui, le principe est celui de l'exigence d'une faute simple : toute faute, quelle que soit sa gravité, est de nature à engager la responsabilité de l'administration »¹⁶¹¹. Si l'agent bénéficie donc d'une protection vis-à-vis des administrés, il bénéficie également d'une protection vis-à-vis de l'administration¹⁶¹², qui reposent sur des garanties administratives¹⁶¹³ et juridictionnelles¹⁶¹⁴.

¹⁶⁰⁵ Ibid., p.456.

¹⁶⁰⁶ BERTHOUD Joël, *Pratique du contentieux de la fonction publique*, éditions du Panthéon, p.10.

¹⁶⁰⁷ TAILLEFAIT Antony (2019), *Droit de la fonction publique*, Éditions DALLOZ, 8^{ème} édition, p.384.

¹⁶⁰⁸ STIRN Bernard et AGUILA Yann (2014), *Droit public français et européen*, Presses de Sciences Po, Dalloz, p.459.

¹⁶⁰⁹ CE, 10 février 1905, *Tomaso Grecco*, Rec.

¹⁶¹⁰ Ibid., p.461.

¹⁶¹¹ Ibid., p.462.

¹⁶¹² TAILLEFAIT Antony (2019), *Droit de la fonction publique*, Éditions DALLOZ, 8^{ème} édition, p.389 et suivantes.

¹⁶¹³ Ces garanties reposent avant tout sur le statut, le socle des droits et des libertés individuelles, les principes généraux du droit et les recours administratifs préalables, qu'ils soient facultatifs ou préalables. Le professeur TAILLEFAIT va jusqu'à inclure la médiation préalable obligatoire dans ces garanties.

¹⁶¹⁴ Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDHLF), Art. 13 : « Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un

Cette protection de l'administration a néanmoins un coût, que des mesures de prévention insuffisantes ou des comportements opportunistes peuvent accroître, au point de nuire à son efficacité. L'étude des modèles de responsabilité délictuelle¹⁶¹⁵ et quasi délictuelle¹⁶¹⁶ que l'analyse économique du droit a échafaudé s'avère éclairante, car ils reposent sur l'identification des signaux qui permettent d'inciter efficacement les acteurs à la prudence :

« There is a vital connection between the assumption of rationality and the economic model of liability. We saw that the rules for assigning tort liability are, economically speaking, designed to send signals to potential victims and potential injurers about how they ought to behave. For the tort liability system to have this effect, it must be the case that whose behavior the law is seeking to affect are rational: if they do not behave the manner predicted by the assumption of rational self-interest, then we may need to amend the tort liability system in light of how people actually behave»¹⁶¹⁷.

Ces modèles d'analyse économique du droit de la responsabilité s'adaptent ainsi aux comportements humains, mais aussi aux biais d'analyse que les professeurs Kahneman et Tversky ont mis en relief en développant l'analyse comportementale du droit :

« Recent academic literature suggests that many decision makers commit predictable errors in making calculations of the sort that tort liability encourages them to make. For instance, Kahneman and Tversky report two disturbing conclusions. First, they find that most people simply cannot accurately estimate low-probability events ; they seem to deal with them by assuming that low-probability means that the event will never happen (...) Second, they find that, for some well-publicized, potentially catastrophic outcomes – such as accidents

recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ».

¹⁶¹⁵ Code civil, ancien article 1382, nouvel article 1240 : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».

¹⁶¹⁶ Code civil, ancien article 1383 : « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence ». Cet article a disparu et a été fondu dans le nouvel article 1240.

¹⁶¹⁷ COOTER Robert B. Jr., ULEN Thomas (2016), *Law and economics*, 6th edition, p.221. Traduction : « Il existe un lien essentiel entre l'hypothèse de rationalité et le modèle économique de la responsabilité. Nous avons vu que les règles d'attribution de la responsabilité délictuelle sont, d'un point de vue économique, conçues pour envoyer des signaux aux victimes potentielles et aux préjudiciables potentiels sur la manière dont ils devraient se comporter. Pour que le système de responsabilité civile ait cet effet, il faut que les personnes dont la loi cherche à influencer le comportement soient rationnelles : si elles ne se comportent pas de la manière prévue par l'hypothèse de l'intérêt personnel rationnel, il se peut que nous devions modifier le système de responsabilité civile à la lumière du comportement réel des gens ».

from nuclear power plants – most people systematically exaggerate the probability of an accident's occurring, regardless of objective information to the contrary »¹⁶¹⁸.

Le jugement qu'opère une personne ou un groupe de personnes sur la conduite à tenir est en effet caractérisé par de nombreux biais¹⁶¹⁹, comme le biais de disponibilité¹⁶²⁰, le biais de représentation¹⁶²¹, le biais d'ancrage¹⁶²², etc¹⁶²³, qui vont amoindrir la pertinence de l'estimation, source de conflits dans l'usage des ressources¹⁶²⁴. Or le bon usage des deniers publics, consacré à l'article 14 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC), est un enjeu pour l'administration, mais aussi pour l'agent s'estimant lésé. Il est ainsi au cœur des stratégies de régulation des activités, notamment des stratégies en matière de prévention des fautes simples qui peuvent être à l'origine de litiges subjectifs entre l'agent et son administration. Ces fautes simples permettent en effet aux agents d'engager la responsabilité de l'administration, afin d'obtenir la réparation, le plus souvent financière, du préjudice qu'ils estiment avoir subis dans le cadre de leur activité de service. Cette tendance s'observe notamment chez les sapeurs-pompiers, dont le travail quotidien en service actif n'est pas sans danger : blessure en montant dans un engin de secours ou lors de l'entraînement sportif, blessure lors d'une activité administrative au sein du centre d'incendie et de secours (CIS), blessure en intervention. La profession qu'ils exercent, réputée dangereuse, a ainsi justifié que tous les services départementaux d'incendie et de secours, quel que soit leur taille respective, dispose d'un comité hygiène, sécurité et conditions de travail (CHSCT), devenu depuis la loi de

¹⁶¹⁸ Ibid., traduction : « La littérature académique récente suggère que de nombreux décideurs commettent des erreurs prévisibles en effectuant des calculs du type de ceux que la responsabilité civile les encourage à faire. Par exemple, Kahneman et Tversky font état de deux conclusions inquiétantes. Premièrement, ils constatent que la plupart des gens ne peuvent tout simplement pas estimer avec précision les événements à faible probabilité ; ils semblent y faire face en supposant qu'une faible probabilité signifie que l'événement ne se produira jamais (...) Deuxièmement, ils constatent que, pour certains résultats potentiellement catastrophiques très médiatisés - tels que les accidents de centrales nucléaires - la plupart des gens exagèrent systématiquement la probabilité qu'un accident se produise, sans tenir compte d'informations objectives contraires ».

¹⁶¹⁹ KAHNEMAN Daniel, SIBONY Olivier et SUNSTEIN Cass R. (2021), *NOISE – Pourquoi nous faisons des erreurs de jugement et comment les éviter*, Éditions Odile Jacob

¹⁶²⁰ Les gens estiment la probabilité d'un événement en fonction de la facilité avec laquelle des exemples leur viennent à l'esprit.

¹⁶²¹ Les individus évaluent la probabilité qu'un objet ou une personne appartienne à une catégorie en se basant sur sa ressemblance avec un prototype, au lieu d'utiliser les probabilités réelles (comme les statistiques de base).

¹⁶²² Les gens ont tendance à se baser de façon excessive sur une valeur initiale (l'ancre) pour faire une estimation, même si elle est arbitraire. Ce biais est également dénommé biais de confirmation.

¹⁶²³ Pour une littérature exhaustive à ce sujet voir : KAHNEMAN Daniel et TVERSKY Amos (1974), "Judgment under uncertainty : Heuristics and Biases", *Science*, 185(4157), p.1124–1131.

¹⁶²⁴ Pour une introduction à la notion de conflit d'usage, voir HARDIN Garrett (1968), « The tragedy of the commons », *SCIENCE*, New series, Vol.162, N°3859.

transformation publique de 2019 formation spécialisée en matière de santé, sécurité et conditions de travail (F3SCT). Cette formation a notamment pour objectif de valider document unique d'évaluation des risques professionnels (DUERP), qui décrit et cote les risques professionnels (physiques et psychosociaux) auxquels les agents sont exposés. La finalité de cette évaluation est la mise en œuvre d'actions de prévention des risques qui ont été évalués, ce document devant être mis à jour chaque année, mais aussi lorsque les conditions de travail, de sécurité et de santé des agents sont substantiellement modifiées par l'évolution des missions confiées. La loi n°2021-1018 du 2 août 2021 pour renforcer la prévention en santé au travail, qui transpose l'accord national interprofessionnel du 10 décembre 2020, a introduit des évolutions significatives dans le Code du travail en matière de prévention des risques professionnels. Applicables à la fonction publique (comme l'ensemble des dispositions des livres I à V de la quatrième partie du Code du travail), ces nouvelles dispositions concernent notamment le renforcement du rôle du programme annuel de prévention et d'amélioration des conditions de travail (PAPRI Pact) dont la mise à jour doit être concomitante avec celle du DUERP. L'élaboration et la déclinaison du PAPRI Pact est ainsi enjeu majeur pour l'administration en général et chez les sapeurs-pompiers en particulier, car la sensibilité du dialogue social sur ces sujets impose de savoir où placer le curseur en termes d'actions de prévention : quand n'est-ce pas assez ? Quand, au contraire, est-ce peut-être trop ? Il y a ainsi une balance coût/bénéfice à opérer, où la sécurité n'a pas de prix mais où elle a également un coût, alors que la crise de la dette publique fait peser sur les finances de l'administration de grandes incertitudes.

Par conséquent si le coût de la prévention doit être estimé (A), il peut également être analysé au prisme d'une éventuelle médiation administrative (B).

A. L'estimation du coût de la prévention

Les anciens articles 1382 et 1383 du Code civil ont fondé le régime de la responsabilité civile extracontractuelle sur la notion de faute. Cette dernière doit être matérialisée, mais elle peut aussi être diffuse et engendrer un engagement de la responsabilité sans faute, la faute étant dès lors « la conduite qui s'écarte de ce qu'une personne avisée et prudente aurait fait dans les circonstances »¹⁶²⁵. Or cette notion du comportement de « bon père de famille » varie selon l'époque et le lieu de la faute prétendue : « Elle dépend des mœurs et des usages, ainsi que des moyens, plus perfectionnés, de prévisibilité et d'évitabilité du mal, que la science moderne confère à l'agent »¹⁶²⁶.

L'analyse économique du droit met ainsi à jour la logique qui sous-tend l'engagement de cette responsabilité, mais aussi les objectifs du droit de la responsabilité. Il convient néanmoins de distinguer la responsabilité civile extracontractuelle de la responsabilité administrative, la seconde procédant, dans une mesure relative, de la première. Si comme nous allons le voir l'analyse est stimulante au point de vue intellectuel, elle est difficile à mettre en pratique. Néanmoins, comme souvent en *Law and economics*, elle illustre que le cheminement intellectuel est peut-être plus important que la destination.

La théorie de la responsabilité extra-contractuelle ou quasi-délictuelle en analyse économique du droit est en effet vivifiante au point de vue intellectuel (I). Son application au droit de la fonction publique et à l'administration permet de dégager des principes, mais peu de conclusions pratiques en matière de prévention du contentieux (II).

I. La responsabilité extracontractuelle ou quasi délictuelle : une théorie vivifiante

Les professeurs Mackaay et Rousseau ont présenté dans leur ouvrage la théorie de la responsabilité extracontractuelle en matière d'analyse économique du droit, à l'instar des professeurs Cooter et Ulen dans leur manuel de Law & economics. Ils s'appuient pour leur

¹⁶²⁵ MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane (2008), *Analyse économique du droit*, Éditions DALLOZ THEMIS, Collection Méthodes du droit, 2^{ème} édition, p.327.

¹⁶²⁶ Ibid., p.210 et suivantes.

démonstration sur un arrêt important pris par la Cour d'appel du Québec (Katz c/ Reitz 1973), qui condamne le défendeur au titre de la responsabilité sans faute. Ce jugement a arrêté, sans surprise pour le publiciste français, que le propriétaire qui, en faisant ériger sur son terrain un immeuble à usage d'habitation a causé l'écroulement d'une maison voisine abritant une famille, devait quand bien même il avait pris toutes les précautions raisonnables pour éviter cette éventualité, réparer le préjudice. Ce cas est en effet emblématique de la responsabilité quasi délictuelle.

Cet engagement par le droit de la responsabilité civile sans la commission d'une faute pose ainsi la question de l'assurance sociale, qui a été retenue en Nouvelle Zélande. Ce pays a en effet créé en 1974 « une assurance étatique pour toute blessure accidentelle, qu'elle résulte d'une intervention médicale, d'un accident du travail, d'un accident de la route (où) tout citoyen ainsi que tout étranger victime d'un accident peut faire valoir sa réclamation »¹⁶²⁷. L'expérience démontre alors une augmentation incontrôlée des frais liés aux accidents, par la cause d'un développement de l'aléa moral, amenant la Nouvelle Zélande à réformer profondément cette assurance en 1992.

L'analyse économique du droit de la responsabilité civile extracontractuelle permet d'étudier sous un jour nouveau les deux objectifs de la couverture assurantielle, à savoir indemniser le préjudice et prévenir la survenance des risques. Néanmoins, les auteurs relèvent que plusieurs études concluent « à l'échec du régime de la responsabilité extracontractuelle (torts) dans sa fonction réparatrice et à son succès mitigé dans sa fonction préventive »¹⁶²⁸. En effet, la responsabilité civile extracontractuelle connaît des difficultés pratiques qui réduisent l'effectivité de ses deux fonctions comme, par exemple, pour déterminer l'auteur du dommage ou pour évaluer correctement le dommage.

Il s'agit donc ici de s'appuyer sur les études du *Law & economics* pour tenter d'appliquer leurs enseignements à la responsabilité extracontractuelle (ou quasi délictuelle) de l'administration, mais aussi pour savoir si elles permettent de mieux éclairer l'administration dans le calibrage de sa politique de prévention. L'analyse économique du droit aux Etats-Unis (USA) étudie en effet profondément, dans un système où « plea

¹⁶²⁷ Ibid., p.328.

¹⁶²⁸ Ibid., p.330.

bargaining » et la transaction occupent une place centrale, le calcul de la prévention due par tout employeur à ses salariés.

Le calcul de la prévention fonde le distinguo entre la probabilité d'occurrence d'un risque et la négligence (a). Si ce concept théorique permet d'éclairer l'autorité d'emploi sur la balance coût/avantage que présuppose toute politique de prévention, il est difficile à réaliser de manière concrète (b).

a. Le calcul de la prévention, le risque et la négligence

La faute, le dommage et le lien de causalité fondent en analyse économique du droit le calcul de la prévention (1). S'il permet de distinguer au point de vue conceptuel la probabilité d'un risque avec la notion de négligence, il semble peu opérant appliqué au droit français (2).

1. La faute, le dommage et le lien de causalité fondent en analyse économique du droit le calcul de la prévention

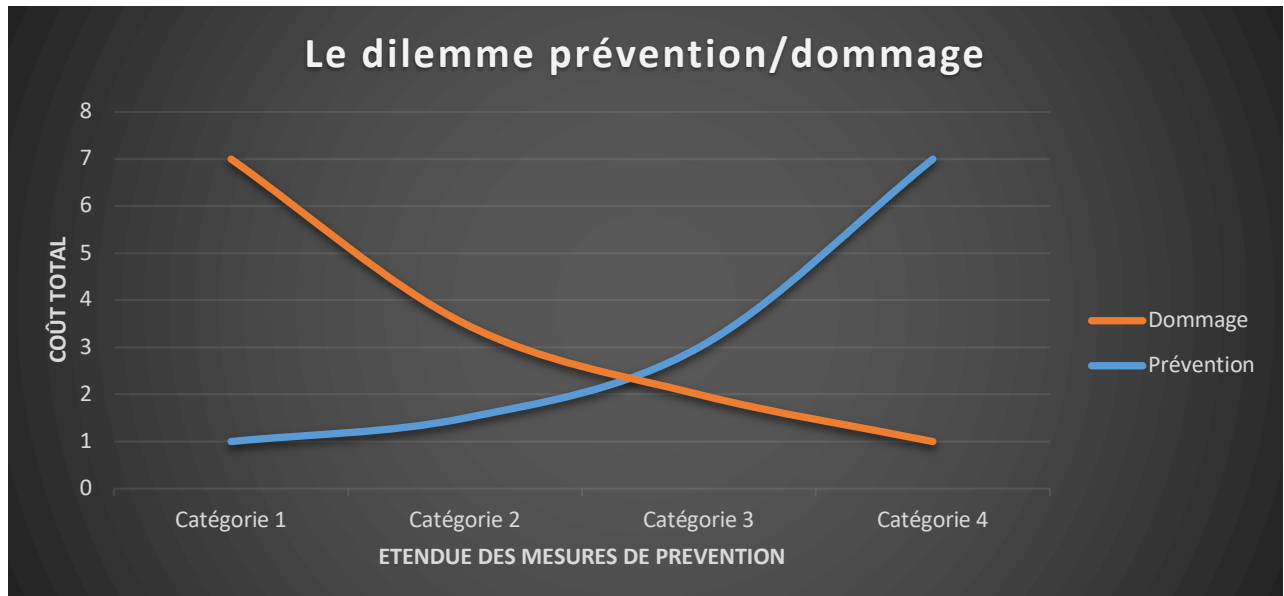
La logique d'incitation à la prudence qui fonde en partie la responsabilité extracontractuelle repose sur le fait que le coût du préjudice créé par l'accident « détermine dans quelle mesure se justifient les mesures de précaution »¹⁶²⁹. Ainsi le coût total du dommage en fonction de l'étendue de la prévention « diminue en fonction des mesures de précaution adoptées, mais de manière non linéaire : les premières sources de dégâts sont plus faciles à neutraliser que les suivantes, et ainsi de suite »¹⁶³⁰, c'est donc une fonction décroissante et non linéaire.

En ce qui concerne les mesures de prévention le rapport est à contrario inversé : les premières sont peu coûteuses et les suivantes le sont davantage. La fonction est donc croissante. Néanmoins vouloir prévenir tout préjudice obligerait à consentir des mesures de prévention dont le coût pourrait être prohibitif. Il est donc nécessaire de rechercher ou

¹⁶²⁹ Ibid., p.332.

¹⁶³⁰ Ibid., p.333.

d'estimer le point d'intersection des deux fonctions, où les mesures de prévention prises justifieront les économies qu'elles font réaliser en cas d'occurrence d'un préjudice.

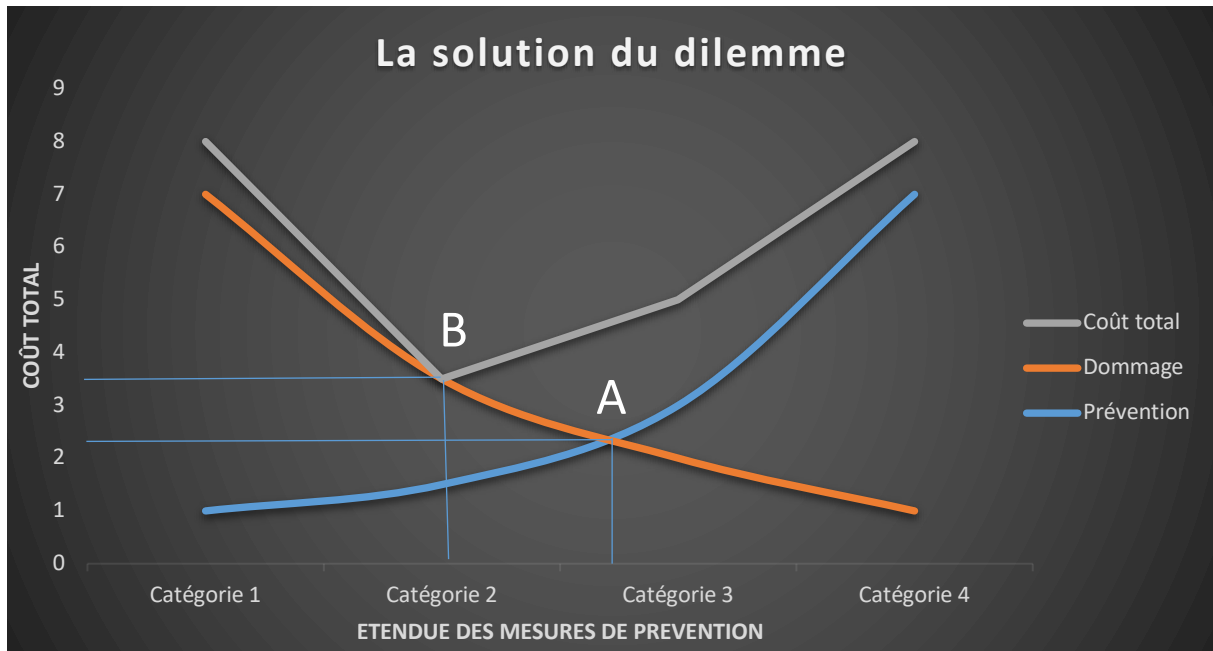


Courbes (mesures de prévention, coût) et (étendue du dommage, coût)

Cependant l'intersection entre la courbe DOMMAGE et PREVENTION ne correspond pas au choix optimal d'un acteur économique devant mettre en place une politique de PREVENTION pour réduire les coûts du DOMMAGE. Quel que soit le point en abscisse considéré, le coût total que l'acteur devra supporter en cas de réalisation du risque est, selon le juge Calabresi, le coût de la PREVENTION auquel il faut rajouter le coût du DOMMAGE¹⁶³¹ : ainsi est défini le coût social de l'accident. Pour « visualiser le point optimal, il est utile de tracer la courbe représentant le coût total lié aux accidents, qui est la sommation des deux courbes déjà tracées »¹⁶³². Le choix optimal de l'acteur économique serait alors atteint si les mesures de prévention avaient tout juste l'ampleur qui correspond au point où la nouvelle courbe a son minimum.

¹⁶³¹ COOTER Robert B. Jr., ULEN Thomas (2016), *Law and economics*, 6th edition, p.189.

¹⁶³² Ibid., p.335



Courbe (mesure de prévention + étendue du dommage, coût)

Ainsi l'optimum en matière de mesure de prévention est contre intuitif : il n'est pas au point A mais au minimum de la courbe coût total, soit B : « sur l'axe vertical ce point correspond au coût minimal que la société doit supporter en rapport avec les accidents, soit sous forme de prévention, soit sous forme de préjudice non évité »¹⁶³³. Ce point B peut néanmoins se situer sur un point très élevé au niveau de l'axe des ordonnées, à contrario de la figure supra. La société devra alors accepter une couverture du risque en matière de prévention insuffisante ou nulle, ce qui peut correspondre par exemple au niveau de l'administration au choix de s'auto-assurer, au regard de la faible probabilité d'occurrence d'un risque ou du refus des compagnies d'assurance de couvrir certains risques.

2. La probabilité d'occurrence du risque, la négligence et la réparation de la faute

L'optimum en matière de mesure de prévention peut être intuitivement identifié au point de vue juridique comme la dépense qui établit raisonnablement une frontière entre l'absence de faute et la faute. Difficile à matérialiser, elle s'identifie grâce à la question suivante : celui qui cause l'accident a-t-il de manière sage pris les mesures de prévention nécessaires ? On pourrait en effet considérer que celui qui cause le préjudice à autrui en se

¹⁶³³ Ibid., p.335.

situant à gauche du point optimal n'a pas observé une prudence suffisante. Suivant le raisonnement adopté « il lui était loisible d'adopter des mesures de prévention supplémentaires dont le coût eut été inférieur à celui de la réduction du préjudice causé, compte tenu de la probabilité de sa survenance »¹⁶³⁴. C'est ainsi que les pays de common law manie la notion de *duty of reasonable care*¹⁶³⁵, que nous traduisons comme devoir de prévention raisonnable et dont nous ne négligeons pas la difficile application en droit romain :

« The civil codes of Europe are not anchored by the concept of reasonableness (...) Continental lawyers often feel discomfort toward a rule of reasonable care, which seems to give too little guidance to people and too much discretion to judges. Consequently, the civil codes often strive for greater specificity in prescribing duties (...) Lawyers in civil law countries sometimes invoke broad principles, such as abuse of right (...) or the paterfamilias (...) or rationality (...) As we shall see, economic analysis reveals similarities in behavior underlying these differences in legal language and traditions »¹⁶³⁶.

Ce devoir de prévention raisonnable, qui laisse une importante marge d'appréciation au juge, nous semble en effet de prime abord peu opérant en droit français, et en droit administratif en particulier : rappelons ici que « les règles applicables en matière d'hygiène et de sécurité dans les services, collectivités et établissements mentionnés aux articles L. 3 et L. 4 sont celles définies par les livres Ier à V de la quatrième partie du code du travail »¹⁶³⁷. Néanmoins parce qu'il « peut toutefois y être dérogé par décret en Conseil d'État »¹⁶³⁸, mais aussi parce que les règles d'indemnisation en cas de dommage corporel laissent une marge d'appréciation importante au juge administratif nous souscrivons à l'idée que des similitudes existent entre la tradition juridique américaine et la tradition juridique continentale.

¹⁶³⁴ MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane (2008), *Analyse économique du droit*, Éditions DALLOZ THEMIS, Collection Méthodes du droit, 2^{ème} édition, p.335 ; COOTER Robert B. Jr., ULEN Thomas (2016), *Law and economics*, 6th edition, p.243 et suivantes.

¹⁶³⁵ COOTER Robert B. Jr., ULEN Thomas (2016), *Law and economics*, 6th edition, p.185.

¹⁶³⁶ Ibid., p.185. Traduction : « Les codes civils européens ne sont pas ancrés dans le concept du raisonnable (...) Les juristes continentaux se sentent souvent mal à l'aise face à une règle de diligence raisonnable, qui semble donner trop peu d'indications aux personnes et trop de pouvoir discrétionnaire aux juges. Les juristes des pays de droit civil invoquent parfois des principes généraux, tels que l'abus de droit (...) ou le paterfamilias (...) ou la rationalité (...) Comme nous le verrons, l'analyse économique révèle des similitudes de comportement sous-jacentes à ces différences de langage et de traditions juridiques ».

¹⁶³⁷ Code général de la fonction publique (CGFP), Art. L.811-1 et L.811-2.

¹⁶³⁸ Ibid.

Le concept de négligence, mis en relief par le *Law & economics* dans l'analyse des coûts de prévention nous semble d'ailleurs mériter une attention particulière. S'il trouve un écho particulier en droit du travail français¹⁶³⁹, il est aussi présent dans le droit de la responsabilité de la puissance publique, où il est associé à la notion d'imprudence pour fonder la responsabilité pénale des agents publics dans le cas de l'article L.121-3 du code pénal :

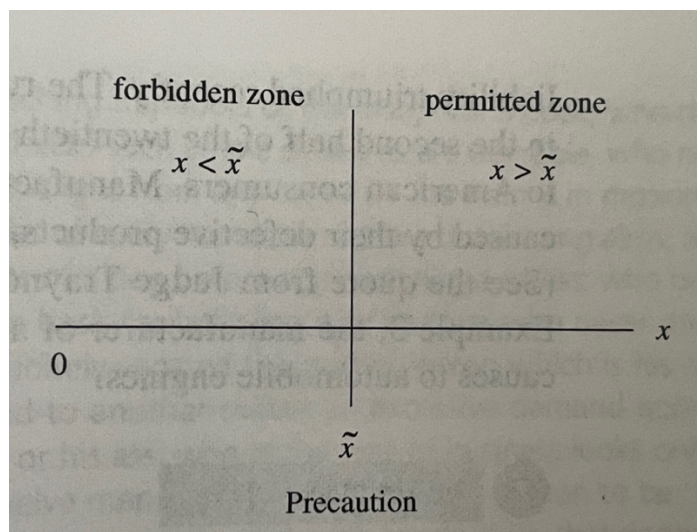
« Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait. Dans le cas prévu par l'alinéa qui précède, les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer ».

Dans ce cadre, « l'imprudence ou la négligence peuvent être réunies, car la négligence constitue en quelque sorte le volet négatif de l'imprudence. En effet, l'imprudence suppose un comportement actif de l'auteur de la faute (le fait d'agir sans avoir pris les précautions utiles), tandis que la négligence est retenue lorsque l'auteur de la faute s'est abstenu de faire ce qu'il aurait dû faire. Il est toutefois notable que, dans un cas comme dans l'autre, la faute peut être retenue sans avoir à démontrer la violation d'un texte en particulier. Concrètement, le juge va devoir rechercher si une imprudence ou une négligence a été commise, en se référant au comportement d'un individu *normalement* prudent et diligent, un peu comme la jurisprudence se référait auparavant au *bon père de famille* en droit civil (...) Il est en outre

¹⁶³⁹ Si la négligence n'apparaît en tant que telle comme une faute simple dans le code du travail, elle a été définie comme telle par la jurisprudence de la Cour de cassation, notamment la faute inexcusable de l'employeur en matière d'obligation de sécurité.

évident que, si l'auteur est un professionnel quelconque, le juge se référera alors au comportement qu'aurait eu un *bon professionnel*, voire aux *règles de l'art* »¹⁶⁴⁰.

La négligence est ainsi une faute d'imprudence, commise à la suite d'une contravention à une obligation de sécurité¹⁶⁴¹ ou dès lors qu'existe une faute de mise en danger délibéré¹⁶⁴². Elle a été étudiée de longue date par l'analyse économique du droit, qui la définit comme une limite de précaution entre d'une part l'imprudence (« forbidden zone ») et d'autre part la prudence (« permitted zone ») sur un axe simple des coûts de prévention x :



Legal standard of care of continuous precaution: Norme légale de précaution
permanente¹⁶⁴³

Cette modélisation reprend les termes du « test de Hand »¹⁶⁴⁴ qui permet d'expliciter le concept de négligence en droit américain. Examinant le dommage causé par un bateau qui, improprement enchaîné, s'était détaché pendant une tempête et avait causé des dégâts, le juge Learned Hand a estimé que trois considérations étaient pertinentes : la première est la probabilité P que le bateau se détache, la seconde est la gravité L du préjudice qui en résulterait le cas échéant, la troisième est le fardeau B des précautions à la disposition du

¹⁶⁴⁰ CORIOLAND Sophie (2024), « Responsabilité pénale des personnes publiques : infractions non intentionnelles – notion de faute d'imprudence », Répertoire de la responsabilité de la puissance publique, Editions DALLOZ, pp.157.

¹⁶⁴¹ Ibid., pp.160 et suivants.

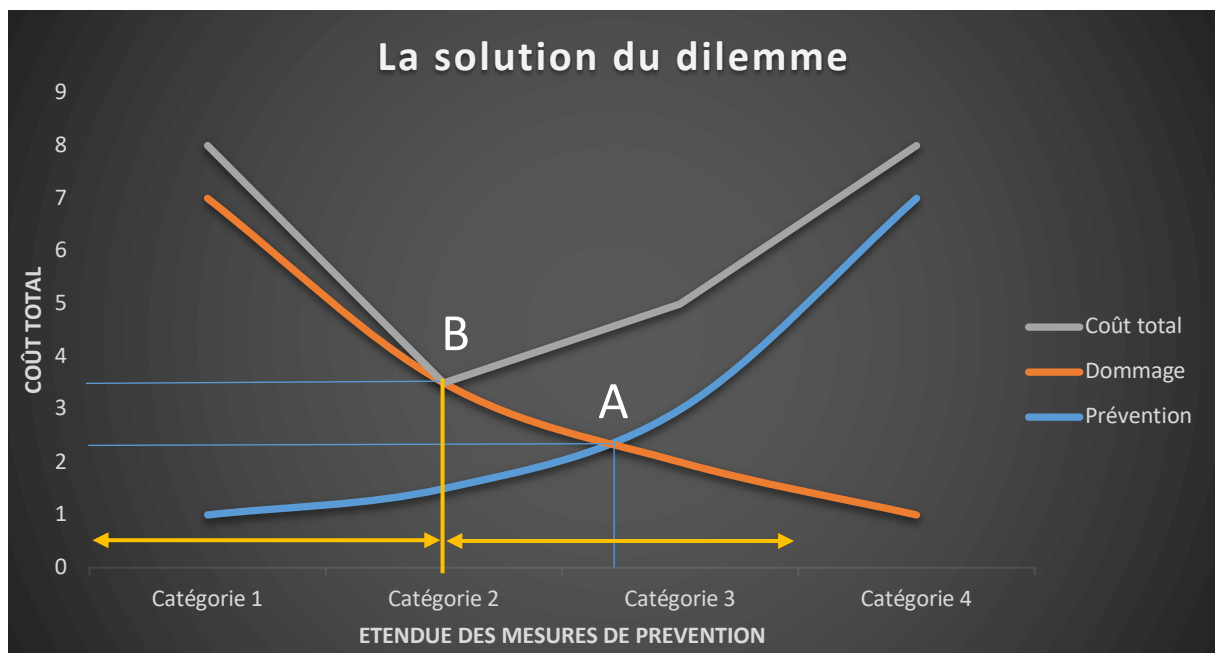
¹⁶⁴² Ibid., pp.165 et suivants.

¹⁶⁴³ COOTER Robert B. Jr., ULEN Thomas (2016), *Law and economics*, 6th edition, p.185.

¹⁶⁴⁴ Voir les considérations du juge Learned Hand dans *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 169, 173, Circuit Court of Appeals, Second Circuit, January 9, 1947.

défendeur qui auraient été suffisantes pour le prévenir. Ainsi, le défendeur était à ses yeux négligent s'il n'avait pas pris les mesures préventives alors que B était inférieur à P^*L . Il s'inspire pour cela de la mécanique assurantielle, par ailleurs largement étudié en analyse économique du droit¹⁶⁴⁵.

Ceci peut s'expliquer grâce au schéma suivant, où les coordonnées du point A sont notées (X_a, Y_a) et celles du point B (X_b, Y_b) , mais aussi où en abscisse de 0 à X_b il y a faute, de X_b à $+\infty$ il n'y a pas faute :



Courbe du test de Hand

X_b est donc égal dans cette modélisation à P^*L . S'il est facilement identifiable dans une modélisation logique, il reste néanmoins difficilement appréciable de manière concrète. Sa détermination repose en effet sur une connaissance fine de la probabilité que le bateau se détache, ce qui présuppose de relier des événements de ce type à des données permettant de caractériser des tempêtes (pression atmosphérique, force du vent, houle constatée...), mais aussi sur une connaissance aussi fine du montant des dégâts constatés.

Il apparaît ainsi qu'une telle entreprise est difficile à mener de manière pratique dès lors qu'un cas juridique « particulier » est soumis à une juridiction. Une connaissance

¹⁶⁴⁵ Voir MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane (2008), *Analyse économique du droit*, Éditions DALLOZ THEMIS, Collection Méthodes du droit, 2^{ème} édition, p.122 et suivantes, sur la mise en commun des risques et le calcul de la prime d'assurance.

« agglomérée » de cas particuliers « typés » pourrait néanmoins constituer une approche économétrique permettant d'appliquer cette méthode de recherche de l'optimum en matière de couverture des risques. Cette détermination du niveau adéquat de protection des risques, largement statistique et reposant sur l'actuariat, nécessiterait idéalement de combiner les données fines agglomérées par les compagnies d'assurance et celles connues par les services administratifs chargés de « couvrir » les risques, par des dispositions organisationnelles et des équipements ad hoc. Une telle entreprise apparaît inenvisageable, notamment en matière d'emploi des agents publics, où la négligence est écartée grâce à des investissements publics. Par conséquent, si le concept de calcul de la prévention permet d'éclairer sous un jour nouveau l'entrelacement entre le coût de la responsabilité et le coût de la prévention, il ne permet pas d'établir un guide précis pour les autorités d'emploi, chargée d'arrêter la politique de prévention et de tracer ainsi la limite entre ce qui relève d'un côté de l'occurrence d'un risque, de l'autre côté de la négligence ou de l'imprudence caractérisée. Chaque administration doit ainsi échafauder sa politique de prévention à l'aide d'un bilan coûts/avantages, concept que nous voyions une fois de plus réapparaître dans ce travail de recherche.

b. Un bilan coûts/avantages au lieu d'un calcul ardu de la prévention

Il y a responsabilité dès lors qu'un lien de causalité est établi entre un fait dommageable et un préjudice. Par conséquent « si l'économie de la responsabilité civile vise à décourager le dommage injustifié, toute atteinte à ce qui appartient à autrui et a une valeur pour lui devrait en principe engager la responsabilité de son auteur et donner à la victime le droit de demander à être indemnisée. La responsabilité, aux yeux de l'économiste, internalise une externalité et fait ainsi assumer à chacun le coût intégral de ses actions ».¹⁶⁴⁶

En droit civil, l'évaluation du dommage découle directement du rôle de barème que les dommages intérêts constituent comme « signal » adressé aux éventuels auteurs de dommage, qui doivent déployer alors des efforts préventifs. Une surévaluation systématique

¹⁶⁴⁶ MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane (2008), *Analyse économique du droit*, Éditions DALLOZ THEMIS, Collection Méthodes du droit, 2^{ème} édition, p.339.

engendrerait alors une sur-prévention, une sous-évaluation systématique devant à contrario conduire à une augmentation des événements dommageables. Ainsi « les dommages-intérêts fixent le prix d'un comportement risqué »¹⁶⁴⁷.

Si l'évaluation du dommage pour des biens ou des services échangés sur des marchés est aisée à réaliser au regard des prix pratiqués sur des biens comparables, elle est plus difficile en matière d'évaluation du dommage corporel. Selon la doctrine civiliste américaine, à défaut de rétablissement de la victime, « les dommages doivent être établis à la somme qui placerait la victime dans une situation qu'elle estime équivalente à celle qu'elle avait avant l'accident »¹⁶⁴⁸, le problème d'évaluation étant plus aigu encore dans le cas de la personne qui décède des suites de l'accident, soit sur le champ, soit plus tard, soit de séquelles directes ou indirectes. Le juge civil français, comme nous l'avons vu précédemment, se réfère s'agissant des dommages corporels à la nomenclature Dintilhac de 2005 qui répertorie l'ensemble de postes de préjudice indemnisables à la fois pour les victimes directes et indirectes.

Le préjudice moral, pouvant résulter d'une atteinte à la réputation, à l'intimité ou généralement aux droits fondamentaux de la victime, soulève aussi un problème complexe d'évaluation. Devant les difficultés de chiffrer ce préjudice, force est de constater que le juge américain fixe régulièrement un montant modeste mais arbitraire, que la jurisprudence va convertir au fil du temps en « barème d'orientation »¹⁶⁴⁹.

L'estimation du coût de la prévention auquel doit consentir l'administration est ainsi ardue, parce que complexifiée par le manque d'informations pertinentes et les règles spécifiques d'indemnisation en cas de dommage corporel.

II. Le bilan coûts/avantages en matière de politique de prévention dans l'administration

La responsabilité civile et responsabilité administrative sont deux concepts appartenant à deux champs juridiques différents depuis l'arrêt *Blanco*¹⁶⁵⁰, qui admet que " la

¹⁶⁴⁷ Ibid., p.341

¹⁶⁴⁸ Ibid., p.341

¹⁶⁴⁹ Ibid., p.341

¹⁶⁵⁰ TC, 8 février 1873, *Blanco*.

responsabilité qui peut incomber à une personne publique pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'elle emploie, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le code civil pour les rapports de particulier à particulier »¹⁶⁵¹. Si cette responsabilité de l'administration n'est ni générale, ni absolue, mais aussi qu'elle a des règles d'engagement spéciales, elle est néanmoins de plus en plus invoquée par les agents de l'administration eux-mêmes, notamment dès lors que l'administration a dérogé à son obligation de protection. Il ne peut être dérogé à cette dernière que pour des motifs d'intérêt général ou en cas de faute personnelle détachable du service, car *en protégeant le fonctionnaire dans ses fonctions l'administration se protège elle-même* »¹⁶⁵².

L'existence de fautes commises par l'administration et/ou par l'agent public vont ainsi venir accroître ou limiter le niveau de responsabilité de l'administration. La faute tient à l'édiction d'un acte juridique opposable ou au contraire à l'absence d'un tel document, les agissements matériels pouvant « constituer des fautes : erreurs techniques, renseignements erronés, maladresses, promesses non tenues, retards ou bien encore carences »¹⁶⁵³.

Ainsi, les obligations de protection de l'administration en matière d'hygiène, de sécurité et de conditions de travail imposent aux collectivités publiques une analyse fine du risque auquel sont exposés leurs agents¹⁶⁵⁴. En retour l'administration est en droit de vérifier que ses agents respectent les prescriptions en matière de prévention des risques professionnels, afin de déceler l'existence ou vérifier l'absence d'une faute personnelle : au régime d'obligation à laquelle est soumise l'administration répond un régime d'incitation auquel est soumis chaque agent, que sa négligence fautive pourrait verser dans le régime de la faute détachable du service. Néanmoins comment établir une limite raisonnable à l'investissement et au coût financier que présupposent une prévention des risques efficace ?

Si le test de Hand aiguille sur le rapport entre la probabilité d'occurrence et le coût du dommage pour fixer une limite « prudentielle » raisonnable à la prévention, il apparaît que les raffinements jurisprudentiels en contentieux fonction publique – et notamment la fin du

¹⁶⁵¹ HAÏM Victor (2023), « Recours de pleine juridiction », Répertoire de contentieux administratif, Éditions DALLOZ, p.86.

¹⁶⁵² TAILLEFAIT Antony (2019), *Droit de la fonction publique*, Éditions DALLOZ, 8^{ème} édition, p.294.

¹⁶⁵³ CE, Ass., 3 mars 2004, *ministre de l'Emploi et de la solidarité c/ Consorts Xueref, Thomas, Botella et Bourdignon*, Req. N°241152, Rec.

¹⁶⁵⁴ C'est l'objet du document unique d'évaluation des risques professionnels, qui doit être réalisé par toute administration : cf. code du travail, Art. R4121-1 et suivants.

forfait de pension, viennent brouiller cette relation entre ces deux facteurs. Ces particularités sont aujourd'hui aggravées par un recul du recours à l'assurance, de plus en plus rétive à assurer la sphère publique, qui est aujourd'hui compensé par une utilisation de plus en plus importante de l'auto-assurance, notamment au sein des collectivités locales¹⁶⁵⁵.

Parce qu'avec l'arrêt *Cames* les collaborateurs permanents du service public ne peuvent plus être réparés sur le fondement de la responsabilité sans faute mais sur celle du forfait de pension, il est ainsi difficile d'approcher, même grossièrement, le coût global d'un dommage. En effet, « une infirmière contaminée par le VIH à l'occasion de son emploi ne peut intenter une action en responsabilité, puisque le forfait de pension lui est opposable. En revanche, son mari qui subit un préjudice du fait de sa propre contamination liée aux rapports sexuels qu'il entretient avec sa femme, peut mettre en cause la responsabilité du centre hospitalier à raison de son préjudice propre. Quant aux enfants du couple, ils sont ayants droit de leur mère et ne peuvent, à ce titre, obtenir d'indemnisation en liaison avec son préjudice ; mais ils le pourront au titre des troubles dans leurs conditions d'existence liés à la maladie de... leur père »¹⁶⁵⁶.

Il apparaît ainsi difficile de chiffrer le montant total d'un dommage, qui va éminemment dépendre de la faculté des parties à exciper de troubles dans la vie d'un agent public. Le principe de l'analyse économique du droit qui consiste pour l'administration à évaluer sa propension à payer une prévention ou d'assumer les frais d'un dommage, dans le cadre d'un calcul coûts/avantages plus ou moins formalisé ou conscientisé, nous apparaît néanmoins pertinent pour relativiser le coût de la médiation vis-à-vis du coût de la prévention, le premier coût pouvant même être présenté comme une partie marginale du second coût.

B. Le coût de la prévention versus le coût de la médiation

Accroître le recours à la médiation administrative nécessite de développer un cheminement intellectuel identique au bilan « coûts / avantages », à la fois chez les

¹⁶⁵⁵ Chambre régionale des comptes de Bourgogne Franche-Comté, 2024, audit flash sur l'assurabilité des collectivités territoriales.

¹⁶⁵⁶ HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie (2013), « Responsabilité sans faute », Répertoire de la responsabilité de la puissance publique, Dalloz.

représentants de l'administration et chez les agents avec lesquels elle est en litige. En pareille circonstance les parties doivent ainsi considérer les difficultés pratiques qui se rencontrent lors de la mise en œuvre des différents régimes de responsabilité, notamment en ce qui concerne la responsabilité sans faute en matière de contentieux fonction publique. Établir cette responsabilité nécessite alors pour le demandeur de matérialiser le dommage et le lien de causalité avec l'action de l'administration, mais aussi d'évaluer le préjudice : en fonction du cas d'espèce, le requérant va ainsi être dans l'obligation d'engager des frais afin de rémunérer des experts. Aux Etats-Unis (USA), où la procédure accusatoire démultiplie les coûts de production des preuves, ces difficultés constituent « des imperfections ou coûts de transaction »¹⁶⁵⁷, auxquels tout justiciable ne peut échapper dans la réalité. Ainsi « l'intérêt des coûts de transaction dans l'analyse économique ne réside pas tant dans leur présence ou absence dans l'absolu que dans leur niveau comparatif sous différents régimes »¹⁶⁵⁸, ce qui permet de déduire que certains litiges pourraient avoir des coûts de transaction moins onéreux que d'autres.

Ainsi, parce que les modalités de résolution des litiges fondent les coûts de transaction (I), il semble possible de relativiser le coût de la médiation par rapport au coût de la prévention, mais aussi au coût d'un procès (II). Cette relativisation pourrait ainsi permettre de fonder un nouvel argument en faveur de la médiation administrative, sur des différends où les questions de responsabilité sont prégnantes, afin qu'il soit porté à la connaissance de l'administration.

I. Les modalités de résolution des litiges fondent des coûts de transaction

La structure des coûts de transaction générée par la procédure contentieuse permettant de rechercher la responsabilité extracontractuelle est complexe. Elle se compose notamment des frais judiciaires exposés par les parties, mais aussi des frais de justice et des dépens auxquels peut condamner le juge. Elle comporte également les « délais de justice »¹⁶⁵⁹

¹⁶⁵⁷ MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane (2008), *Analyse économique du droit*, Éditions DALLOZ THEMIS, Collection Méthodes du droit, 2^{ème} édition, p.348.

¹⁶⁵⁸ Ibid., p.348.

¹⁶⁵⁹ Ibid., p.349.

qui, s'ils peuvent être régulés par la notion de l'intérêt à agir, peuvent aussi s'accroître considérablement dès lors que peuvent être engagées de manière subsidiaire d'autres procédures comme en France une question préjudicielle¹⁶⁶⁰, un conflit de compétence¹⁶⁶¹ ou une question prioritaire de constitutionnalité¹⁶⁶². Elle peut enfin intégrer les coûts de recherche de preuve en cas de renversement de charge de la preuve¹⁶⁶³, ce qui est régulièrement le cas en matière de contentieux fonction publique, mais aussi les erreurs judiciaires, qu'il est possible de considérer « comme une forme d'accident »¹⁶⁶⁴ générant des coûts supplémentaires.

La propension à payer une prévention et la propension à accepter de prendre des risques s'insèrent ainsi pour l'administration dans cette structure des coûts de transaction liés au règlement du différend : commission éventuelle d'un expert dont le coût est à supporter, traitements de l'agent retenus en partie ou totalement et à reverser en cas de condamnation de l'administration, coût des services de ressources humaines et/ou des services juridiques pour traiter l'affaire, coût éventuel d'un avocat, etc.

Ces coûts de transaction viennent alors se surajouter aux coûts de l'assurance et de la prévention, le procès étant alors un « pari » au sens économique du terme. Or la frontière entre la négligence d'un côté et l'occurrence statistique d'un risque d'un autre côté, mise en relief par le test de Hand, est à la fois ténue et subjective : en fonction des moyens présentés par le demandeur et le défendeur, de l'appréciation personnelle du juge, le risque d'engagement de la responsabilité de l'administration est difficilement prévisible.

¹⁶⁶⁰ Question posée par un juge national (français, allemand, espagnol, etc.) à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) lorsqu'il a un doute sur l'interprétation ou la validité d'une règle de droit européen applicable dans l'affaire qu'il doit juger : cf. Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), Art. 267.

¹⁶⁶¹ Régulé par le Tribunal des conflits qui renvoie le jugement à la juridiction de l'ordre qu'il estime compétent pour régler le litige.

¹⁶⁶² La question prioritaire de constitutionnalité est le droit reconnu à toute personne qui est partie à un procès ou une instance de soutenir qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit. Si les conditions de recevabilité de la question sont réunies, il appartient au Conseil constitutionnel, saisi sur renvoi par le Conseil d'État ou la Cour de cassation, de se prononcer et, le cas échéant, d'abroger la disposition législative.

¹⁶⁶³ Le renversement de la charge de la preuve intervient généralement quand un sujet de droit invoque l'existence d'un droit subjectif à son profit qui aurait été ignoré ou lésé. Il lui incombe alors de prouver l'existence de ce droit qui résulte d'un acte juridique et/ou d'un fait juridique.

¹⁶⁶⁴ MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane (2008), *Analyse économique du droit*, Éditions DALLOZ THEMIS, Collection Méthodes du droit, 2^{ème} édition, p.350.

L'administration, plutôt rétive à partir en médiation, pourrait ainsi considérer le coût de la médiation, au regard d'un coût de la prévention que le juge administratif pourrait considérer comme insuffisant.

II. Coût de la prévention des risques, coût d'un procès et coût de la médiation

Le coût de la prévention des risques et le coût d'un procès en cas d'engagement de la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle sont en analyse économique du droit les deux facteurs majeurs permettant à tout employeur public de conduire ses opérations ou d'accomplir ses tâches, tout en conciliant le bon emploi des deniers publics et la juste dépense pour la prévention des risques.

En matière de droit de la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle le calcul de la prévention amène ainsi à réfléchir sur les négociations qui pourraient se nouer, dans le cadre d'une transaction ou d'une médiation, autour du calcul d'une indemnité que l'employeur responsable d'un préjudice pourrait verser à la victime. En effet, quels sont les liens entre le coût consenti par un employeur pour réduire la probabilité d'occurrence d'un risque et le montant de l'indemnité réparatrice que ce même employeur pourrait verser dès lors que le risque se réalise ?

Aux Etats-Unis, le *Law & Economics*, au sujet du "*Settlement bargaining and the design of damage awards*", apporte deux enseignements particulièrement intéressants, le second étant lié au premier. Le premier enseignement est que le service d'une indemnité forfaitaire, qui permet d'éviter un procès coûteux, amène également l'employeur à sous-investir en matière de prévention des risques, ce qui peut se révéler encore plus coûteux sur le long terme en fonction de la probabilité d'occurrence des risques : « Flat damage awards reduce the level of costly litigation, but lead to underinvestment in precautions »¹⁶⁶⁵.

¹⁶⁶⁵ SPIER Kathryn E. (1994), "Settlement bargaining and the design of damage awards", *Journal of Law, Economics and Organization*, 10, n°1, p.84-95. Traduction : « Des indemnités forfaitaires réduisent le nombre de litiges coûteux, mais entraînent un sous-investissement dans les mesures de précaution ».

Dès lors, quel est le niveau optimal d'une indemnité réparatrice, permettant à la fois de ne pas négliger le coût de la prévention, mais aussi d'éteindre un litige naissant ?

Le second enseignement répond à cette question, en introduisant la notion de coût des désaccords possibles, éminemment lié aux problématiques d'asymétrie d'information. Lorsque les frais de justice sont peu élevés il est préférable, au point de vue économique, d'accorder une indemnité basée sur les dommages réels, lorsque les frais de justice sont élevés il est néanmoins préférable d'accorder une indemnité forfaitaire : « The trade off is clear : when litigation costs are small, then an award based upon the actual damages is preferred, when litigation costs are large, the flat award is preferred »¹⁶⁶⁶.

De telles considérations sont évidemment impossibles en droit français, qu'il soit privé ou public. En effet, la prévention des risques est considérée comme une obligation positive, d'ordre public, tant au niveau législatif que jurisprudentiel¹⁶⁶⁷. L'employeur territorial est ainsi responsable de la mise en œuvre des mesures nécessaires à préserver la santé et la sécurité de ses agents, au même titre qu'un chef d'entreprise. Si le cadre juridique fixe les moyens minimaux à mettre en œuvre, la responsabilité de déployer les mesures de prévention nécessaire à l'exercice d'une activité au sein de la fonction publique relève d'une obligation de résultats. C'est à ce titre que l'autorité d'emploi est à même d'exercer une action disciplinaire pour réprimander un agent qui n'effectuerait pas les tâches qui lui sont confiées¹⁶⁶⁸, dont le respect des règles de prévention des risques.

Ainsi, si le calcul de la prévention ne peut pas exister stricto sensu en droit public, il y a bel et bien un coût de la prévention, difficilement évaluable. Il comprend en effet le coût d'élaboration, de mise en place et de contrôle des règles instaurées pour accroître la sécurité des agents vis-à-vis des risques identifiés dans le document unique d'évaluation des risques professionnels (DUERP)¹⁶⁶⁹.

Un litige entre un agent et son administration, relatif à l'occurrence d'un risque professionnel, peut ainsi être abordé de deux manières différentes. Si la procédure classique,

¹⁶⁶⁶ Ibid., traduction : « Le compromis est clair : lorsque les frais de justice sont peu élevés, il est préférable d'accorder une indemnité basée sur les dommages réels ; lorsque les frais de justice sont élevés, il est préférable d'accorder une indemnité forfaitaire ».

¹⁶⁶⁷ Cass. soc., 19 décembre 2007, *Société Logidis*, F-P+B, Req. N° 06-43.918.

¹⁶⁶⁸ Code général de la fonction publique (CGFP), Art. L.121-9.

¹⁶⁶⁹ Code du travail, Art. R.4121-1 à R.4121-4.

basée sur la jurisprudence, va chercher à établir un lien de causalité entre le dommage et l'action de l'administration, il est également possible d'examiner les critères qui permettrait d'atténuer la responsabilité d'un agent¹⁶⁷⁰. Pour mémoire, un arrêt de la Cour d'appel administrative de Nancy de 2023¹⁶⁷¹ démontre que la faute d'un agent qui refuse d'exécuter une tâche peut ne pas être retenue par le juge administratif, notamment si les pièces versées au dossier démontrent que le matériel nécessaire pour le faire est trop difficile d'emploi pour l'agent.

Cette atténuation pourrait alors être largement recherchée et envisagée dans le cadre d'une médiation, envisagée comme l'aboutissement de mesures de prévention qui pourraient être considérées par le juge comme insuffisantes. Le coût de la médiation pourrait ainsi être assimilé au coût ultime de la prévention, qui peut toujours être considérée par un demandeur dans le cadre d'un différend comme insuffisante, voire par le juge administratif si le litige se transforme en contentieux. Ceci conduit à formaliser une dixième préconisation.

Préconisation n°10 : Parce que la médiation pourrait être considérée comme le coût ultime de la prévention, la médiation préalable avant la transformation du différend en contentieux devrait être obligatoire en matière d'hygiène, de sécurité et de conditions de travail.

L'article 27 de la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire qui fixe un ensemble de sujets pour lesquels elle est instituée pourrait être ainsi complété, afin de généraliser la médiation préalable obligatoire (MPO) à tout contentieux en matière d'hygiène, de sécurité et de conditions de travail, quelle que soit l'administration (d'État, territoriale ou hospitalière).

L'analyse économique du droit a également une palette d'outils permettant d'accroître les incitations à la médiation.

¹⁶⁷⁰ MATHEVET BIDINI Louis, BRASSELET-VINCENT Morgane (2023), « La prévention des risques professionnels et volet disciplinaire des agents publics », <https://hal.science/hal-04345861v1> .

¹⁶⁷¹ CAA de Nancy, 31 janvier 2023, Req. N°20NC02250.

§2. La théorie des incitations, le « legal process » et l'encouragement à la médiation administrative

Comme l'illustre une histoire américaine, contée dans les cours d'analyse économique du droit et décrivant la rencontre entre une personne désirant intenter une action en justice et son avocat, la question concrète qui s'offre à tout justiciable n'est pas de vouloir la justice, mais de savoir « combien » de justice il est capable de se permettre : « The client said *I want justice* . His lawyer replied, *How much justice can you afford?* »¹⁶⁷². Cette saynète relève de l'image d'Épinal, mais elle met en relief la charge financière que représente, notamment pour le demandeur en matière de contentieux fonction publique, le processus de règlement du différend, où l'assurance protection juridique dont il bénéficie directement ou indirectement - par exemple en adhérant à un syndicat, ou bien encore l'aide juridictionnelle¹⁶⁷³, ne couvrent qu'une partie des frais de justice.

L'application du droit et la matérialisation des faits au tribunal peuvent en effet devenir rapidement coûteuses, les avocats ayant pour habitude d'inciter au contentieux au double motif de l'intérêt personnel et de l'éthique de la justice : « From the lawyer's viewpoint, however, the procedural law makes exquisite sense, justice is expensive, but it's worth it (...) Is the intricacy and expense of the legal process the unavoidable cost of justice, or is it the tribute extracted from the public by a powerful legal profession »¹⁶⁷⁴.

La question économique de « l'efficacité » du contentieux est ainsi posée, avec des réponses qui oscillent entre l'aspect « incompressible » des coûts de justice et la suspicion planant sur la profession d'avocat, ayant en elle-même un intérêt au contentieux. La théorie des incitations, appliquée au règlement des différends, permet néanmoins de comprendre qu'il peut parfois être pertinent d'évaluer l'efficacité des outils juridiques qui vont régler un différend ou un contentieux¹⁶⁷⁵. Ces processus juridiques, par essence procéduraux, touchent en matière de litiges subjectifs dans la fonction publique aux questions relatives à

¹⁶⁷² COOTER Robert B. Jr., ULEN Thomas (2016), *Law and economics*, 6th edition, p.376. Traduction : « Le client a dit *Je veux la justice*. Son avocat lui a répondu : *Combien de justice pouvez-vous vous permettre ?* ».

¹⁶⁷³ Loi n°91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique.

¹⁶⁷⁴ COOTER Robert B. Jr., ULEN Thomas (2016), *Law and economics*, 6th edition, p.376. Traduction : « Du point de vue de l'avocat, cependant, le droit procédural a un sens exquis, la justice est chère, mais elle en vaut la peine (...) La complexité et le coût de la procédure judiciaire sont-ils le coût inévitable de la justice, ou le tribut prélevé sur le public par une profession juridique puissante ? ».

¹⁶⁷⁵ Ibid., p.376.

l'introduction d'un recours contentieux devant une juridiction administrative, au désistement (article R.636-1 du code de justice administrative), à l'instruction et à la mise en état du dossier, au recours aux experts, au jugement par la formation de jugement.

Le droit de la responsabilité de l'administration impose au demandeur de faire état d'une cause, qui consiste habituellement en l'existence d'un préjudice auquel le corpus normatif accorde une réparation¹⁶⁷⁶. Le contentieux peut ainsi être modélisé comme un système économique produisant une solution (A). Dès lors l'économie du contentieux revient en analyse économique du droit à étudier une production se caractérisant par trois coûts, inhérents à toute procédure contentieuse et le plus souvent imbriqués les uns dans les autres : le coût du travail nécessaire pour obtenir une décision juridique et ainsi aller au bout de la procédure, les coûts administratifs et le coût des erreurs. Parce que le premier et le dernier de ces trois coûts sont impossibles à évaluer, il s'avère ainsi que seule la médiation est en mesure de réduire le coût administratif de production d'une solution, ce qui plaide une fois encore pour un nouvel élargissement de la médiation préalable obligatoire (B).

A. Le contentieux, système producteur d'une solution

L'analyse économique du droit envisage le contentieux comme un système produisant une solution sur un terme plus ou moins long, grâce à des acteurs mus par la procédure contentieuse. Cette approche atypique, loin des fondamentaux éthiques de la justice instituée, mérite d'être présentée ici, en ce sens qu'elle analyse le coût du travail (I), le coût administratif et le coût des erreurs (II) dans la production d'une décision qui peut ne pas être optimale.

I. Le coût du travail pour obtenir une décision juridique

Le principe du contradictoire impose aux parties de faire état de leurs moyens avant le jugement. Dans le système juridique américain, les parties échangent de nombreuses informations avant le procès dans le cadre d'un processus dénommé outre-Atlantique *Pretrial*

¹⁶⁷⁶ Ibid., p.376.

discovery ou "découverte avant jugement", mais plus connu en Europe sous le terme de procédure accusatoire. Dans le système utilisé en France, les parties transmettent au juge des informations et des mémoires qui sont partagés par le magistrat instructeur : il s'agit de la procédure inquisitoire¹⁶⁷⁷, où les parties sont informées par le magistrat des pièces déposées par la partie adverse. La procédure administrative contentieuse est selon la doctrine inquisitoire : « L'instruction est menée par le juge et si les parties ne sont pas purement passives elles ont cependant un rôle bien faible. De nombreuses mesures d'instruction, mais non toutes (expertises notamment) relèvent du pouvoir propre du juge et les parties ne peuvent que les suggérer sans pouvoir officiellement les demander »¹⁶⁷⁸.

Néanmoins, « la théorie affirmait depuis longtemps que la charge de la preuve est partagée dans le recours pour excès de pouvoir »¹⁶⁷⁹, ce qui amènerait à dire que la procédure administrative n'est que relativement inquisitoire¹⁶⁸⁰, notamment dans l'administration de la preuve. En matière de contentieux fonction publique il est à titre d'exemple possible de matérialiser des preuves par un recours à des experts missionnés par les requérants eux-mêmes. De plus, l'administration de la preuve en matière de discrimination appartient au requérant.

Suivant les principes posés par les professeurs Cooter et Ulen il est ainsi possible de modéliser les différentes étapes générales d'une procédure contentieuse aux USA de la manière suivante, la phase de « négociation » étant une étape à part entière qui est propre au système judiciaire américain, où le *plea bargaining* occupe une place prépondérante :

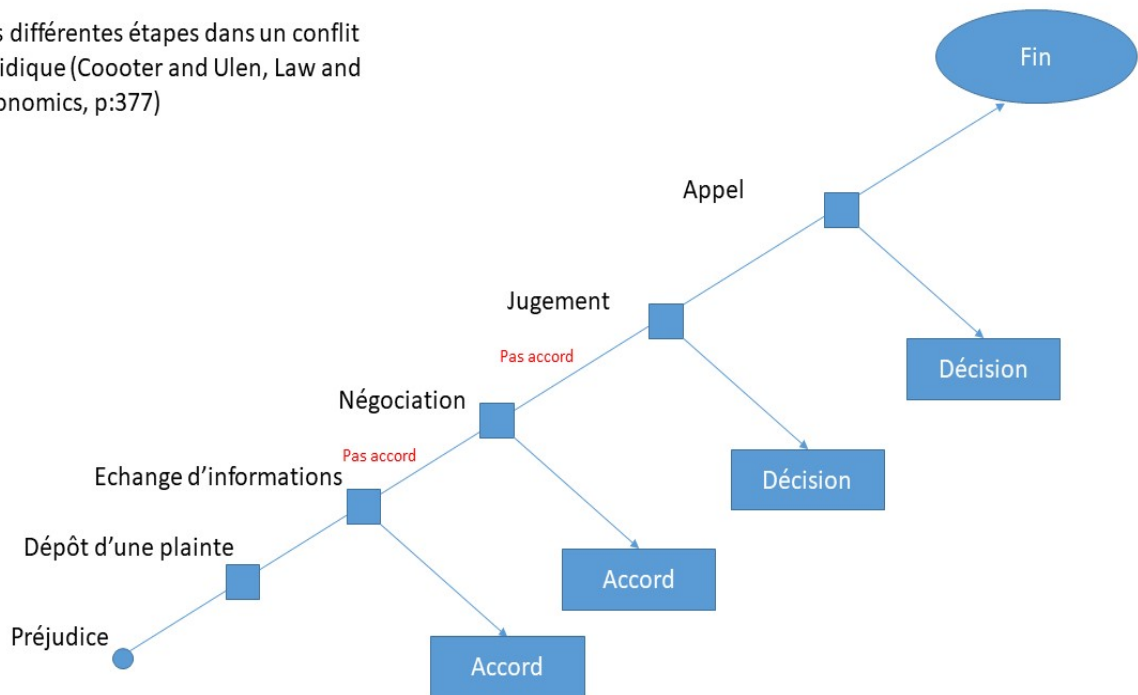
¹⁶⁷⁷ COOTER Robert B. Jr., ULEN Thomas (2016), *Law and economics*, 6th edition, p.377.

¹⁶⁷⁸ ROUQUETTE Rémi (2016), *Petit traité du procès administratif*, édition DALLOZ, collection PRAXIS, pp.221.19

¹⁶⁷⁹ Ibid., pp.221.61

¹⁶⁸⁰ ROLIN Frédéric (2020), « La procédure administrative contentieuse est-elle véritablement inquisitoire ? », *Civitas Europa*, 44(1), Éditions Irenee/Université de Lorraine, p.169-180.

Les différentes étapes dans un conflit juridique (Cooter and Ulen, Law and economics, p:377)



Modélisation visuelle des étapes d'une procédure contentieuse aux USA¹⁶⁸¹

Un contentieux peut ainsi être la somme de plusieurs procédures, de la procédure en première instance à la procédure de cassation si nécessaire. Chiffrer un tel coût est ainsi difficile, mais il est plus large que le coût administratif et le coût de l'erreur (cf. supra). En effet, le temps passé par la victime du préjudice pour faire rétablir ses droits n'entre dans aucune comptabilité, or il a bien au point de vue économique une valeur non négligeable.

Si le coût passé par la victime d'un préjudice semble difficilement comptabilisable en droit français, la modélisation des professeurs Cooter et Ulen apparaît particulièrement inspirante pour que les parties à un différend puissent comprendre visuellement tout l'intérêt d'une médiation. Sa présentation linéaire permet en effet d'intégrer le facteur temps, qui peut être particulièrement important en contentieux indemnitaire. Ainsi, en contentieux fonction publique, il revêt un caractère impérieux dès lors qu'un agent est en situation d'inactivité : le temps passé à dénouer un contentieux juridictionnel formé à la suite d'une décision

¹⁶⁸¹ COOTER Robert B. Jr., ULEN Thomas (2016), *Law and economics*, 6th edition, p.377.

défavorable à l'agent peut en effet constituer une perte de revenu sèche que le magistrat administratif ne compensera pas ou que partiellement.

II. Les couts administratifs de la procédure et le coût des erreurs

La répartition des coûts du procès diffère en fonction du système et de la tradition juridique de chaque pays. Dans les pays de common law les règles existantes oscillent néanmoins entre deux règles « polaires ». La première est celle de la règle du "chacun paie ses propres frais de justice" qui prévaut aux États-Unis, quand la seconde est celle du « perdant paie tous ses frais de justice" qui est en vigueur au Royaume-Uni¹⁶⁸².

L'ordre judiciaire en France a quant à lui un système médian en matière de répartition des charges d'un procès. Il se décompose en deux parties. La première partie englobe tous les coût des expertises mandatées par le juge. Le magistrat « qui ordonne l'expertise fixe, lors de la nomination de l'expert, le montant d'une provision à valoir sur sa rémunération et désigne la ou les parties devant la consigner. Après le dépôt du rapport, le juge fixe la rémunération de l'expert, notamment en fonction des diligences accomplies et de la qualité du travail fourni »¹⁶⁸³. La seconde partie est celle des dépens, permettant à la partie gagnante de voir une partie des frais de justice remboursées par la partie adverse. L'octroi et le montant des dépens est laissé à la libre appréciation du juge.

Il est possible d'observer dans le contentieux administratif de légères variations. L'article L.761-1 du code de justice administrative (CJA) distinguent les dépens et les frais irrépétibles, le juge tenant compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée.

Les premiers, qui comprennent notamment les frais d'expertise et d'enquête, sont souvent acquittés par la partie perdante, mais ils peuvent être cependant avancés par la partie auxquelles elles bénéficient, notamment en matière de contentieux indemnitaire¹⁶⁸⁴. Or le coût moyen d'une expertise peut être élevé, que la procédure soit civile ou administrative.

¹⁶⁸² Ibid., p.378.

¹⁶⁸³ Cour de Cassation, 2003, Rapport sur le coût des expertises.

¹⁶⁸⁴ Code de justice administrative (CJA), Art. R.621-12.

Ainsi une expertise médicale, qui était de 606 € en moyenne en 2003¹⁶⁸⁵, est aujourd'hui d'environ 750 €. De même une expertise sur une problématique organisationnelle et/ou managériale, facturée en moyenne 2375 € en 2003¹⁶⁸⁶, est aujourd'hui facturée entre 2500 et 3000 €.

Les seconds recouvrent notamment les honoraires d'avocats, les frais de déplacement et d'hébergement pour les besoins du procès, le juge pouvant condamner une partie à prendre en charge les frais irrépétibles de la partie adverse. Les frais d'avocat, fonctions de la convention d'honoraire passée avec le client, amène cependant régulièrement à une facturation comprise entre 1500 et 2000 € en première instance, 2000 et 3000 € en appel et plus encore dès lors que le conflit s'élève en cassation.

L'analyse économique du droit aux Etats-Unis (USA) part du principe que l'évaluation des différentes règles et des différentes pratiques procédurales nécessite une mesure des coûts sociaux de chaque procédure judiciaire. Ainsi, pour déterminer quelle est la procédure judiciaire la plus adéquate il faut considérer les procédures contentieuses comme des instruments d'application des lois de fond, en considérant qu'elles engendrent, à la fois pour le demandeur et le défendeur, des « coûts » d'administration de la justice :

« Evaluating different procedural rules and practices requires a measure of social costs. A simple measure of the social costs of the legal process provides a useful guide to the analysis of procedural laws. To develop a simple measure, think of procedural laws as instruments for applying substantive laws »¹⁶⁸⁷.

Les coûts d'administration de la justice sont pluriels. Ils sont tout à la fois les coûts engendrés par le ministère d'un avocat pour déposer un recours devant une juridiction et rédiger l'ensemble des pièces juridiques soutenant l'argumentation, les coûts relatifs à la procédure contradictoire (par exemple les dépôts successifs de mémoire en défense ou en réplique devant la juridiction), les coûts engendrés par les « erreurs » du système judiciaire

¹⁶⁸⁵ ARNAULT Séverine, KRIEF Patrick (2003), « Le coût des expertises judiciaires civiles », Bulletin d'information statistique du ministère de la Justice, Mai 2003, N°66.

¹⁶⁸⁶ Ibid.

¹⁶⁸⁷ COOTER Robert B. Jr., ULEN Thomas (2016), *Law and economics*, 6th edition, p.378. Traduction : « L'évaluation des différentes règles et pratiques procédurales nécessite une mesure des coûts sociaux. Une mesure simple des coûts sociaux de la procédure juridique constitue un guide utile pour l'analyse des lois procédurales. Pour développer une mesure simple, considérez les lois procédurales comme des instruments d'application des lois substantielles ».

dans la procédure contentieuse, qui peut déclarer le fautif innocent ou condamner le fautif à un montant inférieur au montant réel du préjudice¹⁶⁸⁸.

Ainsi le coût social d'un contentieux (C_s) est égal à la somme des coûts administratifs d'un litige (C_a) et des coûts liés aux erreurs (C_e) qui peuvent s'immiscer dans le processus de règlement du litige : $C_s = C_a + C_e$

Les professeurs Cooter et Ulen postulent alors que l'objectif économique de la procédure contentieuse est de minimiser la somme du coût social du contentieux¹⁶⁸⁹, le droit procédural étant à comprendre ici comme l'ensemble des processus de règlement des litiges utilisés aux Etats-Unis, à savoir la transaction ou le procès. Cette approche nous semble duplicable aux litiges subjectifs en matière de contentieux fonction publique. Comme nous l'avons vu précédemment un différend de ce type peut avoir plusieurs dimensions, relatives notamment à la nature du contentieux et aux modalités de contrôle du juge administratif, ou à son aspect économique – conséquences indemnitaires notamment.

Le recours à la médiation va à la fois permettre de réduire C_a , en réduisant le coût de production d'une solution au litige par un raccourcissement de la procédure, mais aussi C_e , en permettant aux médiés de chercher une solution efficace au sens de Pareto ou de Kaldor-Hicks. La modélisation du processus de production d'une solution à un litige entre l'agent et son administration pourrait aussi constituer un signal clair et compréhensible à destination de tous les potentiels médiés.

B. Le développement de la médiation administrative préalable obligatoire

L'équation simple $C_s = C_a + C_e$ permet d'illustrer le fait qu'un MARD permet de réduire le coût social du contentieux¹⁶⁹⁰, notamment dès lors que la procédure juridictionnelle va nécessiter l'intervention d'expert et/ou s'élever dans les degrés de juridiction. En effet, les

¹⁶⁸⁸ Ibid., p.379.

¹⁶⁸⁹ Ibid, p.379: « We assume that the economic objective of procedural law is to minimize the sum of administrative costs and error costs ».

¹⁶⁹⁰ Ibid., p.379.

coûts administratifs vont croître, tout comme la probabilité d'occurrence d'erreurs pour chacune des parties.

Si cette assertion semble assez intuitive pour le juriste averti elle l'est néanmoins beaucoup moins pour les parties à un différend, notamment en ce qui concerne le coût de l'erreur, par essence difficilement estimable. S'il existe réellement nous ne sommes pas en mesure de l'évaluer, tant l'exercice apparaît périlleux et difficile, même dans le cadre d'une approche scientifique rigoureuse qui examinerait par exemple le fond et la forme des appels et des pourvois en cassation en matière de litiges subjectifs.

Cela nous amène ainsi à postuler que le coût social de résolution d'un différend est congruent, dans une première approche, au coût administratif du conflit. Dès lors comment permettre aux parties à un différend de comprendre toute la dimension de ce coût, proportionnelle à la durée de la résolution du litige ?

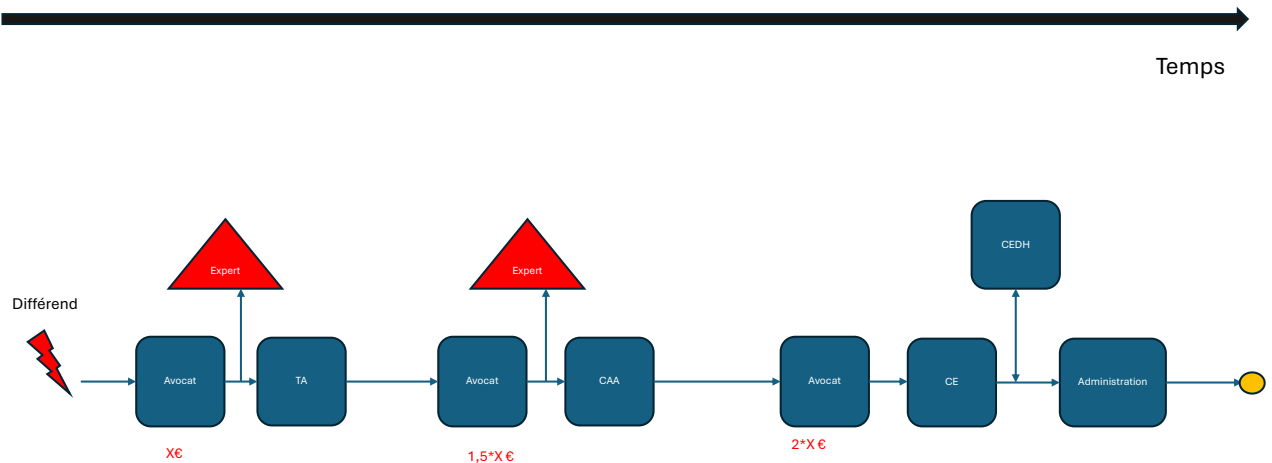
Il s'agit dès lors de modéliser les différentes étapes de la résolution contentieuse d'un conflit en intégrant le facteur temps, dont l'importance en contentieux fonction publique peut être avérée (I). Cette modélisation permet de plus de questionner le rôle que pourrait avoir l'assurance protection juridique dans le développement de la médiation administrative (II).

I. La modélisation du contentieux administratif comme système producteur d'une solution

Modéliser le contentieux administratif comme un système de résolution d'un différend n'est pas aussi simple que dans la procédure américaine, où un accord entre les parties peut intervenir à tout moment dans la phase juridictionnelle.

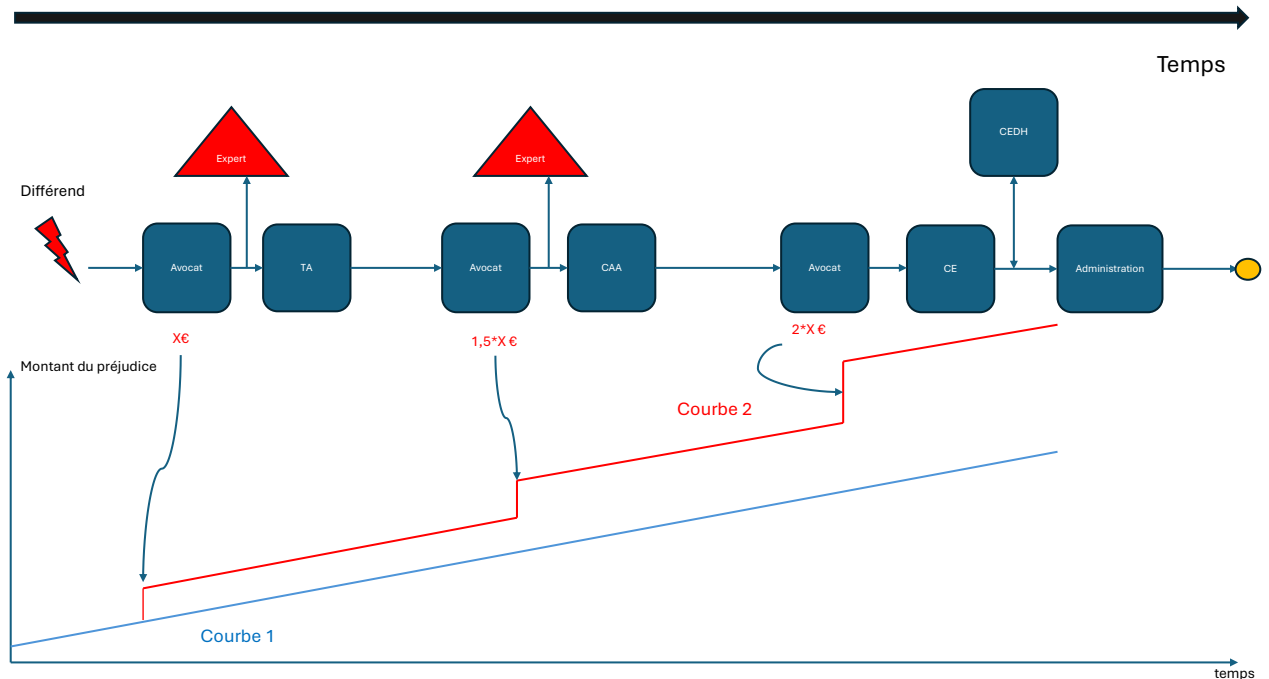
Une première esquisse est néanmoins envisageable en considérant les trois degrés de juridiction et les coûts de procédure qui sont associés à chacun d'entre eux. Il apparaît néanmoins difficile de les chiffrer avec précision, puisqu'ils dépendent essentiellement des coûts d'avocat, eux-mêmes fonction de la complexité de la procédure et du nombre de mémoires échangés pendant celle-ci (un mémoire initial étant facturé entre 1500 et 2000 €, quand un mémoire complémentaire est généralement facturé entre 800 et 1200 €) : il sera donc postulé qu'un coût en première instance, composé des coûts d'avocat, des coûts

d'expertise et du coût supporté par l'administration est de X €. De même, il sera dit en première approche que ce coût est aggravé de 50% en appel, et de 100% en cassation, notamment au regard du coût d'un avocat inscrit à l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation.



Modélisation des étapes du contentieux administratif

Ce diagramme linéaire n'intègre cependant pas la dimension du temps, qui peut avoir une importance cruciale notamment en cas de contentieux ayant une incidence sur la rémunération de l'agent, ou de manière plus générale en matière de contentieux indemnitaire. En effet, ce dernier va venir aggraver le préjudice, au regard de l'inflation et/ou d'un manque à gagner qui n'est pas si « constant » qu'il pourrait y paraître pour la partie lésée, comme par exemple le non versement d'une prime ou le service incomplet du traitement après plus de quatre-vingt-dix jours d'arrêt maladie :



Modélisation des étapes du contentieux administratif avec le facteur temps

La courbe 1 représente l'évolution temporelle d'un coût, qu'il soit fixe (un préjudice non évolutif par exemple) ou variable (un préjudice constant et répétitif chaque mois par exemple). Cette courbe 1 a ainsi une pente au moins égale à l'inflation, voire à l'inflation augmenté d'un préjudice répétitif.

La courbe 2 modélise quant à elle l'évolution du coût au fil des instances, sans représenter pour autant la totalité des sommes dépensées depuis l'éclosion du différend. L'agent et l'administration parvenus en cassation auront en effet dépensé $= X + 1,5X + 2X = 4,5X$. Cette somme précise est représentée par la surface comprise entre la courbe 2 et l'abscisse représentant le coût total du différend jusqu'à sa résolution¹⁶⁹¹.

Ainsi, dans l'hypothèse où un agent dépense 1 500 € en première instance il peut craindre d'avoir dépensé une fois l'appel rendu 3 750 €, voire 6 750 € s'il se pourvoit en cassation. Notons également que ces coûts ne prennent pas en compte les coûts administratifs de prescription d'une médiation administrative, relatifs par exemple à l'édiction

¹⁶⁹¹ Le coût total du différend en fonction du temps est en effet égal à l'intégrale de la courbe 2 : Coût total (t) = $\int \text{Courbe 2} . dt$

d'une ordonnance deux en un. Ces derniers pourraient être utilement éviter en élargissant le spectre de la médiation préalable obligatoire.

II. Des pistes pour développer la médiation préalable obligatoire (MPO)

La modélisation utilisée permet de démontrer que la médiation, qu'elle intervienne en phase non juridictionnelle ou juridictionnelle, permet en cas de réussite de réduire le temps de production d'une solution, et donc la facture globale liée à la résolution du conflit. Elle rappelle également, au-delà de certaines considérations de la doctrine sur la médiation préalable obligatoire¹⁶⁹², la pertinence économique de généraliser cette dernière par une modification plus profonde de la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire.

Ses articles 27 et 28, pérennisent et généralisent en effet le dispositif de la médiation préalable obligatoire (MPO) à l'ensemble du territoire national¹⁶⁹³, en faisant notamment des centres de gestion les opérateurs exclusifs de cette mission pour les collectivités qui font le choix d'adhérer par convention à cette procédure :

« Les centres de gestion assurent par convention, à la demande des collectivités territoriales et de leurs établissements publics, une mission de médiation préalable obligatoire prévue à l'article L. 213-11 du code de justice administrative. Les centres de gestion peuvent également assurer, dans les domaines relevant de leur compétence, à la demande des collectivités territoriales et de leurs établissements publics, une mission de médiation à l'initiative du juge ou à l'initiative des parties, prévue aux articles L. 213-5 à L. 213-10 du même code, à l'exclusion des avis ou décisions des instances paritaires, médicales, de jurys ou de toute autre instance collégiale administrative obligatoirement saisie ayant vocation à adopter des avis ou des décisions. Des conventions peuvent être conclues entre les centres de gestion pour l'exercice de ces missions à un niveau régional ou interrégional, selon les modalités déterminées par le schéma régional ou interrégional de coordination, de mutualisation et de

¹⁶⁹² Voir GUILLAUME-HOFNUNG Michèle (2020), *La médiation*, Que sais-je, 8^{ème} édition, qui fait de la médiation préalable obligatoire un « oxymore ».

¹⁶⁹³ Cette loi s'est appuyée sur une expérimentation et un bilan dressé par le Conseil d'État : voir CE, Expérimentation de la médiation préalable obligatoire : bilan et perspectives, 2 septembre 2021.

spécialisation mentionné à l'article 14 de la présente loi. Les dépenses afférentes à l'accomplissement des missions mentionnées aux deux premiers alinéas du présent article sont financées dans les conditions fixées à l'avant-dernier alinéa de l'article 22 ».

Une innovation consisterait ainsi à expérimenter la systématisation de la médiation préalable obligatoire (MPO) en matière de contentieux fonction publique, dès lors que tout recours contentieux a été précédé d'un recours administratif, ce cheminement du différend étant, comme nous l'avons vu, particulièrement propice au déploiement d'une médiation. Il convient néanmoins de souligner que cette généralisation poserait la question du financement de ce mode alternatif de règlement des litiges (MARD).

Comme le prévoit l'article 28 de la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire, la MPO assurée par le centre de gestion relève, conformément à l'article 22 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, des « dépenses supportées par les centres de gestion pour l'exercice de missions supplémentaires à caractère facultatif que leur confient les collectivités ou établissements ». Elles sont financées « par ces mêmes collectivités ou établissements, soit dans des conditions fixées par convention, soit par une cotisation additionnelle à la cotisation obligatoire »¹⁶⁹⁴.

Si une contribution additionnelle au centre de gestion permettrait de financer cette MPO pour les collectivités qui ont fait le choix de conventionner, il apparaît également souhaitable de considérer l'assurance comme un système permettant d'aider au développement de cette pratique¹⁶⁹⁵. Le système assurantiel a en effet d'ores et déjà investi le champ de la médiation, notamment en matière de protection juridique. Ce secteur d'activité, qui représente 1,7 Md € et qui permet de financer environ 10% des frais d'avocat dans un litige, est géré par une vingtaine d'acteurs¹⁶⁹⁶, qui comprennent petit à petit tout l'intérêt de la médiation : dans le champ judiciaire (et pas administratif), la durée moyenne

¹⁶⁹⁴ Voir l'article 22 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale.

¹⁶⁹⁵ Deuxième congrès sur toutes les médiations, le 5 octobre 2022, Angers et notamment la Table ronde « Justice – Assurance – Médiation : un tryptique vertueux. Quelle place pour l'assureur dans la résolution des conflits ? Les bénéfices d'une coopération innovante entre juristes, assureurs et médiateurs ».

¹⁶⁹⁶ Ces acteurs gèrent environ devant les juridictions judiciaires 500 000 dossiers par an.

d'un dossier traité à l'amiable est de 170 jours, alors qu'elle est environ de 850 jours au contentieux.

Si la pratique de la médiation est limitée en France, parce que la France est le pays de l'État-providence où l'accès à la justice est gratuit¹⁶⁹⁷, il ne faut pas cacher le fait que le coût de la médiation est un vrai problème pour les parties en France : la Lituanie prend ainsi en charge une partie des frais de médiation.

Selon les travaux de thèse de Guillaume Brunel¹⁶⁹⁸, cette assurance peut être plus que ce qu'elle n'est aujourd'hui, c'est-à-dire un tiers payant permettant de financer marginalement des frais d'avocat. Il défend en effet l'idée que cette assurance puisse financer des médiations, plus rapides et beaucoup moins onéreuses qu'un contentieux classique. Il convient néanmoins de tempérer ce postulat, car le système du contentieux administratif est différent : il oppose en effet généralement une administration, qui dispose parfois d'une assurance protection fonctionnelle, à un particulier, qui peut avoir ou pas une assurance protection juridique, voire même solliciter dans certains cas la protection fonctionnelle.

Si l'économie des configurations possibles en matière de litige fonction publique est donc différente de celle plus classique étudiée par Monsieur Brunel, il n'en demeure pas moins que l'idée d'utiliser l'assurance protection fonctionnelle pour financer de la médiation pourrait être une idée intéressante. Il conviendrait alors que chaque collectivité fasse évoluer son contrat de protection juridique, ce qui semble tout à fait possible sur le champ contractuel où elle se situe. Ceci conduit à formaliser une onzième et dernière préconisation.

Préconisation n°11 : le coût de la médiation préalable obligatoire pourrait être réduit grâce à une prise en charge partielle par l'assurance protection juridique des collectivités et des agents, éventuellement complétée par une sur-cotisation aux centres de gestion, compétents pour l'organisation de ces MPO dans la fonction publique territoriale.

Une telle perspective nécessiterait cependant de nouer sans plus attendre des contacts avec les compagnies d'assurance, afin d'examiner la faisabilité de cette proposition et de déployer une véritable ingénierie juridique et économique à ce sujet. L'analyse

¹⁶⁹⁷ Rapport du Comité des États généraux de la justice (2022), Rendre justice aux citoyens

¹⁶⁹⁸ Voir sa thèse soutenue le 24/06/2022 : BRUNEL Guillaume (2022), L'assurance de protection juridique : contribution à l'évolution du modèle assurantiel de l'accès au droit et à la justice, Thèse de droit privé

économique du droit et ses développements particuliers sur l'assurance¹⁶⁹⁹ pourrait alors constituer une base théorique intéressante...

¹⁶⁹⁹ MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane (2008), *Analyse économique du droit*, Éditions DALLOZ THEMIS, Collection Méthodes du droit, 2^{ème} édition, p.118 et suivantes.

Conclusion du chapitre 2

Ce chapitre s'est voulu être une application modeste et prudente de certains enseignements de l'analyse économique du droit, puisqu'il s'est agi de procéder à une analyse du droit de la médiation administrative, afin de développer ce mode alternatif de règlement des différends (MARD). Elle a permis de produire des résultats ayant valeur de propositions, qui sont ainsi au nombre onze. Elle a également mis à jour les limites pratiques de l'analyse économique du droit, qui n'est bien souvent pas en mesure d'apporter des résultats précis et immédiatement exploitables en matière de préconisations techniques, sur un droit de la fonction publique qui plus est éloigné du droit public économique. L'analyse économique du droit de la médiation administrative semble néanmoins démontrer toute la pertinence de penser le consentement à l'aune de l'intérêt des parties, mais aussi du coût social que représente le règlement d'un différend. Le *Law & Economics* ainsi appliqué à une matière aux marges du droit des contrats ou du droit de la responsabilité est selon nous une ligne guide, indispensable pour le droit procédural, où la question du consentement des individus est au centre de l'efficacité des dispositifs qui permettent de confronter et de concilier des intérêts divergents.

Parce que la médiation administrative bute dans son développement sur la question du consentement, l'analyse a d'abord cherché à s'appuyer sur la théorie du consommateur et la théorie des jeux. Si elle a révélé au point de vue épistémologique certaines limites dans l'application pratique des outils théoriques, elle a également permis de tirer plusieurs conclusions intéressantes :

Proposition 1	Comme la médiation préalable obligatoire (MPO), la médiation volontaire pourrait être insérée dans les conflits naissants autour de certains processus RH. Les processus visés doivent être sources de différends, pouvant ainsi correspondre avec les sept thématiques particulièrement propices à la médiation administrative.
Proposition 2	Le jeu de coordination asymétrique, appliqué à l'ordonnance deux en un, milite pour l'introduction d'un enjeu pour l'administration et pour l'agent, pénalisant ces derniers en cas de refus de la médiation.

Proposition 3	Le jeu de coordination par différenciation militerait pour l'imposition de délais de réponse des parties aux sollicitations du médiateur, via l'ordonnance qui permet d'ordonner la médiation.
Proposition 4	Le jeu de longue haleine démontre l'utilité de l'apprentissage par l'erreur. Il pourrait ainsi démontrer que le contrôle de la qualité et la régulation de la quantité des médiateurs dans un périmètre donné pourrait accroître leur compétence personnelle pour aller chercher le consentement des parties, mais aussi que la formation des avocats ou des organisations syndicales pourrait constituer un facteur majeur de développement de la médiation.
Proposition 5	Le décret n° 2020-256 du 13 mars 2020 relatif au dispositif de signalement des actes de violence, de discrimination, de harcèlement et d'agissements sexistes dans la fonction publique qui met en place un dispositif de recueil et d'instruction des signalements pourrait constituer un système d'identification des médiations conventionnelles à proposer le plus rapidement possible.
Proposition 6	Il serait intéressant d'ouvrir la possibilité à un rapporteur de présider une audience de règlement amiable (ARA) permettant de présenter aux parties et à leurs conseils les principes juridiques applicables au cas d'espèce. Cette audience aurait ainsi, en fonction du cas d'espèce, l'avantage de sensibiliser les parties aux intérêts qui pourraient être les leurs de partir en médiation.

La confidentialité et la neutralité qui sont intrinsèquement attachés à la médiation administrative ont ensuite été étudiés grâce à la théorie de l'agence, particulièrement propice à l'analyse des interactions entre deux individus – le principal et l'agent - chargés d'accomplir, grâce au processus délégatif, une tâche. Les propositions suivantes ont ainsi été dégagées afin d'améliorer ces deux ressorts indispensables à la confiance dans la médiation :

Proposition 7	Le comité justice administrative et médiation (JAM) du Conseil d'État pourrait porter une réflexion sur la nécessité préconiser la présence dans un certain seuil de collectivités de médiateurs internes.
Proposition 8	L'article L.213-7 du code de justice administrative (CJA) pourrait être modifié afin de disposer que toute médiation administrative à l'initiative du juge (MIJ) s'effectue grâce à une ordonnance deux en un ou une

	médiation fléchée, où le travail du médiateur serait rémunéré. Le comité justice administrative et médiation (JAM) du Conseil d'État pourrait à ce titre être saisi pour étudier les différentes possibilités afin de rémunérer ce travail de fléchage auquel participe activement le médiateur.
Proposition 9	Il pourrait être utile de tester l'association d'un rapporteur et d'un médiateur dans le cadre d'une audience d'information à la médiation, qui permettrait d'aboutir plus souvent à une ordonnance de médiation administrative et de gagner du temps.

Il s'est ensuite agi de regarder de plus près le devoir de protection de l'administration vis-à-vis de ses agents, particulièrement examiné chez les sapeurs-pompiers. Parce que l'administration est comme tout employeur, et malgré l'épais dispositif de dispositions réglementaires en la matière auquel elle est soumise, confronté à un dilemme permanent entre la prévention et un certain laisser-faire, générateur de risques et de dommages, elle fait face, en pareille situation, à de nombreux coûts de transaction. L'étude de ce dilemme « prévention / dommage » fait ainsi apparaître que le coût de la médiation peut permettre de limiter les coûts de transaction, ce qui amène à formuler une dixième proposition :

Proposition 10	Parce que la médiation pourrait être considérée comme le coût ultime de la prévention, la médiation préalable avant la transformation du différend en contentieux devrait être obligatoire en matière d'hygiène, de sécurité et de conditions de travail.

Cette étude s'achève enfin de manière elliptique par un retour à la théorie des incitations, fondement de l'analyse économique du droit. Elle permet d'envisager le contentieux fonction publique en matière de litige subjectif comme un système producteur de solutions, dont il faut limiter les coûts administratifs dans un but d'accroissement de l'utilité sociale. Cette analyse conclue également à l'absolue nécessité de développer la médiation préalable obligatoire, ce qui l'amène à formuler une onzième et dernière proposition :

Proposition 11	Le coût de la médiation préalable obligatoire pourrait être réduit grâce à une prise en charge partielle par l'assurance protection juridique des collectivités et des agents, éventuellement complétée par une sur-

	cotisation aux centres de gestion, compétents pour l'organisation de ces MPO dans la fonction publique territoriale.

Certaines de ces propositions n'apparaissent pas néanmoins réalistes au regard de l'état actuel de la pratique et du droit de la médiation administrative, par exemple la proposition 2 qui suggère de « pénaliser » la partie qui serait rétive à une médiation suggérée par la juridiction administrative. Le nouveau décret n° 2025-660 du 18 juillet 2025, portant réforme de l'instruction conventionnelle et recodification des modes amiables de résolution des différends, qui généralise l'injonction de rencontrer un médiateur et un conciliateur de justice, assortie d'une amende civile de 10 000 € maximum en cas de refus de l'exécuter, constitue néanmoins en lui-même un signal fort de la volonté de développer ce MARD.

Si l'idée qui consiste à promouvoir la médiation volontaire et la médiation préalable obligatoire (MPO) nous semble réaliste (propositions 1, 5, 7, 10, 11), elle achoppe néanmoins sur la question de son financement, qui pourrait néanmoins intégrer la possibilité d'un financement par l'assurance protection juridique de l'administration et des agents, éventuellement complété par une sur-cotisation au centre de gestion. Les champs de litiges subjectifs propices à cette médiation volontaire ou de cette MPO, organisée à la suite d'un recours administratif, nécessiteraient néanmoins d'être arrêtés de manière précise. Nous suggérons aussi les champs suivants : les recours pour excès de pouvoir avec un contrôle restreint du juge administratif, les recours de plein contentieux avec un préjudice personnel, les litiges subjectifs relatifs aux droits et aux obligations, à la gestion des cadres d'emploi, aux parcours professionnels (recrutement, carrière, radiation), aux modalités d'emploi (notamment hygiène, sécurité et conditions de travail) et aux droits sociaux.

Le sujet du temps dévolu au processus de médiation, dans la recherche d'une solution à un conflit de travail porté devant le juge administratif, nous semble également fondamental (propositions 3, 6, 8, 9). Imposer des délais de réponse aux parties qui se voient proposées une médiation administrative par le juge administratif, afin de limiter le processus de médiation à six mois¹⁷⁰⁰, éventuellement complété par l'organisation d'une audience de

¹⁷⁰⁰ La pratique démontre en effet que parfois les durées de médiation prévues par les textes ou les ordonnances sont dépassées : cf. CE, Rapport public 2025, activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives en 2024, p.155.

règlement amiable (ARA), nous semble réaliste au regard de l'intérêt de l'ARA dans les juridictions civiles.

La professionnalisation du médiateur (propositions 4, 7, 9) nous apparaît enfin indispensable au développement de ce mode alternatif de règlement des différends (MARD). Non régulé par un ordre à contrario des avocats, il pourrait faire l'objet d'un processus de certification uniforme à l'échelon national, notamment s'il devait être mieux associé avec les magistrats administratifs, notamment si une ARA devait être organisée par un magistrat associé à un médiateur. Ce besoin de reconnaissance est d'ailleurs entendu actuellement, puisque les Cours d'appel administrative (CAA) de Paris et de Versailles ont organisé le 8 février 2024 une cérémonie d'accueil et de prestation de serments des experts nouvellement inscrits au tableau des experts auprès des deux cours et des tribunaux administratifs de leur ressort¹⁷⁰¹.

Ces onze propositions, soumises à l'épreuve du réel, amènent ainsi à porter sur les fonts baptismaux trois suggestions. Comme tout résultat produit par une science à la fois juridique par sa nature mais aussi appliquée dans les faits, dans le cadre de conditions fixées au préalable par le chercheur, leur valeur n'est que relative : elle doit, pour devenir plus systématique, être désormais critiquée, discutée, amendée voire récusée.

¹⁷⁰¹ Ibid., p.465.

Conclusion du titre 2

Parce que les règles du droit de la médiation peuvent être assimilées aux règles d'un jeu, nous avons cherché à nous appuyer sur une science juridique qui permettrait de questionner l'efficacité sociale de ces règles. Cette dernière, qui vise à minimiser le coût social que représente le règlement d'un différend, tout en maximisant dans la mesure du possible les positions de chacune des parties, ne peut pas s'examiner d'un bloc : elle est polymorphe, car elle est souvent fonction de l'économie globale de chaque litige entre un agent et son administration. Nous avons ainsi postulé que l'analyse économique du droit est une science juridique « agile », à même d'aider au développement de la médiation administrative.

Nous avons ainsi présenté les grands concepts de l'analyse économique du droit. Ils ont eu dès leur formulation l'objectif d'améliorer l'efficacité sociale de la règle de droit. L'analyse économique du droit cherche ainsi à modéliser les incitations et les effets de la règle, pour mieux en cerner les externalités négatives et proposer des solutions palliatives.

Ce travail de recherche s'est ensuite consacré à la mise en pratique des concepts de l'analyse économique du droit utiles à l'étude du droit de la médiation administrative, dont la nature contractualiste se prête particulièrement à cela. Il a ainsi pu formuler onze propositions théoriques, qui permettent d'aboutir à trois suggestions majeures pour développer la médiation administrative, envisagée désormais comme un système de production d'une solution à un litige subjectif entre l'agent et l'administration.

La première suggestion est d'élargir le recours à la médiation préalable obligatoire (MPO) après recours administratif et de développer la médiation volontaire, notamment sur le contentieux subjectif, dont la notion doit être précisée en matière de contentieux fonction publique relatif à un différend entre un agent et l'administration.

La deuxième suggestion est d'encadrer la médiation administrative proposée par la juridiction administrative dans un délai contraint de six mois, avec un aiguillage vers ce MARD par une audience de règlement amiable (ARA), organisée conjointement par le rapporteur du dossier et un médiateur administratif.

La troisième suggestion, qui complète la seconde, vise à mieux professionnaliser et reconnaître le médiateur administratif.

Conclusion de la deuxième partie

Cette deuxième partie de la thèse s'est d'abord attachée à mettre à jour les outils conceptuels qui permettraient d'identifier plus systématiquement les différends du travail, entre un agent de la fonction publique et son administration, susceptibles d'être résolus par la médiation administrative. Elle met en évidence que les recours administratifs constituent une incitation forte à ce mode alternatif de règlement des différends (MARD), beaucoup plus que les recours juridictionnels, où le recours à la médiation dépend étroitement des circonstances propres à chaque affaire. Ce constat conforte néanmoins le rôle central du référent médiation dans les juridictions administratives, dont la connaissance fine du contentieux et de la médiation permet de repérer les situations où une résolution amiable serait pertinente.

L'analyse du processus de cristallisation du conflit, en remontant du contentieux vers le différend initial, souligne l'intérêt de la médiation à un stade précoce du conflit. Le pouvoir discrétionnaire de l'autorité d'emploi en matière de décisions individuelles, souvent contrôlé de manière restreinte par le juge administratif, crée également un terrain favorable à la médiation. La recherche met également en lumière la pertinence de la notion de droit subjectif dans la genèse des litiges de type « fonction publique ». Ces droits, issus du droit civil, permettent à un individu d'exiger une prestation ou de revendiquer une prérogative dans son intérêt propre. En adaptant cette notion au contentieux fonction publique, la recherche propose une classification souple des litiges dits subjectifs, fondée sur la perception d'une atteinte à un ou plusieurs types de droits dans le chef l'agent. Cette tentative, bien que théoriquement éclairante, a néanmoins montré ses limites : la définition du droit subjectif demeure trop fluctuante et dépendante du contexte pour en faire un outil pleinement opérant en droit administratif. Développer la médiation administrative nécessite en effet d'appréhender correctement et d'améliorer les incitations à l'utiliser, dans une démarche avant tout contractualiste.

Le recours à l'analyse économique du droit, avant out envisagée ici comme une science juridique, s'est donc imposé comme un moyen d'enrichir la réflexion. Cette approche, née dans la culture de la common law, repose sur l'idée que les individus rationnels cherchent à maximiser leur utilité, même de manière imparfaite. Elle vise ainsi à modéliser les effets réels

du droit sur les comportements, dans l'objectif d'en améliorer l'efficacité sociale. Plusieurs des concepts du *Law & Economics* ont été explorés dans l'optique de se livrer ultérieurement à l'analyse économique du droit de la médiation : la théorie des jeux et l'efficacité des relations entre les individus, le principe assurantiel et le transfert du risque, la théorie de l'agence, enfin les coûts de transaction de Coase et l'efficacité des décisions judiciaires de Posner.

La thèse a alors étudié de manière directe le droit de la médiation administrative grâce à l'analyse économique du droit, avec deux objectifs directs : comprendre et améliorer la mécanique du consentement, relativiser le coût de la médiation pour mieux le faire accepter par les parties. Elle a ainsi démontré que la capacité de l'analyse économique du droit à formaliser des préconisations techniques précises était limitée. Ce faisant, elle a néanmoins mis à jour la pertinence de cette science juridique pour cheminer intellectuellement dans le vaste champ des incitations et poser de grands principes.

La recherche a ainsi élaboré onze propositions théoriques visant à renforcer l'efficacité de la médiation administrative. Leurs auto-critiques ex-ante, effectuées au prisme de la réalité de certains comportements humains ou du déroulé des médiations, ont permis de dégager trois suggestions à portée concrète. La première consiste à élargir le recours à la médiation préalable obligatoire et à encourager la médiation volontaire. La deuxième vise à encadrer la médiation proposée par les juridictions dans un délai maximal de six mois. La troisième porte sur la nécessité de mieux professionnaliser et reconnaître le statut du médiateur administratif.

Conclusion générale

Voilà neuf ans que la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle est venue poser un cadre clair et établi pour la médiation administrative. Ce processus maïeutique de recherche d'un accord, initialement développé dans le cadre des relations entre les citoyens ou les usagers et l'administration, venait alors prendre place dans la vaste famille des modes alternatifs de règlement des différends (MARD), notamment auprès de la transaction administrative, avec laquelle elle ne se confond pas.

Le règlement, comme le décret du 25 mars 2022 relatif à la procédure de médiation préalable obligatoire applicable à certains litiges de la fonction publique et à certains litiges sociaux, la jurisprudence¹⁷⁰², la pratique des juridictions, les liens entre les référents médiation et les médiateurs affinent depuis le dispositif juridique, qui se développe année après année comme le constate le Conseil d'État en 2022. Ainsi, en 2021, 1 852 médiations¹⁷⁰³ ont été menées à bien au sein des juridictions administratives, principalement à la demande du juge. Plus de la moitié de ces médiations (54%) ont abouti à un accord, les médiations engagées portant principalement sur trois matières : le contentieux fonction publique (385 médiations), le contentieux relatif à Pôle Emploi (373 dossiers) et le contentieux de l'urbanisme (259 dossiers).

Si la médiation administrative répond à une évolution de la société, elle trouve en effet une place quasi naturelle dans les réponses à apporter aux différends qui peuvent naître entre les agents publics et leur administration. Elle ne représente néanmoins qu'une part très marginale du contentieux fonction publique en 2024, qui se caractérise par un stock de 23 040 affaires dans les tribunaux administratifs, 2 779 dans les cours d'appel, 999 au Conseil d'État. Si ce contentieux ne représente pas de difficultés particulières il engendre au point de vue managérial de grands problèmes : les conflits laissent des traces dans les collectifs, présupposent des aménagements de poste ou de service parfois illogiques, génèrent des rancœurs et des amertumes parfois indélébiles. Parce que le juge est saisi d'actes quand le

¹⁷⁰² Voir notamment CAA Marseille, 8 novembre 2024, *Commune de Nice*, Req. N°24MA00434. Cet arrêt vient notamment préciser l'office du juge administratif lorsqu'il est saisi d'une demande d'homologation d'une transaction concrétisant un accord de médiation : il doit ainsi vérifier que cette transaction répond aux exigences fixées pour les transactions par le code civil et par le code des relations entre le public et l'administration.

¹⁷⁰³ CE, 28 mars 2022, Communiqué de presse : retour sur cinq années de médiation administrative.

médiateur est saisi de situations qui peuvent être tout à la fois sociales, managériales ou économiques, la thèse considère que la médiation peut à la fois être un outil de management pour l'administration, mais aussi d'empowerment¹⁷⁰⁴ pour l'agent.

L'objectif de cette thèse a ainsi été double : utiliser pour la première fois l'analyse économique du droit dans un raisonnement juridique, mené par un juriste, afin d'identifier, au travers d'une analyse économique du droit de la médiation administrative, les points qui permettraient d'améliorer le recours à ce mode alternatif de règlement des différends (MARD). Il s'est également assorti d'un objectif indirect : évaluer la capacité du *Law & Economics* à formuler des préconisations techniques précises, sur un droit placé aux marges du droit des contrats et du droit de la responsabilité.

En s'appuyant sur une démarche scientifique, cette recherche a étudié la médiation administrative dans les conflits de travail au sein de l'administration. Elle a pour cela effectué un échantillonnage, en s'intéressant à la population significative que représente les sapeurs-pompiers au sens statistique du terme, l'auteur de cette thèse étant lui-même officier supérieur de sapeur-pompier professionnel. Les sapeurs-pompiers, acteurs essentiels de la sécurité civile en France, sont majoritairement volontaires (plus de 200 000), mais incluent également des professionnels (environ 45 000) et des militaires (non inclus dans cette étude). Encadrés par les services départementaux d'incendie et de secours (SDIS), ils évoluent dans un cadre réglementaire complexe et fortement hiérarchisé. Ce système rigide, combiné aux spécificités de leur métier à risque, entraîne parfois une détérioration du lien managérial entre agents et hiérarchie, ouvrant la voie à des différends susceptibles de dégénérer en litiges profonds.

La montée des contentieux liés à la fonction publique dans ce corps illustre la nécessité de mécanismes alternatifs de résolution des conflits. La médiation administrative se présente alors comme une solution pertinente, permettant non seulement de désengorger les juridictions administratives, mais aussi de restaurer un dialogue entre les parties concernées. Elle peut intervenir aussi bien en amont (phase précontentieuse) qu'en aval (dans le cadre

¹⁷⁰⁴ ENS Lyon, Géoconfluences – Ressources de géographie pour les enseignants, Empowerment (autonomisation) : « Le mot anglais *empowerment*, traduit en français par autonomisation, désigne la capacité des individus et des collectifs à s'impliquer dans les décisions qui les concernent (...) elle permet d'envisager l'aide comme une relation égalitaire et constructive et d'éviter l'ingérence et la condescendance ».

d'un contentieux déjà engagé), sous des formes variées : médiation volontaire, médiation préalable obligatoire (MPO), ou médiation recommandée par le juge.

Le processus de médiation repose sur l'intervention d'un tiers médiateur, facilitant le dialogue entre les parties, jusqu'à l'obtention éventuelle d'un accord de médiation ou d'une transaction administrative. Cet accord peut prendre la forme d'une transaction administrative et comporter ainsi des concessions réciproques, pouvant notamment mettre fin à tout recours contentieux ultérieur. Il peut également faire l'objet d'une homologation par la juridiction administrative, renforçant sa portée juridique.

Cependant, malgré ses avantages, la médiation reste peu mobilisée dans le secteur public, notamment chez les sapeurs-pompiers. Plusieurs obstacles sont identifiés : une culture administrative marquée par la hiérarchie et l'honneur, l'intervention tardive de la médiation, la potentielle « faiblesse » de son statut juridique, enfin sa focalisation sur les seuls aspects indemnitaires. Le recours au juge reste souvent privilégié, bien que moins propice à une issue constructive dans certains types de conflits.

Pour mieux identifier les conflits de travail susceptibles de bénéficier de la médiation administrative, la thèse a mis en avant le rôle déterminant du référent médiation dans les juridictions administratives. Sa connaissance du contentieux permet d'orienter efficacement les dossiers vers une solution amiable, dans un contexte souvent changeant, où l'orientation systématique vers la médiation administrative peut se révéler plus anachronique que constructive. L'analyse de la trajectoire du conflit – du différend initial jusqu'au litige – confirme par ailleurs l'intérêt d'intervenir le plus en amont possible, avant l'enkystement des tensions.

La médiation se révèle en effet adaptée dans certains contextes : les décisions individuelles relevant du pouvoir discrétionnaire de l'administration, les litiges indemnitaires complexes, mais aussi les situations où la reconnaissance d'un droit subjectif est en jeu. La recherche identifie ainsi sept types de situations juridiques propices à la médiation : le recours gracieux ou hiérarchique, le recours pour excès de pouvoir soumis à contrôle restreint du juge administratif, le contentieux indemnitaires suite à un préjudice personnel et direct, l'atteinte aux droits et obligations, les litiges relatifs à la gestion des cadres d'emploi, les conflits relatifs à la carrière, les problèmes liés aux conditions d'emploi (hygiène, sécurité, conditions de

travail) et aux droits sociaux. La notion de droit subjectif, bien qu'imparfaitement adaptée au droit administratif, permet alors une classification souple et utile des litiges. Elle porte en effet en elle-même le fait qu'un agent puisse ressentir¹⁷⁰⁵ ou percevoir une atteinte à ce qu'il considère comme un droit ou une liberté individuelle. Ce concept n'est néanmoins pas suffisamment robuste pour fonder à lui seul un critère permettant de mieux orienter vers la médiation administrative : s'il est une indication, il n'est pas une incitation.

Afin d'améliorer le recours à la médiation administrative, la recherche a ainsi mobilisé l'analyse économique du droit (*Law and Economics*) en tant que science juridique. Cette approche mêlant droit et économie est issue des Etats-Unis où elle est née, dans un pays de common law. Elle postule que les individus rationnels ou à rationalité limitée cherchent à maximiser leur utilité dans leurs échanges, que ceux-ci soient pacifiés ou conflictuels. Plusieurs concepts et outils théoriques de cette matière, qui n'est pas ou peu enseignée en France dans les facultés de droit, sont mobilisés à cette fin : la théorie des jeux pour comprendre les stratégies des parties, le critère de Kaldor-Hicks pour évaluer les gains d'efficacité, la gestion des risques et le principe assurantiel, les problèmes de délégation et la théorie de l'agence, les coûts de transaction et l'analyse de l'efficacité judiciaire.

La thèse a conséquemment formulé onze propositions théoriques, qui sont critiquées ex-post au prisme de la réalité juridique, mais aussi de considérants échappant à la modélisation économique des échanges qui se nouent dans le cadre d'une médiation administrative. Cette approche scientifique, qui doit dorénavant être complétée en tant que telle par les critiques de la doctrine, permet de formuler trois recommandations concrètes pour développer la médiation administrative dans le cadre des litiges subjectifs dans le vaste champ du droit de la fonction publique : élargir le champ de la médiation préalable obligatoire (MPO), instaurer une audience de règlement amiable (ARA) dans la procédure du contentieux administratif, renforcer la professionnalisation du statut de médiateur administratif.

Le développement de la médiation administrative ne doit pas ignorer également une tendance actuelle, observée par les médiateurs, qui fait de ce mode alternatif de règlement des différends (MARD) un outil d'exécution de certains jugements pris en première instance,

¹⁷⁰⁵ La notion du ressentiment semble incontournable en matière de contentieux fonction publique entre un agent et son administration, révélatrice de cette tension qui s'est emparée du corps social en ce début de vingt et unième siècle : cf. FLEURY Cynthia (2022), *Ci-gît l'amer – guérir du ressentiment*, Essai, Éditions Gallimard.

comme la réintégration d'un agent licencié à tort. Saisi par le juge administratif au titre des articles R.911-1 à R.931-8 du code de justice administrative (CJA) pour faire exécuter une ordonnance juridictionnelle, le médiateur est ainsi parfois chargé d'arrêter avec les parties les modalités concrètes d'exécution de la décision, le consentement de l'administration reposant le plus souvent sur la crainte d'une astreinte que pourrait prononcer la juridiction.

La médiation est en effet une bulle sécurisée, aménagée par le pragmatisme professionnel du médiateur, qui est le premier à reconnaître l'erreur comme un facteur de progrès, mais aussi un élément indispensable à mettre en relief pour reconstruire le lien humain. L'actuelle émergence des risques psychosociaux (RPS), qui reste à encadrer pour ne pas être un outil corrompu par la pratique douteuse de certains agents, nous semble ainsi constituer un terrain favorable à l'organisation rapide de médiations volontaires : au stade précoce des « bruits faibles » elles permettent en effet de dénouer des situations bien souvent complexes, alors que les actes administratifs sont inexistantes ou limités.

L'analyse économique du droit de la médiation administrative aura ainsi permis d'illustrer l'apport majeur de l'analyse économique du droit qui, au-delà d'être une véritable science juridique, est avant tout un cheminement intellectuel, une ligne guide pour envisager le droit, quel qu'il soit, sous l'angle de l'incitation et du consentement. Cette thèse, finalisée après cinq années de recherche, pourrait ainsi finalement constituer un prolégomène à l'étude et à l'utilisation plus approfondie de l'analyse économique du droit, notamment au sein d'une administration française de plus en plus marquée par la pratique contractuelle¹⁷⁰⁶, comme en matière de management public et de formalisation des objectifs annuels pour les agents. Piloter la ressource humaine dans un contexte juridique complexe, comme a pu le démontrer le bref exposé sur le droit statutaire applicable aux sapeurs-pompiers, génère ainsi des différends « compliqués », où les variables sont parfois trop nombreuses pour un esprit humain avant tout caractérisé par une rationalité limitée. La médiation administrative apparaît ainsi comme un réducteur de complexité, quand l'analyse économique de son droit met en relief la nécessité de développer le bilan coûts/avantages bien au-delà du droit public économique.

¹⁷⁰⁶ CULPEPPER Pepper D., HALL Peter, PALIER Bruno (2006), *La France en mutation : 1980-2005*, Presses de Sciences Po.

Enfin, la recherche suggère de s'ouvrir à une approche comportementale du droit. Désignée en langue anglaise comme le *Behavioral Law and Economics*, elle est encore peu développée en France. Cette perspective, mêlant droit et sciences sociales, pourrait enrichir la compréhension des comportements dans les conflits et ainsi favoriser un usage plus pertinent et plus fréquent de la médiation.

Bibliographie

Ouvrages

ALAIN (1985), *Propos sur les pouvoirs*, numéro 58, Collection Essais, Folio.

ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, LGF, Edition de 2012.

AUBIN Emmanuel (2017), *Fonction publique : contentieux du déroulement de carrière*, éditions DALLOZ.

AXELROD Robert (1984), *The evolution of cooperation*, Revisited edition, Basic books editions, 2006.

BECCARIA Cesare (1764), *Des délits et des peines*, Éditions Flammarion BECCARIA Cesare (1764), *Des délits et des peines*, Éditions Flammarion.

BENHARDA Imen (2022), *L'art de pacifier nos conflits. De la négociation à la médiation*, éditions.

BEN MRAD Fathi (2008), *Sociologie des pratiques de médiation. Entre principes et compétences*, Paris, ED. L'Harmattan, collection Le travail du social.

BEN MRAD Fathi (2006), *Équité, neutralité, responsabilité. À propos des principes de la médiation*, Négociations, vol. n°1.

BERTHOUD Joël (2015), *Pratique du contentieux de la Fonction publique*, Les éditions du Panthéon.

BERTHOZ Alain (2009), *La simplicité*, Odile Jacob.

BLANC Didier (2022), *Revue de l'Union européenne*, Éditions DALLOZ.

BOURDIEU Pierre (1982), *Ce que parler veut dire*, Fayard.

BOUSTA Rhita (2021), *La notion de médiation administrative*, Ed. L'Harmattan.

BOUVERESSE Jacques (2022), *Les vagues du langage – Le paradoxe de Wittgenstein ou comment peut-on suivre une règle ?*, Éditions du Seuil.

BROUSSOLLE Yves (2019), *Les recours contentieux. Fiches d'introduction au droit public*, éditions Ellipses.

CALABRESI Guido (1970), *The Cost of Accidents : A Legal and Economic Analysis*, Yale University Press.

CAMUS Albert (1942), *Le mythe de Sisyphe*, Collection Essais, Éditions FOLIO.

CARIO Robert (2022), *Justice restaurative*, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale.

CHABANOL Daniel (2011), *La pratique du contentieux administratif*, 9^{ème} édition, LEXIS-NEXIS.

CHAPUS René (2008), *Droit du contentieux administratif*, Edition Montchrestien, 13^{ème} édition.

COASE Ronald (1937), *L'entreprise, le marché et le droit*, traduit et présenté par Boualem ALIOUAT, Éditions d'Organisation, 2005.

COHEN Daniel (2013), *Homo Economicus*, Éditions Le livre de poche.

Colonel BELTRAMELLI René (1967), *Guide de l'officier de sapeurs-pompiers communaux*, Éditions France Sélection.

Colonel HOURCASTAGNE André (2022), *Propos pour un chef*, collection Les cahiers du savoir, Éditions Carlo Zaglia.

COOLEY Dennis (1999), *De la justice réparatrice à la justice transformatrice*, Commission du droit du Canada ; *La transformation des rapports humains par la justice participative*, 2003, Commission du droit du Canada.

COSTA Elsa (2023), *Médiation administrative*, JurisClasseur administratif, Fascicule 1010.

DELIANCOURT Samuel (2009), *La responsabilité administrative des communes et des services départementaux d'incendie et de secours*, Edition du Papyrus, Collection Sapeurs-Pompiers.

DE SAUSSURE Ferdinand, *Écrits de linguistique générale*, Bibliothèque de philosophie de la NRF, Éditions Gallimard.

DESCARTES René (1637), *Discours de la méthode pour bien conduire sa raison et chercher la vérité dans les sciences*.

D'IRIBARNE Philippe (1993), *La logique de l'honneur – gestion des entreprises et traditions nationales*, collection Essais, éditions du Point.

DORD Olivier (2021), *Droit de la fonction publique*, PUF, Collection Thémis, 4^{ème} édition

DUGUIT Léon (1928), *Traité de droit constitutionnel*, Edition De Boccard.

FEREY Samuel, *Les fiches de lecture de l'Encyclopaedia Universalis, Une analyse théorique et empirique de Gary Stanley Becker*.

FEREY Samuel (2008), Une histoire de l'analyse économique du droit – Calcul rationnel et interprétation du droit, Éditions Bruylant.

FOUCAULT Michel (1984), Histoire de la sexualité (2), L'usage des plaisirs, Gallimard.

FOULQUIER Norbert (2005), L'analyse du discours juridique : le concept de droit subjectif en droit administratif, dans Sur la portée sociale du droit. Usages et légitimité du registre juridique, PUF.

FRIEDMAN David (2000), Law's Order: What Economics Has to Do with Law and Why It Matters, Princeton University Press.

FRIER Pierre-Laurent, Répertoire du contentieux administratif, DALLOZ.

FRISON-ROCHE Marie-Anne (2011), Les 100 mots de la régulation, Presses Universitaires de France.

GAUCHET Marcel (1985), Le désenchantement du monde : une histoire politique de la religion, Collection Essais, Éditions Folio.

GENEREUX Jacques (2007), Économie politique, Tome 2-Microéconomie, Éditions Hachette-Supérieur, 4^{ème} édition.

GENOVESE Marc (2014), Le sapeur-pompier et le juge, recueil de jurisprudences annotées, éditions du Papyrus.

GUERRIEN Bernard (2007), L'illusion économique, Éditions Omniscience.

GIRARD Louis (1964), La Garde Nationale 1814-1871, Edition PLON.

GUILLAUME-HOFNUNG Michèle (2020), La médiation, Que sais-je, 8^{ème} édition.

HEGEL Georg (1837), La Raison de l'histoire.

HOBBS Thomas (1651), Léviathan ou Matière, forme et puissance de l'État chrétien et civil, Éditions Gallimard, collection Folio-Essais.

JEULAND Emmanuel (2014), Droit processuel général, 3^{ème} édition, LGDJ.

K. SOSOE Lukas (2015), Le droit-un système social, un commentaire coopératif de Niklas Luhmann, Ed. OLMS.

LAFERRIERE Edouard Julien (1887), Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, Edition Hachette/BNF, réédition de 2017.

LE MOIGNE Jean-Louis (1994), La théorie du système général : théorie de la modélisation, 4^{ème} édition, PUF.

LE MOIGNE Jean-Louis (2012), Les épistémologies constructivistes, Presses Universitaires de France.

LEROUGE Loïc (2021), Droit des risques psychosociaux au travail, DALLOZ.

LEVI-STRAUSS Claude (1948), Les structures élémentaires de la parenté.

LOCKE John (1690), Traité du gouvernement civil, Éditions Flammarion.

LUGAN Jean-Claude (2009), La systémique sociale, Presses Universitaires de France.

LUHMANN Niklas (2008), Law as a social system, Oxford Socio-Legal studies, Oxford University Press.

LYOTARD Jean-François (2014), La phénoménologie, Que sais-je ?, Edition des Presses universitaires de France.

Maréchal LYAUTEY Hubert, Le rôle social de l'officier, Éditions OMNIA, 2009.

MELKEVIK Bjarne (2012), Droit et agir communicationnel – Penser avec Habermas, Buenos Books International, 1^{ère} édition.

MENKEL-MEADOW Carrie (2018), Mediation: Theory, Policy and Practice, Routledge Revivals.

MELLERAY Fabrice (2017), Droit de la fonction publique, Éditions ECONOMICA.

MORIN Edgar (2015), Introduction à la pensée complexe, Éditions du Seuil.

ORAIN Arnaud (2025), Le monde confisqué – Essai sur le capitalisme de la finitude (XVI-XXI^{ème} siècle), Éditions Flammarion.

PASCAL Blaise (1670), Les pensées, Fragment n° 19 / 35 – Papier original : RO 487-1.

PERELMAN Charles (1979), Logique juridique-nouvelle rhétorique, éditions DALLOZ, 2^{ème} édition.

PIGOU Arthur Cecil (1920), The economics of welfare, Routledge edition, 2018.

POLANYI Karl (1983), Essais, Éditions du Seuil, 2008.

POSNER Richard (2014), Economic analysis of Law, Ninth edition, ASPEN Publishing.

RABAULT Hughes (2015), Les apports d'une théorie fonctionnaliste du droit, Le droit, un système social – Un commentaire coopératif de Niklas Luhmann.

RENAUDIE Olivier (2017), Les services départementaux d'incendie et de secours. Entre sécurité intérieure et réforme territoriale, Institut universitaire Varenne, Collection Colloques et Essais.

ROSENVALLON Pierre (2015), Le bon gouvernement, Éditions du Seuil, Collection Les livres du nouveau monde.

ROUQUETTE Rémi (2016), Petit traité du procès administratif, édition DALLOZ, collection PRAXIS.

SABLAYROLLES Robert (1996), Libertinus miles. Les cohortes de vigiles, Publication de l'École Française de Rome.

SIBONY Anne-Lise (2009), Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence, LGDJ.

SMITH Adam (1790), Richesse des Nations.

SUPIOT Alain (2007). Chapitre préliminaire. Entre contrat et statut : une vue européenne de la relation de travail. Critique du droit du travail, Presses Universitaires de France.

TAILLEFAIT Antony (2019), Droit de la fonction publique, Éditions DALLOZ, 8^{ème} édition. TRICOIT Jean-Philippe (2020), Droit de la médiation et des modes amiables de règlement des différends, éditions GUALINO.

WERBER Bernard (2000), L'encyclopédie du savoir relatif et absolu, Albin Michel.

YUNG Richard (2009), L'Europe sociale, état des lieux et perspectives - Rapport d'information n° 413 (2008-2009), Commission des affaires européennes du Sénat.

ZEHR Howard (1990), Changing Lenses. A new focus for crime and justice, Scottsdale, Herald Press.

Ouvrages collectifs

AGACINSKI Daniel, CADIN Louise (2019), Médiation accomplie ? Discours et pratiques de la médiation entre citoyens et administrations, France Stratégie.

AUBY Jean-Bernard, KIRAT Thierry, MARTY Frédéric, VIDAL Laurent (2003), Le contenu et la portée économique des règles de droit : application à la répartition des risques dans les contrats administratifs, Rapport de recherche IDHE-ENS Cachan, CNRS, CREDECO, Université Paris I et Paris II Panthéon Sorbonne.

ALOMAR Bruno, DAZIANO Sébastien, LAMBERT Thomas, SORIN Julien (2017), Grandes questions européennes, Edition Armand Colin, 4^{ème} édition.

BARUCH BUSH Robert A., FOLGER Joseph P. (2019), La médiation transformative – une approche non directive du conflit, traduit de l'américain par Pauline et Olivier Chambert-Loir, collection trajets, Edition Erès.

BENSIMON Stephen, BOURRY D'ANTIN Martine, PLUYETTE Gérard, (2018), Art et techniques de la médiation, collection Droit & Professionnels, Ed. Lexis Nexis, 2^{ème} édition.

BERKOVICZ Grégory, DEGORNE Arnaud, BARADUC Cyril, LANG Armand (2016), L'économie des risques dans les projets publics, Éditions L'Harmattan.

BOURDIEU Pierre, PASSERON Jean-Claude (1964), Les héritiers – Les étudiants et la culture, Les éditions de Minuit, collection le sens commun.

CADIET Loïc et CLAY Thomas (2019), Les modes alternatifs de règlement des conflits, Éditions DALLOZ, 3^{ème} édition.

CHARRIER Philippe, BASCOULERGUE Adrien, BONAFE-SCHMITT Jean-Pierre, FOLIOT Gérald (2017), La prescription de la médiation judiciaire. Analyse socio-juridique des dispositifs de médiation dans trois Cours d'appel : de la prescription à l'accord de médiation, Rapport de recherche de la Mission de recherche « Droit et Justice ».

COOTER Robert B. Jr., ULEN Thomas (2016), Law and economics, 6  me edition.

CULPEPPER Pepper D., HALL Peter A., PALIER Bruno (2006), La France en mutation 1980-2005, Les presses de Sciences Po.

DEFFAINS Bruno et FERREY Samuel (2010), Agir et juger – Comment les économistes pensent le droit,   ditions Panthéon Assas.

GARAPON Antoine, PAPADOPOULOS Ioannis (2010), Juger en Amérique et en France,   ditions Odile Jacob.

HARNAY Sophie, MARCIANO Alain (2003), L'analyse économique du droit, Collection Bien Commun, Edition Michalon.

KAHNEMAN Daniel, SIBONY Olivier et SUNSTEIN Cass R. (2021), NOISE – Pourquoi nous faisons des erreurs de jugement et comment les éviter,   ditions Odile Jacob.

LONG Marceau, WEIL Prosper, BRAIBANT Guy, DEVOLVE Pierre, GENEVOIS Bruno, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Editions LEFEBVRE-DALLOZ.

MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane (2008) Analyse économique du droit,   ditions DALLOZ.

MERCURO Nicholas, MEDEMA Steven G. (2006), Economics and the law: From Posner to post-modernism and beyond, Second edition, Princeton University Press.

SENNERS François, ROUSSEL Fabien (2019), Répertoire de la responsabilité de la puissance publique, Le préjudice réparable, DALLOZ.

STIRN Bernard et AGUILA Yann (2014), Droit public français et européen, Presses de Sciences Po, Dalloz.

VAN DE KERCHOVE Michel, OST François (1992), *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Collection Les voies du droit, PUF.

CE, 2020, Rapport public annuel.

CE, 1993, Rapport public annuel « Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, l'arbitrage en matière administrative ».

CE, 2008, Rapport public annuel « Les recours administratifs préalables obligatoires ».

CE 2019, Assises nationales de la médiation administrative, 18 décembre 2019.

CE, 2010, Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne.

CE, 2021, Expérimentation de la médiation préalable obligatoire – Bilan final, 23 juin 2021.

Direction générale de l'administration et de la fonction publique, Conseil d'État, (2020), *L'essentiel de la jurisprudence du droit de la fonction publique – Recueil de commentaires de jurisprudences applicables aux agents publics*, sous la direction de DUTHEILLET DE LAMOTHE Louis, LABRUNE Nicolas, FIROUD Marc, DOMINGO Laurent, ILJIC Anne, DE MAILLARD Benjamin, PERRIERE Manon.

Droit processuel, droit commun et droit comparé du procès équitable (2021), Ouvrage collectif sous la direction de Serge GUINCHARD, Éditions DALLOZ, 11^{ème} édition.

Les pompiers, des héros fatigués (2016), ouvrage collectif sous la direction de PUDAL Romain, éditions La Découverte.

The Elgar Companion to law and economics, edited by BACKHAUS Jürgen G., 2nd edition, Edward Elgar Publishing.

Dictionnaire des politiques publiques, sous la direction de BOUSSAGUET Laurie, 4e édition précédée d'un nouvel avant-propos, Presses de Sciences Po, 2014.

Philosophie et éthique en travail social (2013), Manuel sous la direction de MERLIER Philippe, Presses de l'EHESP.

Thèses

BRUNEL Guillaume (2022), L'assurance de protection juridique : contribution à l'évolution du modèle assurantiel de l'accès au droit et à la justice, Thèse de droit privé.

LANNEAU Régis (2009), Les fondements épistémologiques du mouvement Law and economics, Thèse de droit public.

LEROY Guillaume (2022), La pratique du précédent en droit français – Étude à partir des avis de l'avocat général à la Cour de cassation et des conclusions du rapporteur public au Conseil d'État, Bibliothèque de droit privé, tome 365, Thèses, LGDJ.

MENARD Benjamin (2020), L'anormalité en droit de la responsabilité civile, Thèse, LGDJ.

MUNOZ François (1997), La conciliation : du droit privé au droit public, thèse de droit public THEMIS, Collection Méthodes du droit, 2^{ème} édition.

NAVATTE Bernard, thèse de droit public, De la réparation du préjudice moral devant les tribunaux administratifs français, Université de Rennes, 1947.

PONSARD Anne-Laure (2015), La transaction administrative, Thèse de droit public.

Articles

ALHAMA Frédéric (2019), « La renonciation au recours pour excès de pouvoir par voie de transaction – A propos de l'arrêt CE 5 juin 2019, Centre hospitalier de Sedan, n°412732 », AJDA 2019, p.2282.

AGACINSKI Daniel, CADIN Louise (2019), « Médiation accomplie ? Discours et pratiques de la médiation entre citoyens et administrations », France Stratégie, p.105.

ALBIGES Christophe (2017), « Équité », Répertoire de droit civil, DALLOZ, p.5.

BARROIS DE SARIGNY Cécile (2020), « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État », Conseil constitutionnel.

BAU Philippe (2024), « L'expert-médiateur ou le médiateur-expert : un oxymoron ? », La gazette du Palais, 6 février 2024, n°4.

BEN MRAD Fathi (2006), « Équité, neutralité, responsabilité. À propos des principes de la médiation », *Négociations*, vol. n°1, pp. 51-65.

BERAUD Nathalie (2015), *Mémoire Master 2 Droit et management publics des collectivités territoriales*, Institut de management public et gouvernance territoriale d'Aix-Marseille Université.

BIDIASSE Honoré (2017), « La théorie de l'agence et la concession des services publics : le cas des chemins de fer camerounais », *Mondes en développement*, 177(1), p.121-137.

BOISSARD Sophie (2001), « Comment garantir la stabilité des situations juridiques individuelles dans priver l'autorité administrative de tous moyens d'action et sans transiger sur le respect du principe de légalité ? Le difficile dilemme du juge administratif », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n°11.

BOUCKAERT Boudewijn (1987), « L'analyse économique du droit : vers un renouveau de la science juridique ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 18(1), p.47-61.

BOUKHELOUA Naïla (2014), « Le magistrat rapporteur dans le procès administratif », *AJDA* 2014, p.431.

BOYNTON Robert S. (2002), "Sounding Off, A review of Richard Posner's Public Intellectuals", *The Washington Post Book World*, January 20, 2002.

BROUARD Sylvain (2014), « Principal/agent », dans *Dictionnaire des politiques publiques*, sous la direction de BOUSSAGUET Laurie, 4e édition précédée d'un nouvel avant-propos, Presses de Sciences Po, pp. 523-530.

CARIO Robert (2022), « Justice restaurative », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, DALLOZ, pp.54.

CHANUT Véronique (2011), « Les limites de la rationalité limitée ? Un essai de réflexion en sciences de gestion », *Management & Avenir*, vol. 48, no. 8, p. 97-117.

CHASSONNERY-ZAÏGOUCHE Cléo (2013), « L'économie des discriminations : conquête impérialiste ou contribution à la théorie des prix ? », revue OECONOMIA, p.87-118.

CHEUNG Steven (1998), "The transaction cost paradigm", Economic Inquiry, p.514-521.

CHEVALLIER Jacques (2002), « Doctrine juridique et science juridique », Droit et Société : Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique, pp. 103-119.

CLERC Denis (2017), « L'homo economicus », Alternatives économiques, 2 septembre 2017.

COOLEY Dennis (1999), De la justice réparatrice à la justice transformatrice, Commission du droit du Canada ; La transformation des rapports humains par la justice participative, 2003, Commission du droit du Canada.

CORIO LAND Sophie (2024), « Responsabilité pénale des personnes publiques : infractions non intentionnelles – notion de faute d'imprudence », Répertoire de la responsabilité de la puissance publique, Editions DALLOZ, pp.157.

COSTA Elsa (2022), « La médiation, entre secret et confidences », RFDA 2022, p.320.

COURREGES Florent (2025), « Les mots d'un accord de médiation et leurs procédures : le rôle du médiateur et du juge qui homologue », Revue Lexsociété, La Lettre du Tribunal administratif de Nice n°57.

DELIANCOURT Samuel (2003), « La règle du forfait de pension n'est plus », AJFP, 2003, p.25.

DELPECH Xavier (2017), « Précisions réglementaires sur la médiation administrative », Actualité juridique Contrats d'affaires : concurrence, distribution, 2017, 05, p.196.

DE MONTECLER Marie-Christine (2019), « La fin du forfait de pension pour les sapeurs-pompiers volontaires », DALLOZ actualités du 14 novembre 2019.

DE MONTECLER Marie-Christine (2021), « La médiation préalable obligatoire vue par les réclamants », DALLOZ actualité.

DIEMER Marie-Odile (2025), « La précision du périmètre de la tierce opposition à l'égard d'un jugement d'homologation », Revue Lexsociété, La lettre du tribunal administratif de Nice n°57.

DORD Olivier (2015), « Le Conseil d'État conforte les mesures d'ordre intérieur en droit de la fonction publique en considérant uniquement leurs effets sur la situation des agents publics », La lettre juridique, n°630, LEXBASE.

DUBE Richard (2017), « Niklas Luhmann et l'observation empirique du droit : communication, fonction, code et programme », Droit et société 96/2017, p.381-400.

DUCLERT Vincent (2021), « Nous devons poursuivre », Revue Esprit, octobre 2021, p. 43-55.

DUPONT Bérangère (2019), « Processus créatif et processus de médiation », TIERS la revue de la médiation familiale, N°24, juin 2019, p.147.

ERTLER Klaus-Dieter (1994), « La théorie des systèmes luhmannienne : un nouveau paradigme en sciences sociale ? », Philosophiques, 21 (1), p.3-17.

FAVRO Karine (2018), « La démarche de sécurité civile est-elle portée par le code de la sécurité intérieure ? », dans Les cahiers scientifiques de l'ENSOSP, Perspectives n°18, 2018.

FOULQUIER Norbert (2005), « L'analyse du discours juridique : le concept de droit subjectif en droit administratif », dans Sur la portée sociale du droit. Usages et légitimité du registre juridique, PUF, p.47.

FROGER Charles, « La médiation administrative : mérites et limites », AJDA 2021.495.

GOODYER Lisa T. (2003), « Représentations de la Garde nationale sous la Commune de Paris de 1871 », Sociétés & Représentations 2003/2 (n° 16), p. 257-267.

HAÏM Victor (2023), « Recours de pleine juridiction », Répertoire de contentieux administratif, Éditions DALLOZ, p.86.

HARDIN Garrett (1968), « The tragedy of the commons », SCIENCE, New series, Vol.162, N°3859.

HEINER Ronald (1983), "The origin of predictable behavior", *American Economic Review*, Vol. 73, N°4, p.560–595.

HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie (2013), « Responsabilité sans faute », *Répertoire de la responsabilité de la puissance publique*, Dalloz.

LABETOULLE Daniel (2021), « La jurisprudence Ville Nouvelle Est cinquante ans après », *RFDA* 2021, p.299.

LALLET Alexandre (2020), « Transaction administrative et contentieux de l'annulation des actes administratifs unilatéraux : l'aube d'une nouvelle ère ? », *RFDA* 2020, p.807.

LE MOIGNE Jean-Louis (2009), « L'intelligence de la complexité : faire avec plutôt que la maîtriser », *L'éditorial du réseau Intelligence de la complexité*, décembre 2008 – janvier 2009.

MALLET-BRICOUT Blandine (2004), « Libres propos sur l'efficacité des systèmes de droit civil », in *Revue internationale de droit comparé*, 2004, 56-4, p.865-888.

MENKEL-MEADOW Carrie (2004), "From legal disputes to conflict resolution and human problem solving: legal dispute resolution in a multidisciplinary context, *Journal of legal education*", March 2004, Vol. 54, No. 1, pp.7-29.

MERLIER Philippe (2013), *Philosophie et éthique en travail social*, Presses de l'EHESP, p. 55-61.

MEURANT Cédric (2023), « La structuration des écritures dans le procès administratif », *AJDA* 2023, p.821.

NATHAN Paule (2017), « Le stress post-traumatique : le comprendre pour le prévenir et éviter le handicap, *Sécurité et stratégie* », vol. 26, no. 2, pp. 13-20.

NIANG Babacar (2012), « Qu'est-ce que le plea bargaining ? », *Les Cahiers de la Justice*, 3(3), p.89-101.

NORMAND Nicolas (2020), « Transaction ou accord – attention au terme choisi », *AJDA* 2020, p.632.

NURET Bertrand, « La médiation préalable obligatoire : du regard bienveillant à l'analyse critique, » La semaine juridique Administration et Collectivités territoriales n°35, p.2245.

ORIF Vincent (2015), « L'exigence de motivation sous surveillance étroite », La lettre juridique, LEXBASE.

PARISI Francesco (2005), « Positive, normative and functional schools in law and economics », in The Elgar Companion to law and economics, edited by BACKHAUS Jürgen G., 2nd edition, Edward Elgar Publishing, p.58-73.

PARISI Francesco (2005), « Coase theorem and transaction cost economics in the law”, in The Elgar Companion to law and economics, edited by BACKHAUS Jürgen G., 2nd edition, Edward Elgar Publishing, p.8.

PELISSE Jérôme (2009), « Judicialisation ou juridicisation ? », Politix, 22 (86), pp.73-86.

PONTEIL Félix (1932), « La législation de 1831 sur la Garde nationale et son application à Strasbourg », dans La révolution de 1848 et les révolutions du XIX siècle, Tome 29, Numéro 140, Mars-avril-mai 1932, p. 9-13.

PRETOT Xavier (2018), « De la police administrative à la défense, en passant par la sécurité intérieure », dans Les cahiers scientifiques de l'ENSOSP, Perspectives n°18, 2018.

RABAULT Hugues (2016), « La sociologie juridique de Niklas Luhmann », Droit et société 94/2016, p.663.

RENAUDIE Olivier (2017), « Les services départementaux d'incendie et de secours. Entre sécurité intérieure et réforme territoriale », Institut universitaire Varenne, Collection Colloques et Essais, p.16.

ROCHET Claude (2008), « Le bien commun comme main invisible. Le leg de Machiavel à la gestion publique », Revue internationale des sciences administratives, 2008/3, p.529-553.

ROLIN Frédéric (2020), « La procédure administrative contentieuse est-elle véritablement inquisitoire ? », *Civitas Europa*, 44(1), Éditions Irenée/Université de Lorraine, p.169-180.

SPIER Kathryn E. (1994), "Settlement bargaining and the design of damage awards", *Journal of Law, Economics and Organization*, 10, n°1, p.84-95. SPIER Kathryn E. (1994), "Settlement bargaining and the design of damage awards", *Journal of Law, Economics and Organization*, 10, n°1, p.84-95.

SUEUR, Jean-Jacques (2012), « Pour une autre analyse économique du droit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 68(1), p.107-144.

TESTARD Christophe (2021), « Les lignes directrices de gestion : une souplesse éprouvée par le droit de la fonction publique », *Actualité juridique Droit administratif*, n° 18, p. 1020.

THEPAUT Yves (2006), « Le concept d'information dans l'analyse économique contemporaine », *Hermès, La Revue*, 44(1), p.161-168.

VERMEULEN Nicolas (2025), « Un an d'audiences de règlement amiable et des pratiques en réflexion », *Dalloz actualités* du 30 avril 2025, éditions DALLOZ.

VIAUT Laura (2020), « De l'intérêt de la médiation en droit administratif », *Petites Affiches*, LEXTENSO, n°212, p.19.

WEILL Nicolas, « La sociologie épurée de Niklas Luhmann », *Le Monde*, 17 avril 2021.

Articles collectifs

ARNAULT Séverine, KRIEF Patrick (2003), « Le coût des expertises judiciaires civiles », *Bulletin d'information statistique du ministère de la Justice*, Mai 2003, N°66.

AUBY Jean-Bernard, KIRAT Thierry, MARTY Frédéric, VIDAL Laurent (2003), « Le contenu et la portée économique des règles de droit : application à la répartition des risques dans les contrats administratifs », Rapport de recherche IDHE-ENS Cachan, CNRS, CREDECO, Université Paris I et Paris II Panthéon Sorbonne.

BARREYRE Jean-Yves, BOUQUET Brigitte, CHANTREAU André, LASSUS Pierre (1999), « La médiation », Dictionnaire critique d'action sociale, Bayard éditions, Paris.

BEUVE Jean, FIZE Étienne et PONS Vincent (2023), « Les absents ont toujours tort - Une analyse économique de l'abstention et de ses remèdes », Conseil d'analyse économique, Focus n°085-2022.

BONNET Edouard et ABDALLAH Saffidine (2013), « Complexité des jeux », ROADEF-Le Bulletin, n°30.

CHARRIER Philippe, BASCOULERGUE Adrien, BONAFE-SCHMITT Jean-Pierre, FOLIOT Gérald (2017), « La prescription de la médiation judiciaire. Analyse socio-juridique des dispositifs de médiation dans trois Cours d'appel : de la prescription à l'accord de médiation », Rapport de recherche de la Mission de recherche « Droit et Justice », p.9.

COSTA Elsa, GRANDIEUX Delphine (2024), « Médiation fléchée, une nouvelle voie d'accès à la médiation administrative » , Acti-juridique.fr, 04/03/2024.

COURREGES Florent, LERMYTTE Laura, RIGAUD Philippe (2022), « Le financement des services départementaux d'incendie et de secours à la lumière des réformes », actes du colloque « La fiscalité locale à la croisée des réformes », 23 novembre 2022, BJCL décembre 2022, Éditions LexisNexis.

COUTROT Thomas, PEREZ Coralie (2021), « Quand le travail perd son sens – L'influence du sens du travail sur la mobilité professionnelle, la prise de parole et l'absentéisme pour maladie : une analyse longitudinale avec l'enquête Conditions de travail 2013-2016 », DARES, Centre d'économie de la Sorbonne – Université de Paris 1.

DEFFAINS Bruno et DORIAT-DUBAN Myriam (2019), « La médiation à travers le prisme de l'analyse économique », Archives de philosophie du droit, 2019/1, Éditions DALLOZ, p.8.

ENCINAS DE MUÑAGORRI Rafael, MIGUEL HERRERA Carlos, LECLERC Olivier (2019), Qu'est-ce que l'analyse juridique de (x) ? Pour une explicitation. Droit et Société : Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique, 2019, 103, pp.609-628.

FRISON-ROCHE Marie-Anne, CANIVET Guy, DEFFAINS Bruno (2005), « L'analyse économique du droit, quelques points d'accroche », numéro spécial des Petites Affiches, 19 mai 2005.

IENTILE-YALENIOS Jocelyne, THIVANT Eric, ROGER Alain (2016), « Le Nouveau Management Public conduit-il à un rapprochement public-privé ? Une analyse à partir des procédures d'évaluation du personnel », Gestion et Management Public, vol.4, n°4, 2016/2, p.121-137.

JENSEN Michael C. et MECKLING William H. (1976), « Theory of the firm : managerial behavior, agency costs and ownership structure », Journal of financial economics, Volume 3, Issue 4, october 1976, p.305-360.

JOSSELIN Jean-Michel et MARCIANO Alain (2005), "Administrative law and economics", in The Elgar Companion to Law and Economics, Edited by Jürgen G. Backhaus, Second edition, p.239.

LEPETIT-COLLIN Hélène, PERRIN Alix (2011), « La distinction des recours contentieux en matière administrative », RFDA 2011, p.813.

MASSE-DESSEN Hélène, COSTA Elsa (2019), « La médiation devant les juridictions administratives aujourd'hui », AJDA 2019, p.2158.

MATHEVET BIDINI Louis, BRASSELET-VINCENT Morgane (2023), « La prévention des risques professionnels et volet disciplinaire des agents publics », <https://hal.science/hal-04345861v1>.

MÜLLER Christian, TIETZEL Manfred (2005), « Property rights and their partitioning », in The Elgar Companion to law and economics, edited by BACKHAUS Jürgen G., 2nd edition, Edward Elgar Publishing, p.40.

RIBAU Claire, LASRY Jean-Claude, BOUCHARD Louise, MOUTEL Grégoire, HERVE Christian, MARC-VERGNES Jean-Pierre (2005), La phénoménologie : une approche scientifique des expériences vécues, Recherche en soins infirmiers, p.21-27.

WILLINGER Marc et KESER Claudia (2000), « La théorie des contrats dans un contexte expérimental : un survol des expériences sur les relations principal-agent », Revue d'économie industrielle, Année 2000, 92, p.237-253.

Table des matières

Résumés et mots-clés.....	3
Dédicace	8
Remerciements	9
Sommaire.....	11
Table des abréviations	13
Introduction.....	16
A. Le contentieux fonction publique : un contentieux du travail particulier	17
B. Les nouvelles modalités de règlement des différends au sein de la fonction publique	18
C. L'analyse économique du droit à la médiation administrative du contentieux fonction publique soulevé par le sapeur-pompier : définition des termes du sujet	23
a. La médiation administrative	23
b. L'analyse économique du droit de la médiation administrative.....	25
c. Le contentieux fonction publique soulevé par les sapeurs-pompiers	28
D. L'enjeu de la médiation dans le contentieux fonction publique	35
E. Le postulat : l'analyse économique du droit de la médiation administrative peut contribuer à développer cette pratique	37
F. La problématique, l'objectif et le plan de la thèse	43
PARTIE 1 : Le contentieux « fonction publique » soulevé par les sapeurs-pompiers et la médiation administrative	45
TITRE 1 : Le droit de la fonction publique applicable aux sapeurs-pompiers.....	45
Chapitre 1 : La situation objective des sapeurs-pompiers.....	47
Section 1 : L'écosystème institutionnel des sapeurs-pompiers	47
§1. L'histoire des sapeurs-pompiers en France et en Europe	47
A. En France : la lente émergence du concept de sécurité civile	47
I. De l'antiquité à la loi de départementalisation de 1996	48
a. Avant la seconde guerre mondiale	48
b. De 1945 à 1995	51
II. Depuis 1996 : les sapeurs-pompiers sont en grande partie organisés au niveau départemental au sein des Services départementaux d'incendie et de secours.....	52
B. En Europe : le concept de protection civile	54
I. Les sapeurs-pompiers au sein de l'Union européenne	54
II. La Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme au sujet des sapeurs-pompiers.....	57

a.	Le rôle de la Cour de justice de l'Union européenne : une relation épisodique et lourde de conséquences pour l'organisation des services d'incendie et de secours....	58
b.	Le sapeur-pompier, le Conseil de l'Europe et la Cour européenne des droits de l'homme : une relation quasi-inexistante	60
§2.	Les sapeurs-pompiers, une organisation à la fois nationale, zonale et départementale....	61
A.	La sécurité civile : une organisation nationale et zonale	61
I.	Une administration centrale du ministère de l'intérieur : la direction générale de la sécurité civile et des crises.....	61
II.	Une administration déconcentrée : les zones de défense civile	63
B.	Le Service départemental d'incendie et de secours (SDIS), principal gestionnaire des sapeurs-pompiers	63
Section 2 :	Le fonctionnement du Service départemental d'incendie et de secours	66
§1.	Le SDIS, un établissement public administratif par détermination de la loi	66
A.	La nature et le cadre juridique du SDIS.....	66
I.	La nature juridique du SDIS	66
II.	Le cadre légal et réglementaire	68
B.	La gouvernance des SDIS	70
I.	Le conseil d'administration du SDIS : une composition paritaire État-collectivités locales	70
II.	Des actes administratifs unilatéraux pour marquer la volonté politique du conseil d'administration.....	72
§2.	Le dialogue social et les institutions dédiées à la gestion des sapeurs-pompiers du SDIS .	73
A.	Les instances nationales et le dialogue social du ministère de l'intérieur	74
I.	Les instances de droit commun.....	74
II.	Les instances spécifiques aux sapeurs-pompiers	75
a.	La Conférence nationale des services d'incendie et de secours	75
b.	Le conseil national des sapeurs-pompiers volontaires	76
B.	Les instances locales et le dialogue social de l'autorité territoriale d'emploi	77
I.	L'autorité territoriale d'emploi et la régulation des relations collectives de travail	77
a.	Le comité technique devenu le comité social territorial.....	79
b.	Le comité d'hygiène et de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) devenu la formation spécialisée en matière de santé, sécurité et conditions de travail (F3SCT) du CST	80
c.	Le comité consultatif départemental des sapeurs-pompiers volontaires.....	81
d.	Les conseils de discipline des sapeurs-pompiers	81
e.	La commission administrative et technique des services d'incendie et de secours	82

f.	Les commissions administratives paritaires	83
II.	Les organes externes au SDIS qui participent à la gestion des sapeurs-pompiers .	84
a.	Le conseil médical	84
b.	Le défenseur des droits.....	86
Conclusion du chapitre 1		87
Chapitre 2 : La situation individuelle des sapeurs-pompiers.....		88
Section 1 : Les sapeurs-pompiers professionnels, fonctionnaires territoriaux pour le moins atypiques		88
§1.	L'application du statut général de la fonction publique territoriale.....	88
A.	Le recrutement se caractérise par l'aménagement d'une discrimination de genre	90
I.	Les sept cadres d'emploi des sapeurs-pompiers professionnels.....	90
a.	Les hommes du rang	90
b.	Les sous-officiers	91
c.	Les officiers	92
II.	L'admission dans les cadres d'emploi fait parfois l'objet d'une discrimination de genre 95	
B.	La carrière des sapeurs-pompiers professionnels.....	98
I.	Le déroulement de la carrière	98
a.	Les positions statutaires occupées sont au nombre de quatre.....	99
b.	L'avancement dans le cadre d'emplois va venir « régler » la progression de la carrière des fonctionnaires	102
c.	Les changements de poste au cours de la carrière s'effectuent grâce aux mutations et à la mobilité	103
d.	Les obligations et les droits du fonctionnaire (la déontologie) sont sources d'un contentieux fonction publique important	105
II.	La cessation définitive des fonctions du sapeur-pompier professionnel	111
a.	L'admission à la retraite est prononcée à l'atteinte de la limite d'âge ou à l'initiative de l'administration, elle peut aussi être demandée par l'agent	111
b.	Les autres modalités d'admission à la retraite.....	112
§2.	Un statut particulier avantageux au point de vue économique	114
A.	La rémunération du sapeur-pompier professionnel : une particularité « économique » 115	
I.	Les éléments obligatoires de la rémunération : le traitement	116
II.	Les éléments complémentaires de la rémunération ou « régime indemnitaire » 117	
a.	Les éléments liés au statut de sapeur-pompier professionnel	118
b.	Les éléments propres à chaque SDIS.....	121
B.	La protection sociale du sapeur-pompier professionnel, une source importante de différends.....	125

I.	Les SPP relèvent du régime général et peuvent voir leur traitement de base diminué	125
II.	Le régime particulier des accidents de service	130
III.	Le reclassement et la mise à la retraite d'office du SPP	131
Section 2 : Le sapeur-pompier volontaire est un agent public « sui generis » échappant à la « taxonomie statutaire » classique		133
§1.	Le sapeur-pompier volontaire est dans une situation réglementaire	133
A.	L'engagement citoyen du sapeur-pompier volontaire.....	135
I.	Le recrutement en tant que sapeur-pompier volontaire et le renouvellement de l'engagement	135
II.	La discipline à laquelle est soumise le sapeur-pompier volontaire	136
B.	La protection du sapeur-pompier volontaire.....	137
I.	L'indemnisation de l'accident ou de la maladie contractée à l'occasion du service	139
II.	L'indemnisation de la cessation de l'activité professionnelle ou du décès d'un SPV, par suite d'un accident survenu ou suite à une maladie contractée en service	141
III.	La protection fonctionnelle du SPV	142
§2.	La fin des fonctions de sapeur-pompier volontaire	144
A.	La suspension de l'engagement.....	144
B.	Le terme des fonctions de SPV et la prestation de fin de service	145
Conclusion du chapitre 2		148
Conclusion du titre 1.....		149
Titre 2 : L'intérêt d'un développement de la médiation administrative.....		151
Chapitre 1 : La médiation pour faciliter la résolution du contentieux fonction publique soulevé par le sapeur-pompier		152
Section 1 : La notion de médiation administrative		152
§1.	Un mode alternatif de règlement des différends (MARD).....	152
A.	La médiation administrative, procédé de dialogue	154
I.	Les types de médiation et le rôle clé du médiateur	156
a.	Les différents types de médiation administrative.....	156
b.	La médiation, l'arbitrage, la conciliation et la transaction	158
c.	Le tiers médiateur doit être indépendant, neutre, impartial, compétent, diligent, dénué de tout pouvoir institutionnel, garant de la confidentialité et respectueux de l'ordre public	163
II.	La médiation comme un engagement où l'intérêt des parties doit être concilié avec l'intérêt général	167
a.	Parce que la justice administrative est gratuite, la médiation administrative a un coût signifiant une forme d'engagement.....	167

b. Médiation, égalité de traitement et préservation de l'intérêt général.....	168
B. Les formes de médiation administrative	170
I. La logique générale de la médiation	172
II. Les médiations et la médiation transformative.....	176
a. Les médiations directives et non directives	177
b. Une médiation non directive : la médiation transformative.....	180
§2. L'homologation de l'accord de médiation et le renoncement au recours.....	184
A. La transaction, l'homologation de l'accord de médiation et la notion d'ordre public	184
I. Accord de médiation et transaction : une distinction ciselée	184
II. L'homologation de l'accord de médiation : un processus à préciser	185
B. La transaction administrative pour renoncer à un recours ultérieur.....	188
Section 2 : L'utilité de la médiation administrative dans le contentieux fonction publique	191
§1. Un procédé promu par la juridiction administrative	191
A. Un procédé ancien de reconnaissance des droits	191
I. Les facteurs de développement des MARD.....	192
II. La médiation permet de reconnaître les droits des parties en mettant à jour la dimension sociologique, linguistique et culturelle du différend.....	195
B. La médiation pour éviter une décision juridictionnelle inéquitable	199
§2. Un procédé favorisant la réparation.....	202
A. Une équité procédurale à défaut d'un jugement en équité	202
I. La médiation garantit l'équité procédurale	202
II. La médiation, un mode pas si alternatif que cela au point de vue procédural	204
B. Un mode alternatif de justice restaurative.....	205
I. Les risques de perte du statut social et économique du sapeur-pompier à l'origine de la détérioration des liens avec l'administration.....	205
II. La médiation : un procédé de justice restaurative ?	209
Conclusion du chapitre 1	212
Chapitre 2. Les obstacles à la médiation dans le contentieux fonction publique soulevé par le sapeur-pompier	213
Section 1 : Un outil inadéquat en apparence ?.....	213
§1. Un procédé contractuel trop systématisé ?.....	213
A. La médiation préalable obligatoire, une trop grande systématisation ?.....	214
I. Le bilan nuancé de la médiation préalable obligatoire	214
II. Un dispositif porté par les centres de gestion	216
B. Un procédé trop contractuel ?.....	217
§2. Un barrage à la logique de l'honneur ?.....	218
A. La logique de l'honneur	219

B. Honneur et hystérisation du conflit chez les sapeurs-pompiers.....	220
Section 2 : Un processus déphasé et asymétrique	223
§1. La médiation : un dispositif décalé ou mal calé ?	223
A. Des attributions redondantes entre la commission administrative paritaire et la médiation préalable obligatoire ?.....	223
I. Les nouvelles attributions des commissions administratives paritaires.....	224
II. La juxtaposition des champs de compétence ?.....	225
B. La tardiveté de la mise en œuvre ?.....	226
I. Une trop grande prescription de la médiation ?	226
II. Expliquer aux avocats mais aussi aux agents, en amont de tout conflit	227
§2. L'asymétrie d'information avant la médiation.....	228
A. Le flou sur le statut du médiateur et le processus de médiation.....	228
I. Le doute sur le médiateur et sur la médiation	229
II. Le manque de vulgarisation du processus en quatre étapes de la médiation	231
B. L'obstacle cognitif pour appréhender l'économie générale d'un différend	233
I. L'aléa de la médiation, de faible à fort	233
II. La difficile évaluation du coût et des gains potentiels.....	234
Conclusion du chapitre 2	236
Synthèse du titre 2.....	237
Conclusion de la première partie.....	238
PARTIE 2 : L'amélioration du recours à la médiation administrative grâce à l'analyse économique du droit de la médiation administrative	240
TITRE 1 : A la recherche d'une typologie des contentieux fonction publique propices à la médiation	242
Chapitre 1 : Une analyse des incitations à la médiation	244
Section 1 : Le type de recours, une incitation à la médiation ?	245
§1. Les recours administratifs, une incitation majeure.....	245
A. Le recours gracieux et le recours hiérarchique, propices à la médiation	245
I. Face à une décision implicite ou expresse de rejet du recours gracieux ou hiérarchique.....	246
II. Au moins deux mois de réflexion pour envisager la médiation	247
B. Le recours administratif préalable obligatoire et la médiation préalable obligatoire	247
I. Le recours administratif préalable obligatoire	248
II. Médiation à l'initiative des parties et médiation préalable obligatoire	249
§2. Les recours juridictionnels, une incitation relative	250
A. A la recherche d'un lien entre les normes fondant le contentieux et le processus de médiation.....	254

I.	Les normes constitutionnelles et européennes	255
II.	Les principes législatifs, les principes généraux du droit et le statut	257
B.	A la recherche d'un lien entre le fond des affaires et le processus de médiation	258
I.	La responsabilité administrative et l'organisation du service	259
II.	L'illégalité fautive et le vice de procédure	261
Section 2 : L'économie du conflit, une analyse alternative ?		264
§1.	Le contrôle du juge administratif	264
A.	Le contrôle de la légalité externe et de la légalité interne des décisions administratives 267	
I.	Le contrôle de la légalité externe	268
II.	Le contrôle de la légalité interne	270
B.	Le contrôle restreint : une opportunité pour la médiation	271
I.	La portée du contrôle opéré par le juge administratif	271
II.	L'opportunité de la médiation dès lors que le contrôle est restreint	273
§2.	La dimension indemnitaire des recours	275
A.	La réparation tardive du préjudice, une incitation relative à la médiation	277
I.	La difficile conciliation des quatre conditions pouvant amener le préjudice à être indemnisé	278
II.	La réparation du préjudice, une mécanique complexe qui plaide en cela pour la médiation	280
B.	Le préjudice corporel, un contentieux particulier moins propice à la médiation	284
I.	Les préjudices patrimoniaux et extra-patrimoniaux	285
II.	Une réparation fonction de la date d'évaluation, pouvant par ailleurs être accrue d'intérêts capitalisés	287
Conclusion du chapitre 1		289
Chapitre 2 : L'émergence inaboutie du différend subjectif		290
Section 1 : Le différend subjectif pour la médiation administrative		292
§1.	Le dépassement des classifications doctrinales du contentieux administratif	294
A.	De la nécessité d'évoluer vers un contentieux fonction publique « subjectif »	294
I.	Le contentieux objectif et le contentieux subjectif en contentieux administratif	295
II.	La pertinence des droits subjectifs en matière de contentieux fonction publique 297	
B.	Un contentieux fonction publique « subjectif » reposant sur un inventaire des griefs 299	
I.	Un classement du contentieux selon un inventaire des recours où le juge administratif tranche un litige né d'un acte fautif de l'administration	299
II.	Un classement du contentieux selon un inventaire des griefs	300

§2. Vers l'ébauche d'une structure souple du différend « subjectif » autour de la notion d'utilité.....	301
A. Les cadres d'emploi, les droits et les obligations des fonctionnaires	302
I. La gestion des différents cadres d'emploi et du fonctionnaire dans l'administration	302
II. Les droits et les obligations	304
a. Le droit à la rémunération et à la règle du service fait	305
b. Le droit à la protection fonctionnelle.....	306
c. L'obligation de protection.....	306
d. L'obligation de se consacrer à son emploi	307
A. Le recrutement, la carrière, les conditions de travail et les droits sociaux.....	307
I. Le recrutement et la carrière.....	308
a. La titularisation	308
b. La réintégration.....	308
c. La mutation	309
d. L'éviction irrégulière	310
II. Les conditions de travail et les droits sociaux	310
Section 2 : Une structure du différend subjectif et sa validité en tant que système.....	312
§1. L'examen du contentieux fonction publique « subjectif » chez les sapeurs-pompiers	313
A. Le contentieux soulevé par les sapeurs-pompiers professionnels	314
I. Les cadres d'emploi, les droits et les obligations du sapeur-pompier professionnel	315
a. La protection fonctionnelle d'un sapeur-pompier professionnel à la discrétion	du président du conseil d'administration
b. La directive européenne de 2003 n'a pas vocation à s'appliquer aux questions	de rémunération
II. La carrière, les conditions de travail et les droits sociaux	317
a. La mutation d'un sapeur-pompier professionnel et le contour de la résidence	administrative
b. Le projet de fin de carrière du sapeur-pompier professionnel.....	318
B. Le contentieux soulevé par les sapeurs-pompiers volontaires	319
I. Le premier pilier : l'engagement du sapeur-pompier volontaire	319
II. Le deuxième pilier : la protection du sapeur-pompier volontaire.....	320
a. La fin du forfait de pension pour le sapeur-pompier volontaire.....	321
b. Le versement de la prestation de fidélisation et de reconnaissance et/ou	allocation de vétérance.....
321	
§2. Droit subjectif versus analyse économique du droit pour développer la médiation.....	323

A. L'analyse <i>a priori</i> de la validité du concept de droit subjectif pour développer la médiation administrative.....	323
I. La méthode : le recours à la science juridique	324
II. L'analyse juridique du concept de droit subjectif.....	327
B. Une alternative : l'analyse économique du droit de la médiation administrative.....	329
I. Règles de droit, règles du jeu	329
II. Des jeux à l'analyse économique du droit de la médiation.....	334
Conclusion du chapitre 2	335
Conclusion du titre 1.....	336
TITRE 2 : L'analyse économique du droit de la médiation administrative, une approche pluridisciplinaire qui pourrait favoriser cette pratique.....	337
Chapitre 1 : L'analyse économique du droit, une notion d'origine américaine.....	339
Section 1 : L'analyse économique du droit et l'amélioration de la norme	341
§1. L'analyse économique du droit a pour premier objectif l'efficacité économique du droit	341
A. Un droit codé par l'économie	341
I. Le codage du droit par l'économie	342
II. L'approche normative, positive puis fonctionnelle du L&E.....	345
B. Un objectif d'amélioration de l'efficacité économique du droit.....	348
I. Le Law & Economics repose sur la notion de coût social mise en relief par Ronald Coase	349
II. En France, une réception du Law & Economics par les juristes pour l'instant limitée	351
§2. L'analyse économique du droit a pour second objectif d'améliorer les mécanismes incitatifs	355
A. La maximisation de l'utilité	355
I. Le postulat de la rationalité de l'homo economicus	357
III. L'analyse économique du droit étudie l'utilité de la règle de droit.....	361
B. L'analyse des incitations	363
I. Les trois concepts-clés de l'analyse économique d'un droit	364
II. D'une logique déductive à une logique inductive	369
Section 2 : L'analyse économique du droit et l'explicitation des décisions individuelles.....	374
§1. Les théories classiques.....	374
A. L'analyse des rapports entre les individus et la théorie des jeux	375
I. Les règles, à l'instar des prix, conditionnent les préférences des individus.....	376
a. La réponse à la rareté est la reconnaissance de droits	376
b. La rationalité des acteurs naît du fait que la rareté impose des choix.....	377

II.	L'utilité du consommateur, les coûts de substitution et l'efficacité	380
a.	L'utilité et les coûts de substitution	381
b.	L'efficacité : les critères de Pareto et de Kaldor-Hicks	386
B.	Les rapports entre les individus, le transfert du risque et l'agence	390
I.	L'analyse des rapports entre les individus grâce à la théorie des jeux permet d'évaluer l'efficacité d'une règle ou d'une décision	390
a.	Les jeux de coordination expliquent ou mettent en relief l'utilité de la règle pour maximiser le gain social.....	393
b.	Les jeux de coopération étudient les règles de réciprocité et l'action collective	395
II.	Le principe assurantiel et la théorie de l'agence : le transfert du risque inacceptable.....	403
a.	Le principe assurantiel : l'incertitude en économie va amener en droit les acteurs à vouloir transférer le risque inacceptable	403
b.	La théorie de l'agence et le problème de l'agency en droit administratif	408
§2.	Les coûts de transaction, une autre approche du Law & Economics.....	412
A.	Le théorème de Coase, l'efficacité sociale maximisée.....	412
I.	Le concept d'externalité « pigouvienne » est renouvelé par l'approche de Coase	413
II.	La nature des coûts de transaction et leur minimisation	417
a.	La nature des coûts de transaction	417
b.	La minimisation des coûts de transaction pour accroître l'utilité de chacune des parties	420
B.	La synthèse de Posner, l'efficacité des décisions judiciaires.....	423
I.	Le droit comme mécanisme de coordination pour limiter les coûts de transaction	428
II.	L'analyse « coûts / désagréments » pour minimiser le coût social	432
	Conclusion du chapitre 1	435
	Chapitre 2 : Une analyse économique du droit de la médiation administrative	437
	Section liminaire : Précisions méthodologiques	437
	§1. Le bouclage théorique « anticipation/interprétation » en matière de médiation administrative	438
	§2. Les grandes étapes du processus de l'analyse économique du droit de la médiation administrative	441
	Section 1 : La compréhension et l'amélioration de la mécanique du consentement.....	443
	§1. Perspectives et limites dans l'amélioration du consentement à la médiation administrative	444
A.	Le consentement sous l'angle de la théorie du consommateur et de la théorie des jeux	444

I.	La médiation sous l'angle de la théorie du consommateur met en relief trois facteurs clés dans la mécanique du consentement	445
II.	Les jeux de coordination et de coopération appliqués à la médiation administrative	452
a.	Les jeux de coordination appliqués à la médiation administrative	452
b.	Les jeux de coopération appliqués à la médiation administrative	457
B.	Limites épistémologiques de l'approche et dépassement.....	461
I.	L'anormalité des préférences du consommateur de médiation invalide en partie le choix de la théorie du consommateur pour analyser le consentement	461
II.	La théorie des jeux aboutit à des conclusions difficiles à mettre en œuvre mais potentiellement adaptables à la réalité.....	463
§2.	L'enjeu de la confidentialité.....	468
A.	La théorie de l'agence appliquée au processus de médiation	469
I.	La théorie de l'agence met en relief les coûts de contrôle du principal et les coûts liés à l'opportunisme des agents	469
II.	Problème de l'agency en matière de médiation administrative	473
B.	La confidentialité, le premier ressort du consentement.....	475
I.	La confidentialité permet de sécuriser le processus de médiation	476
a.	L'aménagement et le coût de la confidentialité	476
b.	Le coût de la dilution de la médiation dans le temps.....	480
II.	La tension entre confidentialité et neutralité : l'indispensable compétence du médiateur	481
a.	Les qualités humaines et la compétence du médiateur	482
b.	La neutralité du point de vue du médiateur et des médiés	484
	Section 2 : Coûts de transaction, coût de la prévention et coût de la médiation.....	489
§1.	Le coût de la médiation, limite des coûts de transaction	492
A.	L'estimation du coût de la prévention	497
I.	La responsabilité extracontractuelle ou quasi délictuelle : une théorie vivifiante.....	497
a.	Le calcul de la prévention, le risque et la négligence.....	499
b.	Un bilan coûts/avantages au lieu d'un calcul ardu de la prévention	506
II.	Le bilan coûts/avantages en matière de politique de prévention dans l'administration.....	507
B.	Le coût de la prévention versus le coût de la médiation	509
I.	Les modalités de résolution des litiges fondent des coûts de transaction.....	510
II.	Coût de la prévention des risques, coût d'un procès et coût de la médiation	512
§2.	La théorie des incitations, le « legal process » et l'encouragement à la médiation administrative	515
A.	Le contentieux, système producteur d'une solution	516

I.	Le coût du travail pour obtenir une décision juridique	516
II.	Les couts administratifs de la procédure et le coût des erreurs	519
B.	Le développement de la médiation administrative préalable obligatoire	521
I.	La modélisation du contentieux administratif comme système producteur d'une solution	522
II.	Des pistes pour développer la médiation préalable obligatoire (MPO)	525
	Conclusion du chapitre 2	529
	Conclusion du titre 2	534
	Conclusion de la deuxième partie	535
	Conclusion générale	537
	Bibliographie	543
	Ouvrages	543
	Ouvrages collectifs	548
	Thèses	551
	Articles	551
	Articles collectifs	557