AJDA

L'ACTUALITÉ
JURIDIQUE
DROIT ADMINISTRATIF

Version numérique incluse*

HEBDOMADAIRE – 10 avril 2017 – N° 13 – 2017
Pages 705 à 768

Chronique
Page 736

LE DIALOGUE DES JUGES DÉCOMPLEXÉ

L'assemblée du contentieux du Conseil d'Etat a renvoyé à la Cour de justice de l'Union européenne une série de questions portant sur l'interprétation de la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 et les conséquences à tirer de l'arrêt *Google Spain*.

CONTENTIEUX
L'expert-médiateur, un Janus aux pieds d'argile
p. 749
Confier à la même personne une mission d'expertise organisée autour du respect du contradictoire et une mission de médiation basée sur la confidentialité, c'est en faire un Janus... aux pieds d'argile.

POLICE
Cachez ce camping-car que je ne saurais voir
p. 757
Un maire peut limiter la circulation et le stationnement des camping-cars. Le juge exerce néanmoins un contrôle approfondi sur la nécessité et la proportionnalité de ces mesures.

URBANISME
Avis insuffisamment motivé d'un commissaire-enquêteur sur l'élaboration d'un PLU
p. 763
Le tribunal administratif de Rennes avait annulé la délibération approuvant un PLU au seul motif de l'insuffisance des conclusions d'un commissaire-enquêteur. La CAA de Nantes a infirmé ce jugement.

DALLOZ

9 782996 317133

CONTENTIEUX

L'expert-médiateur, un Janus aux pieds d'argile

PAR **JEAN-MARC LE GARS**
AVOCAT AU BARREAU DE NICE - MÉDIATEUR

L'ESSENTIEL

Depuis longtemps, la question se pose de savoir si le juge peut charger l'expert de concilier les parties. Après avoir adopté la même attitude que le juge judiciaire sur cette question, le Conseil d'Etat en a pris l'exact contrepied. Alors que la loi de modernisation de la justice du XXIe siècle n'a pas touché à l'article 240 du code de procédure civile qui interdit au juge judiciaire de confier à l'expert la mission de concilier, l'article 23 du décret n° 2016-1480 du 2 novembre 2016 offre, au contraire, la possibilité au juge administratif de confier à l'expert une mission de médiation et autorise même ce dernier à se saisir d'une telle mission. L'exception administrative fragilise l'expertise. Confier à la même personne une mission d'expertise organisée autour du respect du contradictoire et une mission de médiation basée sur la confidentialité, c'est en faire un Janus... aux pieds d'argile.

Ce n'est pas d'aujourd'hui que se pose la question de savoir si le juge peut, en même temps qu'il donne à l'expert de justice mission de lui présenter un avis technique, le charger de concilier les parties. Sur ce thème, les deux ordres de juridiction, judiciaire et administratif, ont joué la même partition pendant vingt-cinq ans avant que le Conseil d'Etat ne se décide à jouer la sienne, diamétralement opposée à celle du juge judiciaire. Cette valse-hésitation se traduit par une cacophonie, renforcée en tout dernier lieu par le décret n° 2016-1480 du 2 novembre 2016. Le retour à l'harmonie passe par la suppression de l'exception administrative qui conduit à un mélange des genres, au risque de fragiliser l'expertise.

I - JUGE ADMINISTRATIF ET JUGE JUDICIAIRE JOUENT LA MÊME PARTITION

Le pouvoir de concilier n'a été accordé explicitement aux tribunaux administratifs qu'à une époque relativement récente. C'est l'article 3 de la loi du 6 janvier 1986 fixant les règles garantissant l'indépendance des membres des tribunaux administratifs qui lui a donné un cadre législatif en confiant aux tribunaux administratifs une « mission de conciliation ». Cette disposition a été reprise sous l'article L. 3 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, puis sous l'article L. 211-4 du code de justice administrative.

Les conseils de préfecture et, à leur suite après 1953, les tribunaux administratifs, avaient longtemps remédié à ce manque en utilisant les expertises ordonnées par eux pour autoriser l'expert à tenter de concilier, dans la mesure du possible, à l'issue de sa mission. Non sans quelque succès d'ailleurs !

Mais on a fini par y voir un mélange des genres qui a été condamné par le Conseil d'Etat (CE 12 oct. 1979, n° 15131, *Secrétaire d'Etat aux postes et télécommunications c/ Mme Devillers*, Lebon). Le Conseil d'Etat a jugé à cette occasion que c'était à tort qu'avait été confiée à l'expert la mission de « concilier les parties si faire se peut ».

La haute assemblée, dont la décision n'était pas autrement motivée, suivait en cela, semble-t-il, les rédacteurs du nouveau code de procédure civile. En décrétant que « le juge ne peut donner au technicien mission de concilier les parties » (art. 96 du décr. n° 73-1122 du 17 déc. 1973, repris à l'art. 240 du C. pr. civ.), elle avait privé le juge de la possibilité de confier à l'expert la mission de concilier.

La disposition nouvelle avait pour ambition d'éviter que la recherche systématique de la conciliation par l'expert ne ralentisse excessivement le déroulement de l'expertise (E. Blanc, *Nouveau code de procédure civile commenté dans l'ordre des articles*, Librairie du journal des notaires et des avocats. 1980, art. 240; M. Olivier, *Mesures d'instruction confiées à un technicien in* Rép. proc. civ. 1997, 2e éd.). Elle permettait également d'écarter les risques de pressions que la crainte d'un rapport défavorable serait susceptible d'aggraver (P. Raynaud, Les experts *in Les délégations judiciaires en matière civile et commerciale*, Colloque

des IEJ, 1963, Dalloz, 1964, p. 31 et s.). Il n'était pas rare, en effet, que l'on considérât à l'époque que concilier pour l'expert, c'était se délivrer des affres du rapport. Il y mettait beaucoup de zèle, trop parfois ! Pour y parvenir, il pouvait arriver qu'il exerçât une pression sur la partie la plus... conciliante.

La Cour de cassation a strictement cantonné l'interdiction faite au juge par l'article 240 du code de procédure civile. C'est ainsi qu'elle a admis qu'un tribunal puisse donner mission à l'expert « de déposer son rapport, au cas où les parties ne parviendraient pas, entre elles, à une conciliation » et qu'elle a constaté, par la même décision, que l'expert qui n'avait pas eu l'initiative de la transaction et s'était contenté de la transcrire et de l'annexer à son rapport n'était pas sorti de sa mission (Civ. 2e, 21 mars 1979, RTD civ. 1980. 162, obs. R. Perrot). De même, elle a jugé qu'une solution proposée par un technicien et homologuée par les parties puis le tribunal n'est pas contraire aux dispositions de l'article 240 du code de procédure civile dès lors que le juge n'avait donné aucune mission en ce sens à l'expert (Civ. 2e, 21 juill. 1986, Bull. civ. II; Gaz. Pal. 1987. Somm. 173, obs. Guinchard et T. Moussa).

Cette jurisprudence n'a pas été sans effets. L'interdiction édictée à l'article 240 du code de procédure civile a été quelque peu battue en brèche par des décisions judiciaires demandant à l'expert commis de déposer son rapport à défaut de conciliation des parties ou si les parties n'étaient pas parvenues à un accord. Mais dans l'ensemble, elle a tenu bon.

D'autant que la loi n° 95-125 du 8 février 1995 est venue confirmer la pratique de la médiation par une tierce personne, instaurée par Pierre Drai lorsqu'il était juge des référés au TGI de Paris, en permettant au juge judiciaire d'attribuer à un autre que lui les fonctions de conciliation et de médiation, sous réserve de l'accord préalable des parties.

Sous l'empire de ce texte, complété par le décret du 22 juillet 1996, une pratique de la médiation organisée par le juge judiciaire s'est développée et a rendu plus improbable le recours à l'expert pour concilier.

Bien qu'il y ait été incité à plusieurs reprises (v., par ex., C. Ponce, Gaz. Pal. 5-6 oct. 2006, p. 6), le législateur n'est pas revenu sur l'article 240 du code de procédure civile. Tout récemment, la loi de modernisation de la justice du xxie siècle aurait pu lui en donner l'occasion. Il n'en a rien été.

II - LE JUGE ADMINISTRATIF JOUE SA PROPRE PARTITION

L'harmonie entre les deux ordres de juridiction n'aura pas duré plus d'un quart de siècle. Au contraire du juge judiciaire, le juge administratif ne s'est pas laissé bercer par les sirènes de la médiation.

Si la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative consacrait un chapitre à la médiation en matière civile, aucune de ses dispositions ne visait la médiation en matière administrative.

La pratique des juridictions administratives restait gouvernée par la formule lapidaire de la loi de 1986 : « Les tribunaux administratifs exercent également une mission de conciliation ». Le législateur n'avait pas renvoyé à un décret le soin de définir les modalités d'application de la loi, et le Conseil d'Etat avait considéré que cette disposition se suffisait à elle-même, que des mesures d'application n'étaient pas juridiquement indispensables et qu'elle était, par conséquent, entrée en vigueur immédiatement (CE, ass., 23 juin 1989, n° 84799, *Vériter*, Lebon 146).

Cette façon bien théorique de voir les choses, qui ne prenait pas en compte les traits culturels caractéristiques de la juridiction administrative de premier degré, n'a pas spécialement favorisé l'essor de la médiation.

L'article 23 du décret n° 2016-1480 du 2 novembre 2016 reconnaît explicitement à l'expert le pouvoir d'initier la médiation

Les magistrats administratifs, plus familiers des procédures écrites que des débats oraux et davantage hommes de cabinet qu'hommes de terrain, n'étaient pas spécialement préparés, pour une grande partie d'entre eux, à utiliser, sans mode d'emploi préalable, cette nouvelle compétence créée par un texte dont la rédaction, très générale, laissait place à de nombreuses interrogations. C'est pourquoi, malgré les tentatives de quelques francs-tireurs (v. J.-M. Le Gars, La conciliation par le juge administratif, AJDA 2008. 1468), le démarrage a été long et difficile.

C'est dans ce contexte que, le 11 février 2005, le Conseil d'Etat a entendu donner un coup de pouce à la conciliation/médiation en revenant sur sa jurisprudence de 1979. S'opposant frontalement à l'article 240 du code de procédure civile, il a affirmé qu'à l'occasion d'une demande de référé-expertise, le juge administratif pouvait ordonner à l'expert désigné par lui, même d'office, de concilier les parties si faire se pouvait (CE, sect., 11 févr. 2005, n° 259290, *Organisme de gestion du cours du Sacré-Cœur*, Lebon; AJDA 2005. 652, chron. C. Landais et F. Lenica; RFDA 2005. 546, concl. E. Glaser). Cette jurisprudence a ensuite été reprise par le décret n° 2010-164 du 22 février 2010, codifié à l'article R. 621-1 du code de justice administrative ainsi rédigé : « La mission confiée à l'expert peut viser à concilier les parties ».

Poursuivant dans ce sens, l'article 23 du décret n° 2016-1480 du 2 novembre 2016 vient tout juste de remplacer cette disposition par la suivante : « 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 ». *Exit* donc l'expert-conciliateur, place désormais à l'expert-médiateur !

S'il s'est agi pour lui, au premier chef, d'adapter le texte de 2010 à la directive européenne 2008/52/CE du 28 mai 2008, le pouvoir réglementaire a néanmoins confirmé à cette occasion l'intérêt qu'il portait à ce que l'expert puisse jouer les médiateurs. Il en a même profité pour conforter sa position, en lui reconnaissant explicitement le pouvoir d'initier la médiation.

Cette adaptation du texte spécifique au rôle de l'expert survient au moment même où le Parlement a décidé d'une réforme plus générale de la médiation en matière administrative. La loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 portant modernisation de la justice du XXIe siècle, après avoir fait table rase du passé en supprimant notamment l'article L. 211-4 du code de justice administrative relatif à la conciliation par les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel, ajoute à ce code un chapitre entier instituant un régime entièrement nouveau de médiation comprenant deux volets, l'un consacré à la médiation à l'initiative des parties, l'autre à la médiation à l'initiative du juge.

Désormais en matière administrative, par l'effet de la loi, les parties et le juge peuvent avoir l'initiative d'une médiation et, par l'effet d'un texte réglementaire, l'expert de justice peut, lui aussi, avoir l'initiative d'une médiation.

III - LA CACOPHONIE

On ne pouvait pas prendre plus radicalement le contrepied de l'article 240 du code de procédure civile que ne l'a fait l'article 23 du décret du 2 novembre 2016!

La polémique sur l'opportunité de confier à l'expert la mission de concilier est relancée. Les auteurs du nouveau code de procédure civile croyaient clore le débat. Nous l'avons vu, il n'en a rien été. Rouvert spectaculairement par la décision du Conseil d'Etat de 2005, entretenu par le décret du 22 février 2010, il revient sur le devant de la scène. Et comment! Publiés à quelques jours d'intervalle, deux textes tirent en sens contraire.

La loi de modernisation de la justice du XXIe siècle, publiée au Journal officiel le 19 novembre 2016, n'est pas revenue sur l'interdiction faite par l'article 240 du code de procédure civile, alors que le développement de l'offre de conciliation et de médiation était un des axes forts de la réforme.

Le décret du 2 novembre 2016, publié le 4 du même mois, confirme la solution contraire qui prévaut depuis 2005 devant les juridictions administratives, et même l'étend en permettant à l'expert d'ouvrir une médiation de sa propre initiative.

Les deux ordres de juridiction jouant deux partitions radicalement opposées, il s'ensuit bien évidemment une cacophonie à laquelle les experts de justice, notamment, n'entendent plus rien.

IV - RÉTABLIR L'HARMONIE?

Pour la crédibilité des institutions, il importe de rétablir l'harmonie sur ce sujet et de mettre fin à cette valse-hésitation.

Il est parfaitement louable de vouloir encourager la médiation comme a voulu le faire le Conseil d'Etat le 11 février 2005. Il est douteux que la solution choisie, consistant à charger l'expert de justice d'une double mission, d'expertise et de médiation, soit opportune, même si des voix s'élèvent pour qu'elle soit étendue aux juridictions de l'ordre judiciaire (v., par ex., F. Vert, L'expert judiciaire: auxiliaire du juge pacificateur, garant de la paix sociale, Gaz. Pal. 25 oct. 2016, p. 12). Car confier à un même expert la double mission de donner un avis technique et de conduire une médiation est une gageure.

On ne reviendra pas ici sur le fait que les deux fonctions ont une finalité complètement différente, qu'elles nécessitent des compétences spécifiques et que chacune a sa propre logique. C'est une chose que de procéder à des investigations pour éclairer le juge sur un problème technique, c'en est une autre que de tenter de rapprocher les parties. Tout cela ressort du domaine de l'évidence et ne pousse pas à ce que les deux fonctions soient confondues dans une même mission confiée à une même personne. D'autant que les deux fonctions sont régies par des règles totalement opposées, de sorte que le risque est grand de voir l'une polluer l'autre sur le plan de la régularité procédurale.

La règle en matière d'expertise est la transparence. L'expert doit conduire ses opérations dans le plus grand respect du contradictoire. Le fondement de la médiation est la confidentialité.

Comment l'expert pourrait-il, au cours de la même procédure, avec les mêmes parties, concilier deux principes et deux attitudes aussi opposés? Quelles seront les pièces et les dires couverts par la confidentialité en cas d'échec de la médiation en cours d'expertise? Comment distinguer ce qui relèvera de l'expertise, transparent, de ce qui relèvera de la médiation, confidentiel?

Enfin, comment garantir l'impartialité de l'expert? Peut-on imaginer un instant que la partie qui se montrera rétive à la médiation n'aura pas le sentiment de s'exposer à un risque face à l'expert contraint, par son attitude, d'en revenir à son rôle premier et à la rédaction de son rapport?

Curieusement, les conclusions du commissaire du gouvernement sur l'arrêt *OGEC du Sacré-Cœur* (préc.) font l'impasse sur ces questions, dont on imagine mal pourtant qu'elles aient pu ne pas être examinées au moment du spectaculaire retournement de jurisprudence qui a ouvert la voie à l'article R. 621-1 du code de justice administrative.

Il reste que, dans les faits, le temps de l'expertise est un moment privilégié pour que les parties se rapprochent. Il arrive qu'au vu des constatations auxquelles il est procédé au cours des opérations, des explications techniques qui sont données et des conversations qui se nouent, les parties s'accordent en cours d'expertise ou que l'une d'entre elles renonce à ses prétentions. Et si le juge ne peut pas donner mission à l'expert de concilier les parties, l'expert peut constater l'accord intervenu entre celles-ci dans son avis (Civ. 2e, 21 juill. 1986, préc.).

Il est donc nécessaire de préserver la possibilité, pour l'expert, de mettre un terme à ses opérations dans ce cas, ainsi que le font l'article R. 621-7-2 du code de justice administrative, aux termes duquel « si les parties viennent à se concilier, l'expert constate que sa mission est devenue sans objet, et en fait immédiatement rapport au magistrat qui l'a commis [...] », et l'article 281 du code de procédure civile, rédigé en des termes similaires. Mais c'est une chose de prévoir les conditions de sortie d'une expertise

en cas de conciliation des parties, c'en est une autre de confier à l'expert une mission de médiation ; c'en est encore une autre que de lui permettre de se saisir lui-même d'une telle mission.

L'expérience apprend que la médiation a toute sa place après le dépôt du rapport d'expertise. Rien n'empêche de désigner un expert pour cette mission, s'il présente les aptitudes requises. A la réserve près que l'expert qui aura procédé aux opérations d'expertise ne sera généralement pas le mieux placé pour se voir confier cette nouvelle mission, car son impartialité sera sujette à caution de la part de la partie dont les conclusions auront été écartées lors de l'expertise. Il est plus difficile, en revanche, de concevoir que l'expert commis puisse engager une médiation avant le dépôt de ses conclusions.

Cela dit, et pour terminer sur une note plus positive, on rappellera que la loi de modernisation de la justice du XXIe siècle ajoute au code de justice administrative un article L. 213-5 aux termes duquel « les parties peuvent, en dehors de toute procédure juridictionnelle, organiser une mission de médiation et désigner la ou les personnes qui en sont chargées ». Les barreaux s'organisent pour présenter une offre de médiation sur ce fondement aux personnes intéressées. Rien ne s'oppose à ce que les experts en fassent autant.

Enfin, l'article 8 de la loi de modernisation de la justice du XXIe siècle ajoute à la loi n° 95-125 du 8 février 1995 un article 22-1, A instituant une liste des médiateurs dressée par chaque cour d'appel. Rien n'interdit aux experts de se porter candidats. L'expert pourrait ainsi trouver toute sa place dans la médiation, non pas en qualité d'expert, mais en qualité de médiateur.

En revanche, vouloir lui faire jouer les deux rôles en même temps, comme le fait l'article R. 621-1 du code de justice administrative, l'obligeant à regarder dans deux directions opposées au risque de trébucher, c'est en faire un Janus... aux pieds d'argile.

NOTE À L'ATTENTION DES AUTEURS

Les articles proposés à l'AJDA doivent être adressés par courrier électronique exclusivement à l'adresse **aj@dalloz.fr** (et non aux adresses personnelles ou professionnelles du directeur scientifique, des membres de la rédaction ou des responsables de rubriques).
Ils doivent être envoyés sous un format permettant de mesurer la longueur précise de l'article (word, wordfperfect...) et non au format pdf.
Les études ou actualités législatives doivent avoir une longueur comprise entre 15 000 et 50 000 signes, espaces et notes de bas de page compris. Celles-ci doivent être aussi peu nombreuses que possible, les principales références pouvant être regroupées dans un encadré.
Les notes de jurisprudence et les conclusions doivent être d'une longueur allant de 10 000 à 30 000 signes et suivre les mêmes règles pour les références et notes de bas de page.
En ce qui concerne les notes de jurisprudence, si les commentaires des membres du barreau sont toujours les bienvenus, le conseil scientifique de l'AJDA a posé la règle que ne devaient jamais être acceptées les notes rédigées par les conseils des parties. Cette règle, qui ne connaît aucune exception, s'applique à l'ensemble du cabinet conseillant une partie et, *a fortiori*, aux parties elles-mêmes.
Les auteurs sont priés d'indiquer leurs nom, prénom, qualités et coordonnées personnelles (adresses électronique, postale et téléphone).
Les articles seront examinés par la direction scientifique et une réponse donnée dans un délai d'un mois au plus tard, pendant lequel l'auteur s'engage à ne pas soumettre son article à une autre revue.

RESPONSABLES DE RUBRIQUE

Actes unilatéraux. **Delphine Costa**, professeur de droit public à l'université d'Aix-Marseille. **Action sociale et aide sociale.** **Hervé Rihal**, professeur de droit public à l'université d'Angers. **Collectivités territoriales.** **Bertrand Faure**, professeur à l'université de Nantes, directeur du laboratoire « Droit et changement social » (UMR 6297). **Contentieux.** **Florent Blanco**, professeur de droit public à l'université d'Orléans. **Contrats.** **Guylain Clamour**, professeur à l'université de Montpellier, directeur du CREAM (EA 2038). **Domaine.** **Norbert Foulquier**, professeur de droit à l'université Paris I - Panthéon-Sorbonne, codirecteur du SERDEAUT. **Droit des étrangers.** **Emmanuel Aubin**, professeur de droit public, faculté de droit et des sciences sociales de l'université de Poitiers. **Droit électoral.** **Romain Rambaud**, professeur de droit public à l'université Grenoble-Alpes. **Droit public de l'économie.** **Sophie Nicinski**, professeur à l'université Paris I - Panthéon-Sorbonne. **Environnement.** **Yves Jégouzo**, professeur émérite à l'université Panthéon-Sorbonne. **Libertés publiques.** **Xavier Bioy**, professeur à l'université de Toulouse Capitole. **Responsabilité.** **Anne Jacquemet-Gauché**, professeur de droit public à l'université d'Auvergne. **Urbanisme.** **Rozen Noguellou**, professeur à l'université Paris I - Panthéon-Sorbonne.