



MINISTÈRE
DE L'ÉCONOMIE,
DES FINANCES
ET DE LA SOUVERAINETÉ
INDUSTRIELLE ET NUMÉRIQUE

Liberté
Égalité
Fraternité

Direction des
Affaires juridiques



LES GUIDES DE L'OECP

COMMANDE PUBLIQUE :

guide pratique sur les modes amiables de règlement des différends

2024



le médiateur
DES ENTREPRISES



CONCEPTION ET RÉDACTION

Direction des Affaires juridiques - Observatoire économique de la commande publique

GRAPHISME

Direction des Affaires juridiques – Département Ressources

DATE DE PUBLICATION

Mai 2024

DROITS À L'IMAGE

©Canva

Sommaire

INTRODUCTION	4
I. Périmètre, définitions et typologie des MARD	5
1. Périmètre : les différends nés de l'exécution des contrats de la commande publique	5
1.1. Les contrats régis par la commande publique	5
1.2. Les exclusions	5
1.3. Les pouvoirs adjudicateur et les entités adjudicatrices	6
2. Définitions et précisions	6
2.1. Les modes amiables de règlement des différends (MARD)	6
2.2. Le cas de l'arbitrage : mode alternatif (au contentieux) de règlement des différends .	7
2.3. La transaction, mode possible d'aboutissement d'un MARD	7
2.4. La naissance du différend	7
3. Typologie des MARD	8
3.1. Les MARD sans intervention d'un tiers : la formalisation d'une réclamation prévue par les CCAG	8
3.2. Les MARD avec intervention d'un tiers : la conciliation et la médiation	9
II. Principes généraux communs aux MARD	12
1. Les principes qui régissent le tiers (médiateur et conciliateur)	12
2. Les principes de fonctionnement des MARD	12
III. Principes d'actions propres à chacun des MARD	15
1. Le mémoire en réclamation	15
1.1. Le mémoire en réclamation prévu par les CCAG	15
1.2. Le cas des contrats ne faisant pas référence à un CCAG	16
2. La conciliation	16
3. La médiation	19
IV. Les issues possibles des MARD	22
1. En cas d'accord	22
1.1. Protocole sans transaction	23
1.2. Protocole avec transaction	23
1.3. L'homologation des accords issus des MARD par le juge administratif	24
2. En cas de désaccord	27
V. Conseils aux acheteurs pour traiter d'un différend	28
LISTE DES SIGLES	29
ANNEXES	30

INTRODUCTION

L'achat public est un levier important d'intervention dans l'économie française¹. En outre, le bon fonctionnement des services publics dépend en partie de la qualité des prestations rendues par les fournisseurs. Il importe que les acheteurs et leurs fournisseurs puissent travailler en confiance, y compris lorsque survient un différend. Leur proposer des conditions rapides, peu onéreuses et simples de faire valoir leurs droits constitue un objectif important auquel doit contribuer la mise en œuvre des dispositifs de règlements amiables des différends.

Or ceux-ci présentent encore un bilan mitigé. En effet, les modes amiables de règlement des différends (MARD) apparaissent encore trop peu utilisés au regard du nombre élevé des contrats passés par les acheteurs publics, du nombre de fournisseurs, de l'importance du montant des achats publics, de la complexité des règles de la commande publique et surtout, au regard des avantages qu'ils procurent dans nombre de situations conflictuelles : prise en compte de l'équité, rapidité (les délais de résolution des dossiers sont de l'ordre de 3 mois dans le cas d'une médiation et de 6 mois dans celui d'une conciliation devant les comités consultatifs de règlement amiable des différends), confidentialité et caractère peu onéreux par rapport au règlement juridictionnel...

Cette situation s'explique, en partie, par le caractère relativement récent de l'introduction de certains de ces instruments dans le code de la commande publique. Elle résulte aussi des réticences à les mettre en œuvre, pour des raisons diverses. Du côté des acheteurs publics, la pénalisation du droit des marchés publics, les a conduits à la prudence. Du côté des opérateurs économiques, cette prudence tient, à la fois, à la méconnaissance de ces dispositifs et à la crainte de heurter leurs clients.

Le présent guide a pour objet de sécuriser les acteurs de la commande publique par une clarification des différents modes amiables de règlement des différends, de leurs intérêts, de leurs limites et de leur fonctionnement. Il s'attache aussi à souligner la souplesse inhérente à la pratique des MARD.

Il invite les acheteurs et les entreprises à intégrer les MARD dans une gestion efficace et apaisée de l'exécution des contrats de la commande publique (marchés publics et concessions).

Dans cet esprit, le présent guide incite les acheteurs et les titulaires à y recourir dans un cadre qu'il s'attache à mieux définir.

¹ Le montant des marchés publics s'élève en 2022 à plus de 160 Milliards d'euros selon le recensement opéré par l'observatoire économique de la commande publique.

I. Périmètre, définitions et typologie des MARD

1. Périmètre : les différends nés de l'exécution des contrats de la commande publique

Le présent guide est applicable au règlement des différends nés de l'exécution des contrats (marchés publics et concessions) régis par le code de la commande publique (CCP).

Le CCP ne mentionne aucun mode amiable de règlement des différends nés de la passation des marchés publics. La rapidité des décisions prises par le juge saisi en référé, le caractère, le plus souvent, strictement juridique des questions traitées, ou l'impossibilité de transiger sur l'application des grands principes de la commande publique rendent les MARD inappropriés aux tentatives de résolution de ces différends.

1.1. Les contrats régis par la commande publique

Les articles [L. 2197-1](#) du CCP, pour les marchés publics, et [L. 3137-1](#), pour les contrats de concession, disposent que « *Les parties à un contrat administratif peuvent recourir à un tiers conciliateur ou médiateur dans les conditions fixées par les chapitres [Ier](#) et [II](#) du titre II du livre IV du code des relations entre le public et l'administration.* ». Tiers conciliateur ou médiateur sont donc compétents pour connaître aussi bien des différends relatifs à l'exécution des marchés publics que de ceux relatifs à l'exécution des contrats de concession.

1.2. Les exclusions

a) Les exclusions communes à tous MARD : les questions sur lesquelles pèsent une interdiction de transiger

De manière générale, sont exclues du périmètre des MARD les questions sur lesquelles les parties à un contrat public, et en particulier les acheteurs publics, ne peuvent transiger, à savoir :

- les objets dont les parties n'ont pas la capacité de disposer (article [2045](#) du code civil) et les droits dont elles n'ont pas la libre disposition (article [L. 213-3](#) du code de justice administrative (CJA)) : légalité, exercice de pouvoir de police, aliénation et délimitation du domaine public, créances prescrites (prescription quadriennale)... ;
- l'ordre public (article [6](#) du code civil) : par exemple, renoncer aux intérêts moratoires², conclure une transaction pour se soustraire aux règles de la commande publique³... ;
- l'octroi de libéralités, consistant à ce que la personne publique règle une somme qu'elle ne doit pas, ou renonce à une somme qui lui est due⁴ ;
- la responsabilité pénale.

² En matière de marchés publics, « *Toute renonciation au paiement des intérêts moratoires est réputée non écrite.* » (Article [L. 2192-14](#) du CCP) Pour une confirmation récente par le juge de l'illégalité de transiger sur les intérêts moratoires dus en exécution d'un marché public, voir CE, 18 mai 2021, Communauté d'agglomération de Lens-Liévin contre Société Territoires 62, [n° 443153](#).

³ Les parties ne peuvent conclure une transaction reprenant les obligations d'un contrat annulé pour avoir méconnu les règles de publicité et de mise en concurrence (CAA Versailles, 26 novembre 2015, Commune de Corbeil-Essonnes, [n° 14VE02778 -14VE02781](#)).

⁴ CE, 19 mars 1971, Mergui, [n° 79962](#).

b) Les exclusions propres aux comités consultatifs de règlement amiable des différends relatifs aux marchés publics (CCRA)

Les marchés du [livre V](#) du CCP, c'est-à-dire les « *autres marchés publics* »⁵, sont exclus du champ de compétence des CCRA (article [L. 2521-4](#) du CCP), tout comme les contrats de concessions, les CCRA étant exclusivement compétents pour connaître des différends concernant l'exécution des marchés (article [R. 2197-1](#) du CCP).

1.3. Les pouvoirs adjudicateur et les entités adjudicatrices

Sont concernés par le présent guide les acheteurs et autorités concédantes soumis au CCP, que sont les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices (article [L. 1210-1](#) du CCP).

Lorsque le contrat objet du différend est un contrat administratif, les règles du CCP et du code des relations entre le public et l'administration (CRPA) relatives aux MARD s'appliquent.

Lorsque ce contrat est un contrat de droit privé, les règles du code de procédure civile relatives aux MARD s'appliquent, dont la médiation conventionnelle au titre des articles 21 et suivants de la [loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative](#) modifiée.

2. Définitions et précisions

2.1. Les modes amiables de règlement des différends (MARD)

Les modes amiables de règlement des différends (MARD) sont des dispositifs proposés aux parties par la réglementation pour tenter, avec ou sans l'intervention d'un tiers, de résoudre leur différend par une solution qui leur convienne. Dans le domaine de la commande publique, les parties disposent d'une large gamme de MARD : le recours administratif formalisé par un mémoire en réclamation, la conciliation, dont les CCRA, et la médiation, dont le recours au Médiateur des entreprises. La réglementation autorise à recourir aux différends MARD de manière successive ou alternative.

Il doit être précisé qu'un mode de règlement amiable des différends peut être mis en œuvre même s'il n'est pas prévu par le contrat. Cependant, si le contrat prévoit une clause de règlement amiable des différends, et sauf à ce qu'elle en stipule différemment, la mise en œuvre du MARD constitue un préalable obligatoire à tout recours juridictionnel. Ces clauses sont par ailleurs maintenues en vigueur même en cas de nullité du contrat⁶.

Il est précisé qu'il peut être recouru aux modes amiables, en particulier la médiation conventionnelle, à tous les stades de l'exécution du contrat de la commande publique.

⁵ Quasi-régie, coopération entre pouvoirs adjudicateurs, marchés publics attribués par une entité adjudicatrice à une entreprise liée ou à une coentreprise, marchés publics conclus en application de règles internationales, marchés publics liés à la sécurité ou à la protection d'intérêts essentiels de l'Etat, marchés publics de services spécifiques, marché de défense ou de sécurité, etc.

⁶ CE, 10 juillet 2020, Exelcia, [n° 433643](#).

2.2. Le cas de l'arbitrage : mode alternatif (au contentieux) de règlement des différends

L'**arbitrage** n'est pas un mode amiable de règlement des différends et n'est donc pas traité par le présent guide⁷. En effet, bien qu'il puisse être perçu comme tel en ce qu'il est mis en œuvre après que les parties en ont convenu par une clause compromissoire au moment de la signature du contrat, ou par la conclusion d'un compromis lorsque le différend survient, l'arbitrage conduit à une sentence de l'arbitre, qui même s'il est choisi et rémunéré par les parties, n'est pas librement consentie, mais s'impose à elles sous réserve de recours juridictionnels.

Concernant l'Etat, le recours à l'arbitrage, mentionné à l'article [L. 2197-6](#) du CCP, est autorisé par décret pris sur le rapport du ministre compétent et du ministre chargé de l'économie (article [R. 2197-25](#) du CCP).

2.3. La transaction, mode possible d'aboutissement d'un MARD

La **transaction**, prévue à l'article [L. 2197-5](#) du CCP, n'est pas par elle-même, un MARD, mais plutôt un de ses aboutissements possibles. L'article [2044](#) du code civil auquel le CCP renvoie, la définit comme un contrat écrit « *par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître.* » L'article [L. 423-1](#) du CRPA ajoute, concernant la transaction conclue avec l'administration, qu'elle doit porter sur un objet licite et que les concessions réciproques qu'elle contient doivent être équilibrées. La transaction matérialise ainsi l'accord trouvé par les parties à l'issue d'un MARD, ou d'une simple négociation, dont elle peut être la conséquence, à l'instar de l'avenant, de la décision unilatérale de l'administration (retrait, annulation, indemnisation, exonération, etc.). Elle est traitée en détail au point IV.1.2. du présent guide.

2.4. La naissance du différend

La **naissance du différend** est caractérisée, conformément à la jurisprudence du Conseil d'Etat⁸ :

- soit par une prise de position écrite, explicite et non équivoque émanant de l'acheteur et faisant apparaître le désaccord ;
- soit par le silence gardé par l'acheteur à la suite d'une mise en demeure adressée par le titulaire l'invitant à prendre position sur le désaccord dans un délai qui ne saurait être inférieur à quinze jours ;
- soit par l'absence de notification du décompte de résiliation dans les délais prévus.

Les CCAG de 2021, hors CCAG-Travaux et Maîtrise d'œuvre (MOE), reprenant la jurisprudence du Conseil d'Etat, précisent qu'en l'absence de mise en demeure, la seule circonstance que l'acheteur ne s'acquitte pas, en temps utile, des factures qui lui sont adressées, sans refuser explicitement de les honorer, ne suffit pas à caractériser l'existence d'un différend.

⁷ Le CCP prévoit trois hypothèses principales de recours à l'arbitrage :

- le règlement des litiges relatifs à l'exécution financière des marchés publics de travaux et de fournitures de l'Etat, des collectivités territoriales et des établissements publics locaux (article [L. 2197-6](#) du CCP) ;
- le règlement des litiges relatifs à l'exécution des marchés de partenariat, avec application de la loi française (article [L. 2236-1](#) du CCP) ;
- les autres cas où la loi le permet (article [L. 2197-6](#) du CCP).

⁸ CE, 22 novembre 2019, Etablissement Paris La Défense, [n° 417752](#) ; CE, 27 novembre 2019, Société SMA Propreté et autres, [n° 422600](#).



Exemples

Différends couramment réglés dans le cadre des MARD :

- indemnité de résiliation et son montant (résiliation pour motif d'intérêt général...);
- application de pénalités et leurs montants ;
- réfaction et montant de la réfaction ;
- modification des contrats en cours dans un contexte d'augmentation des prix des matières premières ;
- paiement de prestations supplémentaires ;
- validation du décompte général et définitif (DGD), etc.

3. Typologie des MARD

Deux types de MARD peuvent-être distingués selon qu'ils font intervenir un tiers ou non.

3.1. Les MARD sans intervention d'un tiers : la formalisation d'une réclamation prévue par les CCAG

Porté par le titulaire du contrat auprès de l'acheteur, le mémoire en réclamation consiste à demander par écrit à ce dernier de revenir sur sa décision en tout ou partie.

L'objectif de cette réclamation est d'amorcer très rapidement un dialogue direct entre le titulaire et l'acheteur. Cette phase constitue dès lors une tentative de résolution amiable des litiges (par échanges épistolaires accompagnés, éventuellement, de rencontres). L'issue éventuelle peut être la conclusion d'une transaction ou toute autre solution acceptée par les parties.

Au regard des clauses du CCAG, la réclamation préalable est une étape obligatoire avant la mise en œuvre de tout autre MARD.

A défaut de mention de ce préalable dans les contrats (faute par exemple de référence à un CCAG et défaut de mention dans le CCAP), le déclenchement de ce recours est malgré tout vivement conseillé afin de mieux déterminer la teneur du litige et permettre aux parties de tenter de trouver elles-mêmes une solution à leur différend.

Il importe de noter que si le titulaire souhaite mettre en œuvre ce recours, il lui faut respecter le formalisme prévu soit par le CCAG si le marché y fait référence, soit par les articles [L. 410-1 à L. 412-8](#) du CRPA, dans la mesure où il conditionne sa recevabilité et la recevabilité d'un éventuel recours juridictionnel.

Enfin, l'article [R. 421-1](#) du CJA indique que lorsqu'une requête portée devant le juge administratif 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.

3.2. Les MARD avec intervention d'un tiers : la conciliation et la médiation

a) La conciliation (articles [L. 2197-1](#) et [L. 2197-3](#) du CCP et [L. 421-1](#) et [L. 421-2](#) du CRPA)

Elle ne doit pas être confondue avec la mission des conciliateurs de justice prévue à l'article [R. 131-12](#) du code de l'organisation judiciaire et aux articles [1536 à 1541](#) du code de procédure civile.

Le CCP, le CRPA et les CCAG mentionnent la conciliation mais n'en donnent aucune définition.

En pratique, une partie de la doctrine estime que la conciliation diffère de la médiation en ce que le conciliateur peut proposer une solution aux parties en vue de résoudre leur différend, solution qu'elles pourront ensuite entériner, si elles le souhaitent.

Aussi, le présent guide retient la définition suivante de la conciliation : dispositif par lequel deux ou plusieurs personnes, en vue de la résolution amiable de leur différend, saisissent un tiers, le conciliateur, choisi par elles en vue d'obtenir son avis sur le différend qui les oppose et comportant une proposition de solution qu'elles sont ensuite libres d'accepter.

La partie qui n'en est pas à l'origine peut refuser la demande de conciliation émise par l'autre.

Parmi les tiers conciliateurs, le CCP cite en particulier les **comités consultatifs de règlement amiable des différends (CCRA)** régis par ses articles [L. 2197-3](#) et [R. 2197-1 à D. 2197-22](#).

Ces comités, qui constituent des instances de conciliation réglementées, sont des structures collégiales, dont la mission consiste à rechercher des éléments de droit ou de fait en vue de proposer, à l'issue d'un temps d'instruction, une solution amiable et équitable aux différends qui leur sont soumis dans le cadre de l'exécution de marchés publics.

Ils émettent des avis que les parties, dans tous les cas, sont libres de suivre ou non. Leur service de conciliation est gratuit pour les parties.

Il existe un comité national (CCNRA) et sept comités locaux, interrégionaux ou interdépartementaux (CCIRA) : Bordeaux, Lyon, Marseille, Nancy, Nantes, Paris et Versailles⁹.

Ils sont composés de trois catégories de membres avec voix délibérative : deux magistrats (un président et un vice-président, membres volontaires, en activité ou honoraires, des juridictions administratives ou financières), deux représentants de l'Etat et deux personnalités compétentes exerçant ou ayant exercé des fonctions dans le même secteur d'activité que le titulaire du marché.

L'affaire est instruite par un rapporteur jusqu'à l'audience à l'issue de laquelle le comité rend son avis. Le rapporteur, désigné pour chaque affaire par le président du comité, parmi des magistrats de l'ordre administratif ou des fonctionnaires, en activité ou en retraite, dispose d'une expérience dans les domaines concernés et prépare son rapport en échangeant avec les parties. Il peut participer activement, si celui-ci lui paraît possible, à la conclusion d'un accord entre elles et ainsi favoriser un éventuel désistement.

⁹ [Arrêté du 22 mars 2019 relatif aux comités consultatifs locaux de règlement amiable des différends relatifs aux marchés publics, selon lequel les comités locaux sont actuellement interrégionaux, à l'exception du comité de Versailles, qui est interdépartemental.](#)

La complémentarité des compétences juridiques et techniques au sein des CCRA pour identifier des solutions amiables permet d'éviter des recours contentieux et de limiter les coûts procéduraux.

b) La médiation (articles [L. 2197-1](#) et [L. 2197-4](#) du CCP, [L. 421-1](#) et [L. 422-1](#) à [L. 422-2](#) du CRPA, [L. 114-1](#) et [L. 213-1](#) à [L. 213-10](#) du CJA)

La médiation 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, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par une juridiction (article [L. 213-1](#) du CJA).

Comme pour la conciliation, la partie qui n'en est pas à l'origine peut refuser la demande de médiation émise par l'autre. Les parties peuvent désigner elles-mêmes le tiers médiateur qui leur convient. Elles peuvent aussi demander, en dehors de toute procédure juridictionnelle, au juge administratif (médiation à l'initiative des parties) de procéder à cette désignation (article [L. 213-5](#) du CJA). Dans ces cas, la médiation est dite **conventionnelle**.

La médiation peut enfin être déclenchée à l'initiative du juge sur le fondement de l'article [L. 213-7](#) du CJA lorsqu'il est saisi d'un litige, après avoir obtenu l'accord des parties. Il s'agit alors d'une médiation **juridictionnelle**.

Parmi les organismes de médiation, le CCP cite notamment le **Médiateur des entreprises**. Il précise que le Médiateur des entreprises (articles [L. 2197-4](#) et [R. 2197-23](#) à [R. 2197-24](#) du CCP) agit sans pouvoir décisionnel, comme tierce partie, afin d'aider les parties qui en ont exprimé la volonté à trouver une solution mutuellement acceptable à leur différend.

Pour remplir sa mission d'intérêt général de développer les modes amiables de règlement des litiges, corollaire d'une bonne administration de la justice¹⁰, le Médiateur des entreprises dispose d'un réseau de médiateurs nationaux délégués et de médiateurs régionaux délégués. Ces médiateurs traitent les demandes de médiation qu'il leur confie.

Ce service est gratuit et s'adresse à tous les acheteurs publics et à toutes les entreprises, quelles que soient leurs ressources.

De nombreux médiateurs peuvent intervenir dans le cadre de la commande publique, notamment :

- des médiateurs professionnels libéraux, éventuellement affiliés à une association exerçant une activité de médiation à titre gratuit ou onéreux. Les avocats ou les commissaires de justice peuvent également intervenir comme médiateurs dans les dossiers dont ils sont saisis ;
- des médiateurs internes au sein des structures publiques ou privées dotées d'un ou plusieurs services achats proposant un service de médiation gratuit à leurs fournisseurs ;
- des médiateurs désignés parmi les membres des juridictions administratives, ou des personnes extérieures à celles-ci, par leurs présidents ou leurs délégués (articles [L. 213-5](#), [L. 213-7](#) et [L. 213-8](#) du CJA) ;
- des experts médiateurs (article [R. 621-1](#) du CJA¹¹).

¹⁰ CE, 17 mars 2017, M. A... et Ordre des avocats de Paris, [n° 403768](#).

¹¹ « 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 son rapport

Le médiateur accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence. Et, sauf accord contraire des parties ou exceptions, la médiation est soumise au principe de confidentialité (article [L. 213-2](#) du CJA).

Aussi, quel qu'il soit, le médiateur respecte les principes liés à la qualité de tiers, énoncés au II.1. du présent guide. Afin de s'en assurer, il est conseillé aux acheteurs, avant d'accepter de rentrer en médiation, de demander la communication des principes d'actions que le médiateur pressenti met en œuvre dans la conduite de ses médiations (processus structuré) et ses principes déontologiques¹², et qui peuvent être formalisés dans une convention de médiation.



Important

Le parcours national des achats responsables ([Charte et Label « Relations fournisseurs et achats responsables »](#) porté par le Médiateur des entreprises et le Conseil National des Achats) prévoit la nomination d'un médiateur interne.

Le médiateur interne au travers des médiations qu'il traite peut inciter les services achats à questionner leur processus et prendre, le cas échéant, des mesures d'ajustement participant à l'amélioration de la qualité de l'achat public.

d'expertise sans pouvoir faire état, sauf accord des parties, des constatations et déclarations ayant eu lieu durant la médiation. »

¹² [Code national de déontologie du médiateur](#), rédigé par le rassemblement des organisations de la médiation présenté à l'Assemblée nationale le 5 février 2009 et [charte éthique des médiateurs dans les litiges administratifs](#), Conseil d'État, 13 décembre 2017.

II. Principes généraux communs aux MARD

1. Les principes qui régissent le tiers (médiateur et conciliateur)

Les parties veillent à la qualité des organismes auxquels elles confient les tentatives de résolution de leurs différends.

Les MARD font intervenir un tiers, conciliateur ou médiateur, tenu par les principes suivants :

- **l'impartialité** qui lui impose de ne pas prendre parti et de ne privilégier aucun point de vue sur un autre ;
- **l'indépendance** : la qualité de tiers oblige les médiateurs à conduire les médiations dans des conditions qui excluent toute influence extérieure et situations de conflit d'intérêts. Concernant les conciliateurs, leurs avis ne sont ni orientés, ni influencés par des considérations externes aux demandes des parties. A cet égard, par exemple, les membres des CCRA et le rapporteur désigné ne doivent pas avoir eu à connaître antérieurement de l'affaire qui leur est soumise (article [D. 2197-19](#) du CCP) ;
- **la compétence** que le tiers médiateur ou conciliateur justifie, au minimum, par une formation initiale ou une expérience adaptée au mode de règlement qu'il pratique et une qualification dans le domaine où se localise le litige (article [R. 213-3](#) du CJA). Il peut également justifier d'une formation continue ;
- **la diligence** : gérer le dispositif de MARD avec soin, mettre en œuvre efficacement les techniques et méthodes requises par le type de MARD concerné, avec célérité, et conduire la tentative de règlement du différend jusqu'à son terme ;
- la médiation est soumise au principe de **confidentialité**, sauf accord contraire des parties ou exceptions prévues par la loi (présence de raisons impérieuses d'ordre public, nécessité pour mise en œuvre de l'accord...) : 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 (article [L. 213-2](#) du CJA). Le médiateur s'y engage par écrit au même titre que les parties ;
- **la neutralité** concerne principalement le tiers médiateur en ce que son rôle est d'aider les parties dans la recherche d'un compromis sans donner d'avis. Néanmoins, il peut verser au débat des pistes de solutions sur lesquelles les parties peuvent échanger ;
- tiers médiateur ou conciliateur sont tenus au respect du principe de **transparence** dans la détermination de leur champ de compétence, sur les principes d'action et sur les effets du dispositif qu'ils mettent en œuvre ;
- le médiateur n'est tenu par aucun engagement de résultat, mais doit faire « **diligence** ».

2. Les principes de fonctionnement des MARD

Les MARD qui font intervenir un conciliateur ou un médiateur fonctionnent selon les principes suivants :

- **gratuit ou peu onéreux** (honoraires des médiateurs ou des conciliateurs professionnels). Le coût est, sous certaines conditions, pris en charge par l'aide juridictionnelle en cas de médiation proposée par le juge (article [L. 213-8](#) du CJA). Certains contrats d'assurance comportent une clause de « *protection juridictionnelle* » intégrant les MARD ;
- **possibilité de conseil** : les parties ont la possibilité d'être accompagnées par leurs conseils, avocats notamment ;

- **rapidité** des délais, permettant de satisfaire aux impératifs du « *temps court des affaires* » auxquels sont soumis les entreprises attributaires et d'éviter de mobiliser trop longtemps les services achats et juridiques de l'acheteur ;
- **souplesse** de fonctionnement à des degrés divers suivant le type de MARD ;
- conduite attendue des parties pendant le déroulement de ces MARD :
 - **la loyauté** : ne pas utiliser d'astuces de procédure ou juridiques permettant de s'émanciper des erreurs commises. Chacune des parties a un devoir de s'acquitter loyalement de ses obligations sans chercher à dissimuler des faits ou des règles juridiques impactant la solution,
 - **la bonne foi** : l'administration a en charge et sert l'intérêt général, elle ne saurait donc chercher par principe à obtenir des avantages injustifiés de la part d'un partenaire mal informé ou dépourvu de tout service juridique et inversement le titulaire ne peut exiger de l'administration l'octroi d'une libéralité,
 - **la bonne volonté** en vertu de laquelle les parties se mettent en posture d'ouverture et non en posture défensive,
 - le respect de l'engagement de **confidentialité** pris et signé par les parties et leurs conseils éventuels au moment de l'ouverture de la médiation ;
- **analyse** en profondeur des circonstances de droit et de fait pouvant faire apparaître notamment des problématiques très techniques (rôle de l'expertise via éventuellement un référé expertise) ;
- les solutions issues des MARD s'inscrivent dans le **respect de la réglementation** en vigueur et de bonne administration. Sur ce point, il convient de rappeler que les MARD peuvent donner lieu à des accords indemnitaires, soumis aux règles de la commande publique quand ils ont le caractère d'une modification d'un contrat de la commande publique, ainsi qu'aux règles de gestion des finances publiques¹³, mais qui n'effacent pas la responsabilité pénale liée aux irrégularités commises par l'administration et le titulaire et dont ils ne sont qu'une voie pour obtenir la réparation pécuniaire ;
- la place de l'équité dans l'analyse et la solution proposée :
 - les MARD traitent les différends au regard du droit, mais aussi de **l'équité**,
 - il ne s'agit pas d'appliquer une règle sur mesure, mais de l'appliquer avec mesure en tenant compte du contexte propre à chaque situation (exemple : pour les pénalités, du préjudice réel subi par l'administration...), lorsque l'application stricte du contrat produit des effets disproportionnés ou manifestement injustes, mais aussi de tous les efforts (au-delà de la normale) de l'autre partie pour tenir son obligation, des conséquences de la décision contestée sur la situation financière du partenaire, de sa fragilité structurelle (PME, TPE).
- **l'accord de toutes les parties sur la solution est indispensable ;**
- **les effets juridiques sur les délais du recours contentieux¹⁴ et les prescriptions :**
 - **s'agissant de la médiation**, « *Les délais de recours contentieux sont interrompus et les prescriptions sont suspendues à compter du jour où, après la survenance d'un différend, les parties conviennent de recourir à la médiation ou, à défaut d'écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation. Ils recommencent à courir à compter de la date à laquelle soit l'une des parties ou les deux, soit le médiateur déclarent que la médiation est terminée.* [La clôture d'une médiation fait l'objet d'une notification formelle aux parties par le médiateur, qui acte la reprise des délais de prescription et de recours contentieux.] *Ces délais de prescription recommencent à courir pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois* » (article. [L. 213-6](#) du CJA). Il est précisé que le délai de recours contentieux ne pourra être à nouveau interrompu par l'exercice d'un recours

¹³ Cf. Interdiction des libéralités rappelée dans le volet indemnité d'imprévision de l'avis du Conseil d'Etat relatif aux possibilités de modification du prix ou des tarifs des contrats de la commande publique et aux conditions d'application de la théorie de l'imprévision (CE, Ass., 15 septembre 2022, [n° 405540](#)).

¹⁴ Le délai de recours contentieux est la période pendant laquelle le requérant peut exercer son droit à saisir une juridiction administrative d'un différend, sans être forclus. Les différents délais sont exposés dans le nota infra.

gracieux ou hiérarchique, sauf s'il constitue un préalable obligatoire à l'exercice d'un recours contentieux (article [R. 213-4](#) du CJA).

Le code de la commande publique prévoit que la saisine du Médiateur des entreprises suspend le cours des différentes prescriptions (article [L. 2197-4](#) du CCP) et interrompt les délais de recours contentieux pour les marchés qui sont des contrats administratifs (article [R. 2197-24](#) du CCP) ;

- **s'agissant de la conciliation**, la saisine d'un CCRA suspend également le cours des différentes prescriptions (article [L. 2197-3](#) du CCP) et interrompt les délais de recours contentieux pour les marchés qui sont des contrats administratifs jusqu'à la notification de la décision prise par l'acheteur sur l'avis du comité (article [R. 2197-16](#) du CCP).

En outre, s'il y est fait référence, les CCAG précisent que la saisine d'un conciliateur ou d'un médiateur interrompt les délais de recours contentieux jusqu'à la notification de la décision prise après conciliation ou médiation ou de la constatation par le conciliateur ou le médiateur de l'échec de sa mission. Cette référence peut être utile si les parties souhaitent recourir à un conciliateur autre qu'un CCRA.

A noter, cependant, que le recours aux MARD n'est pas de nature à interrompre le délai de deux mois, imparti au demandeur pour introduire un recours de plein contentieux tendant à la reprise des relations contractuelles¹⁵.

Nota : Lorsque le marché objet du différend fait référence à un CCAG, la décision implicite ou explicite de rejet consécutive au recours administratif, porté par le mémoire en réclamation, peut faire l'objet d'un recours contentieux dans le délai deux mois à compter de la notification de la décision prise par l'acheteur ou de la naissance de la décision implicite de rejet, sous peine de forclusion. Les CCAG-Travaux et MOE fixent ce délai de recours à six mois à compter de la notification de la décision prise par le maître d'ouvrage sur le mémoire en réclamation ou à compter de sa décision implicite de rejet. Les CCAG rendent donc la réclamation préalable obligatoire si l'attributaire souhaite pouvoir saisir ensuite la juridiction administrative. Les dispositions des CCAG rendent également la mise en œuvre obligatoire de ce recours administratif préalable avant le déclenchement des autres MARD.

¹⁵ CE, 12 avril 2022, Société Agence d'architecture Frédéric Nicolas, [n° 452601](#) ; CE, Section, 21 mars 2011, Commune de Béziers, [n° 304806](#) ; CE, 30 mai 2012, SARL Promotion de la restauration touristique (PRORESTO), [n° 357151](#).

III. Principes d'actions propres à chacun des MARD

1. Le mémoire en réclamation

1.1. Le mémoire en réclamation prévu par les CCAG

Ce mémoire permet au titulaire de présenter à l'acheteur les arguments de droit et de fait qui fondent sa réclamation.

Il prend la forme d'une réclamation écrite. Dans son mémoire, le titulaire expose, en conformité avec la jurisprudence administrative¹⁶, les motifs précis de son désaccord et, le cas échéant, pour chaque chef de contestation, le montant des sommes réclamées en les justifiant.

Le cas des CCAG autres que les CCAG-Travaux et MOE

Ce mémoire doit être communiqué à l'acheteur dans le délai de deux mois courant à compter du jour où le différend est apparu.

Le délai de communication du mémoire en réclamation est prescrit à peine de forclusion.

L'acheteur dispose d'un délai de deux mois courant à compter de la réception du mémoire en réclamation pour notifier sa décision. L'absence de décision dans ce délai vaut rejet de la réclamation.

Le cas des CCAG-Travaux et MOE

Ce mémoire est notifié au maître d'ouvrage et adressé en copie au maître d'œuvre.

Si la réclamation porte sur le décompte général du marché, ce mémoire est transmis dans le délai de trente jours à compter de la notification du décompte général.

Le délai de communication du mémoire en réclamation est là aussi prescrit à peine de forclusion.

Le mémoire reprend, sous peine de forclusion, les réclamations formulées antérieurement à la notification du décompte général et qui n'ont pas fait l'objet d'un règlement définitif.

Après avis du maître d'œuvre, le maître d'ouvrage notifie au titulaire sa décision motivée dans un délai de trente jours à compter de la date de réception du mémoire en réclamation.

L'absence de notification d'une décision dans ce délai équivaut à un rejet de la demande du titulaire.

Avant de prendre sa décision définitive en réponse au mémoire en réclamation, l'acheteur est incité à entreprendre soit, à son initiative, soit, à la demande du titulaire, une démarche d'écoute et de dialogue au cours d'une rencontre avec le titulaire. Cette rencontre peut, en effet, faciliter une meilleure compréhension des positions respectives des parties et favoriser une solution amiable et rapide.

¹⁶ CE, 3 octobre 2012, Société Valterra et Société Champagne épandage, [n° 349281](#) ; CE, 26 avril 2018, Communauté d'agglomération Toulon Provence Méditerranée, [n° 407898](#).

1.2. Le cas des contrats ne faisant pas référence à un CCAG

La réclamation doit respecter le formalisme précisé aux articles [L. 410-1](#) à [L. 412-8](#) du CRPA pour les recours administratifs (gracieux ou hiérarchique). Ainsi la réclamation introduite doit être initiée dans le délai imparti pour l'introduction d'un recours contentieux. Une obligation de motivation est imposée pour la décision rejetant ce recours (si la décision en cause était soumise à obligation de motivation) ou pour la décision faisant droit à ce recours administratif lorsqu'il concerne une décision administrative défavorable ou dérogeant aux règles générales fixées par la loi ou le règlement.

2. La conciliation

L'acheteur ou le titulaire peut, en cas de litige, faire appel à un tiers conciliateur, dont un CCRA.

Le conciliateur auditionne les parties et, le cas échéant, des tiers choisis par elles ou toute personne dont il juge l'audition utile.

Il procède à une instruction des pièces que les parties lui communiquent et propose une solution en vue de résoudre leur différend sous la forme d'un avis qu'elles sont libres de suivre ou non.

L'exemple des comités consultatifs de règlement amiable des différends (CCRA)

L'ensemble des informations utiles concernant la saisine et le fonctionnement des CCRA est disponible sur le site Internet de la direction des affaires juridiques du ministère chargé de l'économie à l'adresse : <https://www.economie.gouv.fr/daj/reglement-amiable-des-differends>.

La répartition des compétences entre le comité national et les comités locaux

Le comité national (CCNRA) connaît des différends relatifs aux marchés passés par :

- les services centraux de l'Etat ;
- les services et organismes à compétence nationale lorsque les marchés en cause couvrent des besoins qui excèdent la circonscription d'un seul comité local.

Les comités locaux (CCIRA) connaissent des différends relatifs aux marchés passés par :

- les collectivités territoriales, leurs groupements ou leurs établissements publics ;
- les services déconcentrés de l'Etat ;
- les services et organismes à compétence nationale lorsque les marchés en cause couvrent des besoins limités à la circonscription de compétence du comité local ;
- les entreprises publiques au sens de l'article [L. 1211-1](#) du CCP et les entités adjudicatrices au sens de son article [L. 1212-1](#).

Lorsqu'un comité local est saisi d'un différend relatif à un marché couvrant des besoins excédant sa circonscription de compétence, son président transmet la saisine au président du comité national qui attribue l'examen de l'affaire à un comité local, si cet examen ne relève pas de la compétence du comité national.

La composition du CCNRA et des CCIRA

Le comité national est composé de six membres ayant voix délibérative :

- deux magistrats, en activité ou honoraires, du Conseil d'Etat ou de la Cour des comptes, président et vice-président du comité, nommés par arrêtés du ministre chargé de l'économie pour un mandat de trois ans, renouvelable ;
- deux représentants de l'Etat, en activité ou en retraite, exerçant ou ayant exercé dans le département ministériel intéressé par l'affaire soumise au comité, qui sont choisis par le président du comité pour chaque affaire sur une liste établie par arrêté du ministre chargé de l'économie sur proposition du ministre compétent ; leur mandat est limité à trois ans, renouvelable ;
- deux représentants des entreprises appartenant au même secteur d'activité que le titulaire, désignés par les organisations professionnelles les plus représentatives du secteur pour chaque affaire ; la liste des organisations professionnelles est établie par arrêté du ministre chargé de l'économie.

Un représentant de la direction générale des finances publiques peut siéger aux séances avec voix consultative.

Chaque comité local est composé de six membres ayant voix délibérative :

- deux magistrats, en activité ou honoraires, des juridictions administratives ou des juridictions financières, président et vice-président du comité, nommés par arrêtés du ministre chargé de l'économie pour un mandat de trois ans, renouvelable ;
- deux représentants de l'Etat, en activité ou en retraite, dont l'un au moins exerçant ou ayant exercé dans le département ministériel intéressé par l'affaire soumise au comité, qui sont choisis par le président du comité pour chaque affaire sur des listes établies par arrêté du préfet compétent ; leur mandat est limité à trois ans, renouvelable. Pour l'examen des différends relatifs aux marchés des collectivités territoriales, de leurs groupements ou de leurs établissements publics, les deux agents de l'Etat sont remplacés par deux membres ayant la qualité d'élu ou d'agent des collectivités territoriales, de leurs groupements ou établissements publics, qui sont choisis par le président du comité pour chaque affaire sur des listes établies par arrêté du préfet compétent ; leur mandat est limité à trois ans, renouvelable, sauf pour les représentants des collectivités territoriales, de leurs groupements ou de leurs établissements publics ayant la qualité d'élu, dont le mandat est limité à la durée de leurs fonctions électorales ;
- deux représentants des entreprises appartenant au même secteur d'activité que le titulaire, désignés par les organisations professionnelles les plus représentatives du secteur pour chaque affaire ; la liste des organisations professionnelles est établie, pour chaque comité local, par arrêté du préfet compétent.

Le comptable public assignataire des paiements relatifs au marché litigieux ou son représentant peut assister aux séances avec voix consultative.

Qu'il s'agisse du comité national ou des comités locaux, seuls les deux magistrats sont permanents : les autres membres changent selon le secteur d'activité afférent au litige. Les membres du comité ne doivent pas avoir eu à connaître antérieurement de l'affaire qui leur est soumise.

La procédure devant un CCRA

1. Saisine

Le comité peut être saisi par l'acheteur ou par le titulaire du marché. La saisine est faite par une note détaillée exposant les motifs du différend et, le cas échéant, la nature et le montant des réclamations formulées. Cette note est accompagnée des pièces contractuelles du marché

et de toutes correspondances relatives au différend. Elle est adressée au comité par lettre recommandée avec demande d'avis de réception postal ou déposée contre récépissé au secrétariat du comité. La saisine, comme l'ensemble de la procédure devant un CCRA, est gratuite, à l'exception des frais d'expertise, s'il en est décidé une, qui sont à la charge du demandeur lorsque le marché se réfère à un CCAG, ou dans les conditions prévues par le CJA. Le ministère d'avocat n'est pas obligatoire.

Lorsqu'il apparaît manifeste qu'une demande ne relève de la compétence d'aucun comité ou qu'elle est irrecevable sans qu'une régularisation soit possible, le président peut la rejeter par décision motivée. Il peut également donner acte des désistements en cas de survenance d'un accord amiable entre les parties au cours de l'instruction ou constater qu'il n'y a pas lieu pour le comité de rendre un avis. Il y a non-lieu lorsque l'acheteur informe le comité qu'il a donné satisfaction au titulaire (paiement direct ou transaction signée) et que le titulaire, bien qu'invité à se désister, s'abstient de le faire. Il peut également y avoir non-lieu lorsque l'acheteur répond à la saisine par un refus de principe de toute procédure de conciliation.

2. Instruction par un rapporteur

Un rapporteur est désigné par le président du comité pour instruire l'affaire. Il est choisi, en fonction de l'objet du marché concerné, parmi une liste de fonctionnaires et de magistrats de l'ordre administratif, en activité ou en retraite.

Comme les autres membres du comité, le rapporteur ne doit pas avoir eu à connaître antérieurement de l'affaire dont il est chargé.

Le rapporteur instruit l'affaire et rédige un rapport et un projet d'avis dans le délai fixé par le président. Il a accès à tous les documents administratifs et peut interroger les parties, oralement ou par écrit, et se déplacer, si le traitement de l'affaire l'exige, sur autorisation du président du comité. Son rapport est diffusé aux membres du comité, et généralement aux parties, avant la séance.

Le comité doit notifier son avis dans les six mois à compter de la saisine. Ce délai peut être prolongé par période d'un mois dans la limite d'une durée de trois mois, lorsque que des difficultés particulières d'instruction du dossier le justifient. Le président fixe la date de la séance du comité à l'issue de l'instruction.

3. Séance

Le quorum pour l'audition des parties et le délibéré est atteint lorsqu'au moins trois des membres du comité à voix délibérative sont présents, dont au moins le président ou le vice-président, un représentant de l'administration et un représentant des entreprises.

En séance, qui se déroule à huis clos devant le comité, et en présence des parties, le rapporteur expose oralement son rapport, et les parties, éventuellement assistées ou représentées par toute personne de leur choix, ainsi que toute personne dont l'audition est jugée utile par le président, s'expriment pendant le débat qui suit, en répondant notamment aux questions que leur posent les membres du comité pour forger leur avis.

4. Avis

Compte tenu de leurs compétences contentieuses, administratives, financières, économiques et techniques, la synthèse des positions des différents membres du comité contribue à la

qualité de la solution proposée aux parties, qui doit être juridiquement acceptable, techniquement logique et financièrement justifiée.

Cette solution est exprimée dans un avis écrit et motivé, qui procède d'un délibéré secret immédiatement postérieur à la séance. Les questions sont résolues à la majorité des voix, le président de la séance disposant d'une voix prépondérante, en cas de partage égal des voix des membres à voix délibérative.

Le comité notifie son avis à l'acheteur ainsi qu'au titulaire du marché, en principe dans le délai de six mois à compter de la saisine, en invitant l'acheteur à notifier rapidement sa décision au titulaire et au secrétaire du comité.

Si le titulaire est satisfait de la décision prise par l'acheteur sur l'avis, les parties pourront entériner l'accord sous la forme qu'elles souhaitent, notamment par une transaction. Dans le cas contraire, le titulaire, ou l'acheteur lorsqu'il est à l'origine de la saisine, est libre de saisir le juge, sachant que l'interruption des délais de recours contentieux et la suspension du cours des différentes prescriptions prennent fin à compter de la notification de la décision expresse prise par l'acheteur sur l'avis du comité. (Cf. fin du point II.2.)

La confidentialité de l'avis est relative étant donné que la décision de l'acheteur est a priori communicable et que son contenu pourra révéler dans une certaine mesure l'avis du comité.

3. La médiation

La médiation met en œuvre un **processus** et non une procédure écrite, afin de préserver l'essence même de la médiation, c'est-à-dire, sa souplesse.

Elle procède de quatre principes importants :

- elle requiert l'**adhésion** expresse des parties aux principes d'action qu'elle met en œuvre ;
- le principe de **confidentialité** s'applique strictement. Conformément aux dispositions de l'article [L. 213-2](#) du 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.* »
Cet engagement est illimité dans le temps, sauf accord contraire des parties ou exceptions prévues par la loi, notamment, en présence de raisons impérieuses d'ordre public ou 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, par exemple, en cas de nécessité d'une décision de l'assemblée délibérante pour autoriser la signature de l'accord par l'autorité exécutive ou de demande d'homologation de l'accord par le tribunal compétent.
Les parties s'interdisent également dans une procédure juridictionnelle ou arbitrale qui ferait suite à la médiation de faire citer le médiateur comme témoin ou sachant ;
- **il n'est pas fait application du principe du contradictoire.** Plus précisément, le médiateur ne peut pas communiquer à l'une des parties les pièces, arguments ou éléments d'information qui lui ont été transmis par l'autre partie sans avoir obtenu préalablement l'autorisation de cette dernière ;
- le médiateur ne rend aucun avis, décision ou jugement : il est **un tiers aidant**. Il n'instruit pas l'affaire pour ensuite proposer une solution. Il crée les conditions pour que les parties soient mises en position de rechercher et trouver une solution qui leur convienne. Cependant, dans le cadre de sa mission d'aide, il ne lui est pas interdit de verser au débat des propositions, compte tenu de l'exigence posée par le CJA (article [R. 213-3](#)) qu'il possède une qualification dans le domaine où se localise le litige.

Les médiateurs peuvent être saisis directement par l'une des parties à un marché public ou contrat de concession, qu'elle soit titulaire ou acheteur (article [L. 213-5](#) du CJA).

Le juge administratif dispose également de cette possibilité en accord avec les deux parties, soit en cours d'instance (article [L. 213-7](#) du CJA), soit avant toute instance sur demande des parties de désigner un médiateur (article [L. 213-5](#) du CJA).

Enfin, cette saisine est également possible par toutes entreprises en lien avec l'exécution de ces contrats (sous-traitants ou fournisseurs).

Les informations nécessaires au déroulement de la médiation proposée figurent en général sur le site internet du médiateur concerné.

L'exemple du Médiateur des entreprises

En matière de commande publique, le Médiateur des entreprises est compétent pour connaître des différends concernant l'exécution des marchés (article [R. 2197-23](#) du CCP).

a) Modalités de saisine

La saisine directe du Médiateur des entreprises s'effectue par une demande sur son site internet qui explicite les conditions d'éligibilité et de prise en charge des demandes : www.mediateur-des-entreprises.fr.

Dans les jours suivants la saisine, le Médiateur des entreprises prend contact avec le demandeur, analyse sa demande et rappelle les principes de la médiation.

Les saisines éligibles sont prises en charge par un médiateur délégué national ou local qui prend contact avec la partie sollicitée en médiation. Il revient fréquemment au médiateur saisi de mener un exercice de conviction pour inciter la partie sollicitée à y participer. Si la médiation est « acceptée » par la partie sollicitée, elle est formellement ouverte.

b) Le déroulement

Les réunions de médiation se déroulent en commun accord en présentiel ou en visioconférence ou encore en conférence téléphonique.

Le médiateur veille à ce que lors de la (ou des) réunion(s) de médiation :

- les engagements de confidentialité soient signés et transmis ;
- le cadre de la médiation soit bien compris et accepté ;
- chacune des parties s'exprime de bonne foi ;
- le dialogue se déroule de façon courtoise ;
- le constat sur le désaccord soit partagé par tous ;
- les entretiens bilatéraux puissent, le cas échéant, être demandés et mis en œuvre ;
- les solutions possibles puissent être envisagées et discutées ;
- la solution retenue appartient aux seules parties sans que le médiateur ait à rédiger ou signer un avis, un compte rendu ou un protocole d'accord ;
- la médiation puisse être librement interrompue par l'une ou l'autre des parties ou par le médiateur.



Important

L'annexe I synthétise le déroulement de la procédure d'une conciliation devant le CCRA et d'une médiation auprès du Médiateur des entreprises.

IV. Les issues possibles des MARD

1. En cas d'accord

L'accord issu d'un MARD n'a pas à être nécessairement formalisé par un écrit, même si cela est fortement recommandé en termes de sécurité juridique.

Nota : Les CCRA produisent un avis écrit qui doit ensuite être accepté et mis en œuvre en tout ou partie par les parties, si elles souhaitent s'y conformer.

Il faut distinguer :

- l'« accord simple » (articles [1103](#) et suivants du code civil : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits » et « doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. »), tel un protocole d'accord, qui pourra prévoir que soit pris une décision unilatérale de l'administration, un avenant¹⁷ ou une transaction¹⁸ pour mettre fin au différend et ;
- la « transaction »¹⁹ qui est un « contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître » (articles [2044](#) et suivants du code civil), à laquelle peut être assimilé l'avenant transactionnel, qui modifie le contrat pour tenir compte de la solution dégagée par le MARD, et comprend une clause de désistement d'instance ou d'action et de renonciation à recours contentieux.

Ces deux types d'accord répondent à des conditions différentes en termes de forme, de contenu et de preuve et, par conséquent, de contestation en cas d'inexécution et d'homologation.

La formalisation par un protocole (ou un relevé de décision) à la rédaction duquel le tiers conciliateur ou médiateur peut collaborer sans jamais être partie prenante ou signataire, permet de s'assurer que les termes, la portée et les conséquences sont bien compris, partagés et acceptés par les parties. L'écrit, daté, n'est donc pas une condition de validité de l'accord mais il peut servir de preuve.

Il permet également de traiter ses effets sur la procédure contentieuse en cours ou à naître (renonciation à recours ou désistement d'instance ou d'action). Il ne vaut pas, par nature et à lui seul, désistement d'instance et d'action (MARD à l'initiative du juge) ou renonciation à un recours (MARD à l'initiative des parties dans un cadre conventionnel).

En conséquence, le protocole d'accord précisera utilement les effets sur la procédure contentieuse et en particulier identifiera les éléments sur lesquels l'intervention du juge est encore requise. En effet, l'accord peut n'être que partiel.

¹⁷ Les modifications unilatérales et les avenants issus des MARD ne doivent pas procéder à une modification substantielle du contrat, c'est-à-dire, sur des points qui, s'ils avaient été intégrés dès sa passation, auraient pu conduire à retenir une autre offre ou à admettre d'autres soumissionnaires (CJCE, 19 juin 2008, Preetext Nachrichtenagentur GmbH, [C-454/06](#) ; CJUE, 13 avril 2010, Wall AG, [C-91/08](#)).

¹⁸ Une transaction peut être la concrétisation d'un accord de médiation (CAA Bordeaux, 30 décembre 2019, Bordeaux Métropole, [n° 19BX03235](#)).

¹⁹ Une transaction ne peut pas avoir pour objet de modifier substantiellement un contrat de la commande publique (CJUE, 7 septembre 2016, Finn Frogne A/S, [C-549/14](#)).

Il a force obligatoire. En cas de défaillance d'une des parties, il sera possible de saisir le juge administratif sur le fondement de la responsabilité contractuelle. Il n'obtiendra force exécutoire que s'il est homologué par le juge, l'intérêt de la force exécutoire étant de pouvoir contraindre la partie qui refuse d'exécuter l'accord à le faire.

S'il y a lieu, l'accord peut mentionner :

- les modalités de son exécution : délais... ;
- des conditions suspensives (aval d'une assemblée délibérante...), des échéances de paiement, voire des sanctions en cas d'inexécution : astreintes, pénalités... ;
- une clause de renonciation à recours ;
- qu'il puisse être soumis à l'homologation du juge.

1.1. Protocole sans transaction

Lorsque le marché permet de prendre les actes juridiques nécessaires à l'exécution de l'accord, telle la passation d'un avenant ou l'émission d'une décision administrative unilatérale (d'exonération de pénalités, de réduction d'une réfaction ou autres), l'accord formalisé par le protocole doit systématiquement prévoir la mise en œuvre de ces actes juridiques **sans passer par une transaction** qui, dans ces hypothèses, n'est pas appropriée.

En effet, la transaction ne peut avoir qu'un caractère subsidiaire. Ce n'est que dans le cas où la difficulté survenue dans l'exécution du marché ne trouve pas sa réponse dans les autres clauses contractuelles qu'il peut y être recouru.

Dans le cadre de cet accord sans transaction, des concessions réciproques ne sont pas exigées.

Il devra cependant répondre aux conditions suivantes :

- avoir été consenti par les parties ;
- être licite ;
- ne pas porter atteinte à des droits dont les parties n'ont pas la libre disposition ;
- ne pas contenir de libéralités ;
- ne pas méconnaître d'autres règles d'ordre public.

S'il a force obligatoire entre les parties (autorité de la chose décidée), il ne revêt ni l'autorité de la chose jugée, ni force exécutoire, que seule l'homologation peut lui procurer.

1.2. Protocole avec transaction

Lorsque l'exécution de l'accord nécessite la passation d'une transaction, le protocole la prévoit et en fixe les dispositions en prenant en compte les concessions réciproques et équilibrées retenues par les parties.

L'article [L. 423-1](#) du CRPA dispose qu'« *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.* »

Elle vaut désistement d'instance et d'action ou renonciation à recours contentieux (article [2052](#) du code civil). Elle doit néanmoins prévoir une formule de renonciation à tout recours ultérieur portant sur les mêmes faits et de désistement si un contentieux est en cours.

La transaction concerne essentiellement l'indemnisation de prestations exécutées en l'absence de contrat valide (annulation du marché, prestations exécutées sans contrat...).

Effets de la transaction :

- **Effet extinctif**

L'article [2052](#) du code civil disposant que « *la transaction fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet* », elle vaut désistement et renonciation à recours.

Cependant, si la transaction ne précise pas clairement le différend qu'elle entend éteindre, il ne sera en principe pas possible de s'opposer à un éventuel recours de l'autre partie. De même, l'irrecevabilité du recours de l'une des parties ne peut pas être opposée s'il concerne des chefs de préjudice qui ne sont pas couverts par la transaction.

- **Effet relatif**

Une transaction n'a en principe, comme tout contrat, d'effet qu'entre les parties. L'article [2051](#) du code civil disposant que « *la transaction faite par l'un des intéressés ne lie point les autres intéressés et ne peut être opposée par eux* », celle-ci n'est pas opposable aux tiers, ni opposable par eux. Ainsi, un tiers ayant un intérêt pour agir pourra contester par recours pour excès de pouvoir la décision de l'administration concluant une transaction.

Par ailleurs, une transaction peut, comme tout contrat administratif, faire l'objet, à la demande d'un tiers, d'une demande d'annulation par le juge administratif de plein contentieux²⁰. Cependant, cette annulation ne sera prononcée par le juge que dans le cas d'irrégularités particulièrement graves concernant son contenu ou les conditions de sa conclusion²¹. Le juge pourra à cet égard décider de maintenir la transaction en raison d'impératifs d'intérêt général.



Important

L'annexe II détaille les évolutions, précisions et rappels des conditions d'application de la [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](#) qui reste applicable.

L'annexe III propose un modèle de protocole d'accord transactionnel / protocole d'accord de médiation.

1.3. L'homologation des accords issus des MARD par le juge administratif

La juridiction administrative peut, dans tous les cas où un processus de MARD prévu ci-dessus a été engagé, homologuer et donner force exécutoire²² aux accords qui en sont issus. Cette demande d'homologation peut valablement être adressée au juge par une seule des parties.

²⁰ CE, Ass., 4 avril 2014, Département de Tarn-et-Garonne, [n° 358994](#), dont la décision CAA Douai, 27 février 2020, Communauté d'agglomération de Lens-Liévin et Société Territoires 62, [n° 18DA02505](#), puis la décision CE, 18 mai 2021, Communauté d'agglomération de Lens-Liévin et Société Territoires 62, [n° 443153](#), ont confirmé l'application aux contrats de transaction.

²¹ CE, Ass., 28 décembre 2009, Commune de Béziers, [n° 304802](#).

²² Fait de pouvoir être mis à exécution, si besoin, par le recours aux voies d'exécution forcée prévues par le CJA.

« Une transaction est, en principe, un contrat de nature civile et son homologation comme les litiges nés de son exécution relèvent de la compétence de la juridiction judiciaire, hormis le cas où elle a pour objet le règlement ou la prévention de différends pour le jugement desquels la juridiction administrative est principalement compétente »²³. Tel est le cas d'une « transaction ayant pour objet de mettre fin à un litige relatif à l'exécution d'un contrat administratif »²⁴.

L'article [L. 213-4](#) du CJA, issu de la [loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle](#), a consacré le pouvoir d'homologation du juge administratif en disposant que « saisie de conclusions en ce sens, la juridiction peut, dans tous les cas où un processus de médiation a été engagé en application du présent chapitre [La médiation], homologuer et donner force exécutoire à l'accord issu de la médiation. » Jusque-là seulement recevable dans certains cas, la procédure d'homologation a été généralisée par cette disposition.

Lorsque la transaction n'a pas pour objet de mettre fin à un différend dont il est déjà saisi, le juge admet cependant la recevabilité de la demande d'homologation « dans l'intérêt général, lorsque la conclusion d'une transaction vise à remédier à une situation telle que celle créée par une annulation ou la constatation d'une illégalité qui ne peuvent donner lieu à régularisation, ou lorsque son exécution se heurte à des difficultés particulières. Tel peut notamment être le cas en matière de marchés publics et de délégations de service public. »²⁵ Dans les autres cas, la transaction ayant l'autorité de chose jugée entre les parties et étant exécutoire de plein droit, la demande d'homologation portée devant le juge hors de toute instance est dépourvue d'objet et par suite irrecevable.

L'homologation par le juge de l'accord trouvé est possible aussi bien pour un protocole d'accord que pour une transaction, après vérification par le juge, au besoin d'office, que l'accord est :

- effectivement consenti par les parties²⁶, qui doivent en outre avoir la capacité de transiger ;
- effectivement conclu (le cas échéant, approuvé par l'autorité délibérante et transmis au contrôle de légalité) ;
- de nature à mettre au moins partiellement un terme au différend ;
- licite dans son objet ;
- de nature à ne pas constituer une libéralité de la part de la collectivité publique (les sommes que l'administration s'est engagée à verser doivent être justifiées) ;
- conforme à l'ordre public ;
- dépourvu de doute sérieux quant au respect des autres conditions de formation de l'accord ou qu'il n'y a pas d'irrégularité manifeste.

Le juge administratif vérifie en effet, à l'occasion d'une demande d'homologation des parties²⁷ ou dans le cadre d'un recours contentieux introduit par un tiers intéressé en contestation de la validité d'un accord qualifiable de transaction²⁸, « que les parties consentent effectivement à

²³ TC, 7 février 2022, SARL Guyacom contre Société publique locale pour l'aménagement numérique de la Guyane, [n° C4233](#).

²⁴ CAA Douai, 27 février 2020, Communauté d'agglomération de Lens-Liévin et Société Territoires 62, [n° 18DA02505](#).

²⁵ CE, Ass., Avis, 6 décembre 2002, Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de L'Haÿ-les-Roses, [n° 249153](#).

²⁶ Le consentement des parties à une transaction peut être établi devant le juge par tout élément. Il peut résulter de l'envoi par une partie d'un protocole de transaction que signe seule l'autre partie (CE, 10 février 2014, SA Gecina, [n° 350265](#)).

²⁷ CE, Ass., 11 juillet 2008, Société Krupp Hazemag, [n° 287354](#).

²⁸ Pour une contestation par des élus locaux d'un contrat de transaction dans le cadre d'un recours dit « Tarn-et-Garonne » : CE, 18 mai 2021, Communauté d'agglomération de Lens-Liévin et Société Territoires 62, [n° 443153](#).

la transaction, que l'objet de cette transaction est licite, qu'elle ne constitue pas de la part de la collectivité publique intéressée une libéralité et qu'elle ne méconnaît pas d'autres règles d'ordre public »²⁹.

S'agissant des transactions, le juge vérifie en outre, conformément à l'article [L. 423-1](#) du CRPA, la réciprocité et l'équilibre des concessions³⁰. Cependant, il reconnaît une marge de manœuvre importante aux parties dans l'élaboration du compromis. En effet, les engagements ne doivent pas nécessairement être équivalents et peuvent ne pas être de même nature³¹. L'esprit devant guider la personne publique dans la négociation et la conclusion d'une transaction est de chercher à retirer un avantage de l'engagement de son cocontractant à ne pas poursuivre en justice l'exercice d'un droit, c'est-à-dire, un avantage au regard de l'intérêt général que représente la conclusion de la transaction, notamment en termes de résolution plus rapide du litige.

L'interdiction pour les personnes publiques de consentir des libéralités constitue une limite posée à leur liberté contractuelle afin de protéger les deniers publics dont elles ne sauraient disposer librement et fait obstacle à ce qu'elles contractent ou à ce que soient mises à leur charge des obligations sans contrepartie. Elle se rattache par ailleurs au principe constitutionnel d'égalité devant les charges publiques. Cette règle rejoint celle, fondée sur l'objet même de la transaction, selon laquelle les parties doivent faire des concessions réciproques, mais sa portée la dépasse puisqu'elle impose également que ces concessions ne soient pas excessivement déséquilibrées.

Par analogie avec un litige opposant un agent à son administration, il a été jugé qu'une somme accordée à titre transactionnel qui n'est pas manifestement éloignée de ce qu'un juge aurait pu accorder au contentieux en contrepartie du simple abandon de prétentions indemnitaires en justice révèle des concessions réciproques qui n'apparaissent pas manifestement déséquilibrées³².

En tout état de cause, l'interdiction pour une personne publique de consentir des libéralités s'applique à tout type de contrat. Elle recouvre tant les obligations de payer une somme sans cause ou fondement juridique que les cas où de telles obligations sont manifestement disproportionnées par rapport au préjudice réellement subi par le cocontractant alors même qu'elles seraient justifiées par une cause ou un fondement juridique³³. Pour constater l'existence ou non d'une libéralité, le juge apprécie de manière globale les indemnités négociées par les parties qui ne doivent pas être manifestement disproportionnées et ne recherche pas, si pour chaque chef de préjudice pris isolément, ces indemnités négociées sont ou non excessives³⁴. En effet, en matière transactionnelle, le Conseil d'Etat reconnaît « une

²⁹ CE, Ass., Avis, 6 décembre 2002, Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de L'Haÿ-les-Roses, [n° 249153](#).

³⁰ CE, 29 décembre 2000, M. Comparat, [n° 219918](#).

³¹ CE, Ass., 11 juillet 2008, Société Krupp Hazemag, [n° 287354](#).

³² CE, 5 juin 2019, Centre hospitalier de Sedan, [n° 412732](#).

³³ Pour l'interdiction d'ordre public pour une personne publique de payer une somme qu'elle ne doit pas : CE, 19 mars 1971, Mergui, [n° 79962](#).

³⁴ CE, 9 décembre 2016, Société Foncière Europe, [n° 391840](#). Récemment, le Conseil d'Etat a fait évoluer sa jurisprudence sur le degré de contrôle du juge sur l'interdiction pour une personne publique de consentir des libéralités dans la décision CE, 16 décembre 2022, SNC Grasse-vacances, [n° 455186](#). Le contrôle restreint à la disproportion manifeste est ainsi délaissé au profit d'un contrôle entier du caractère excessif ou non de l'indemnisation du préjudice subi par le cocontractant de l'administration. Le Conseil d'Etat n'a cependant pas formellement acté cette analyse pour les transactions puisque le litige qui lui était soumis concernait un accord indemnitaire qui n'a pas été qualifié de transactionnel eu égard notamment à l'absence de caractérisation d'un différend à traiter ou à prévenir entre les parties.

liberté certaine aux contractants permettant notamment aux collectivités publiques d'accorder des indemnités généreuses, dès lorsqu'elles ne sont pas manifestement disproportionnées »³⁵.

A cet égard, il a été jugé qu'une indemnité supérieure de 40 % par rapport aux préjudices indemnisables réellement subis était manifestement disproportionnée et, par suite, constituait une libéralité³⁶.

La jurisprudence ne permet cependant pas d'établir, de manière certaine, un pourcentage précis en-deçà duquel l'existence d'une libéralité ne serait pas caractérisée.

Le refus par le juge administratif d'homologuer une transaction, au motif que les parties n'y ont pas effectivement consentie, que son objet n'est pas licite, qu'elle constitue une libéralité, méconnaît une règle d'ordre public ou ne comporte pas d'équilibre dans les concessions réciproques, entraîne sa nullité. Avant de soumettre leur transaction à l'homologation du juge, les parties sont donc invitées à examiner son contenu de manière approfondie.

Si le juge l'homologue, la transaction revêt alors l'autorité relative de la chose jugée et bénéficie des voies d'exécution forcée prévues par le CJA.

2. En cas de désaccord

En cas de désaccord persistant sur la résolution du différend, les délais de recours contentieux et le cours des différentes prescriptions reprennent dans les conditions précitées.

³⁵ Conclusions de Thomas Pez-Lavergne, sous CE, 16 décembre 2022, SNC Grasse-vacances, [n° 455186](#).

³⁶ Dans la décision CE, 9 décembre 2016, Société Foncière Europe, [n° 391840](#), le litige portait sur une rupture unilatérale, par une personne publique, pour un motif d'intérêt général, de négociations préalables à la passation d'un contrat. Cette dernière avait consenti à indemniser son cocontractant à hauteur d'une somme globale de 750 000 euros comprenant non seulement les pertes subies pour une somme de 450 000 euros pour promesse non tenue de signer un marché correspondant aux dépenses exposées dans cette perspective mais également le manque à gagner de la société pour une somme de 300 000 euros. Or, ce dernier préjudice n'est pas indemnisable en l'espèce dès lors qu'« il n'y a jamais de droit acquis à la signature d'un contrat » (conclusions de Gilles Pellissier sous la décision CE, 9 décembre 2016, Société Foncière Europe, [n° 391840](#), qui citent en ce sens les décisions CE, 11 octobre 1985, Compagnie générale de construction téléphonique, [n° 38789](#) et CE, 10 décembre 1986, Département de la Moselle, [n° 46629](#)) et que la rupture unilatérale par la personne publique pour un motif d'intérêt général « n'est pas de nature à engager sa responsabilité pour faute ».

V. Conseils aux acheteurs pour traiter d'un différend



Important

Lorsqu'un différend survient, il convient :

- d'agir rapidement, car plus le conflit est ancien, plus les chances de règlement amiable s'amenuisent ;
- de répondre dans les délais à tous mémoires en réclamation qui leur sont adressés en donnant des arguments sur les points soulevés par le titulaire ;
- de réagir rapidement à une demande d'un médiateur ou conciliateur qui lui est adressée ;
- de proposer une médiation ou une conciliation en cas de différend portant sur des sujets indemnitaires et/ou financiers, notamment lorsqu'un titulaire de marché envisage un contentieux.

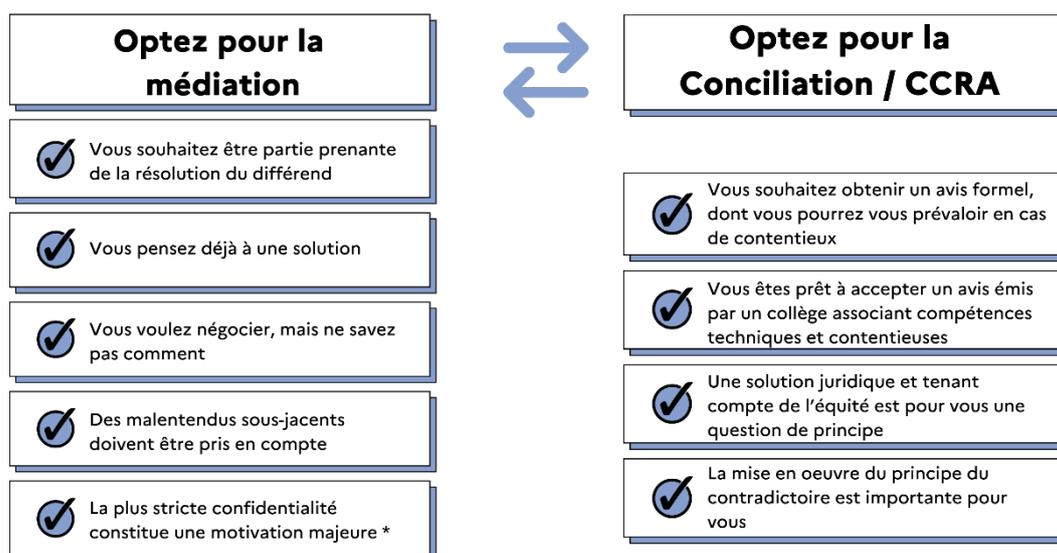
Ces recommandations ne sont données qu'à titre indicatif : la pertinence de chacun des MARD au regard du différend est fonction de chaque situation qu'il appartient aux parties, chacune pour ce qui la concerne, d'évaluer au regard de ses contraintes.

Les MARD présentent des avantages partagés : l'objectif du maintien des relations contractuelles et de confiance entre les parties, la rapidité de traitement du litige, et leur faible coût.

La distinction majeure entre médiation et conciliation réside dans le formalisme de la procédure et l'avis rendu par un tiers, en droit et en équité, au terme d'une procédure contradictoire dans le cas des CCRA.

A l'inverse, les parties conservent la pleine responsabilité de la résolution de leur différend dans l'hypothèse d'une médiation conduite par un tiers qui ne prend pas position sur le fond mais se concentre sur la qualité du dialogue mis en place pour faire émerger une solution.

Pour choisir entre la médiation et la conciliation / CCRA pour régler son différend, l'acheteur ou le titulaire peut répondre aux questions suivantes :



* cf. engagement de confidentialité signé par les parties pour toute la durée de la médiation et l'accord qui en résulte

LISTE DES SIGLES

CAA : Cour administrative d'appel

CBCM : Contrôle budgétaire et comptable ministériel

CCAG : Cahier des clauses administratives générales

CCAP : Cahier des clauses administratives particulières

CCIRA : Comité consultatif interrégional ou interdépartemental de règlement amiable des différends

CCNRA : Comité consultatif national de règlement amiable des différends

CCP : Code de la commande publique

CCRA : Comité consultatif de règlement amiable des différends

CE : Conseil d'Etat

CJA : Code de justice administrative

CJCE : Cour de justice des Communautés européennes

CJUE : Cour de justice de l'Union européenne

CMT : Comité ministériel (ou interministériel) de transaction

CRPA : Code des relations entre le public et l'administration

DAJ : Direction des Affaires juridiques du Ministère de l'Economie, des Finances et de la Souveraineté industrielle et numérique

DGD : Décompte général et définitif

MARD : Mode amiable de règlement des différends

MDE : Médiateur des entreprises

MOE : Maîtrise d'œuvre

TA : Tribunal administratif

TTC : Toutes taxes comprises

ANNEXES

Annexe I - Saisine du Médiateur des entreprises ou recours aux comités consultatifs de règlement amiable des différends (CCRA) dans le cadre de difficultés liées à l'exécution d'un contrat de la commande publique : quelles spécificités ?

Le Médiateur des entreprises et les CCRA peuvent être saisis dans le cadre de différends relatifs à l'exécution de contrats de la commande publique (uniquement pour les marchés s'agissant des CCRA). Il s'agit de deux modes amiables de règlement des différends prévus par le code de la commande publique³⁷.

[Le Médiateur des entreprises](#) et [les CCRA](#) disposent chacun d'un réseau régionalisé permettant un traitement des dossiers au niveau local. Les conditions de saisine sont simples (sur le site Internet du Médiateur des entreprises ou par écrit auprès du comité national ou local compétent) et gratuites.

Dans les deux cas, le recours à ces voies amiables interrompt les délais de recours contentieux³⁸ : au moment de l'ouverture de la médiation ou de la saisine d'un comité et jusqu'à la clôture de la médiation ou la notification au titulaire du marché de la décision expresse prise par l'acheteur sur l'avis rendu par le comité.

Aucun des dispositifs n'est contraignant : la médiation est volontaire et peut s'arrêter à tout moment ; l'avis du CCRA est consultatif et un désistement est également possible.

En revanche, la conduite des échanges entre les parties et la formalisation de la solution au litige sont tout à fait différentes.

Il est généralement admis que l'absence de formalisme de la médiation peut permettre une intervention plus rapide en cas d'urgence. Le formalisme des CCRA reste quant à lui très souple.

Toutefois, le choix entre ces deux modes de règlement doit être apprécié en fonction de leurs spécificités, médiation et conciliation, et des attentes de la partie qui procède à la saisine.

Ouverture et conduite de la médiation

Le médiateur agit comme « tierce partie » neutre, impartial et indépendant afin d'aider les parties « à trouver une solution mutuellement acceptable à leur différend. » Il n'a pas de pouvoir de décision.

Après avoir fait constater l'objet de leur désaccord aux parties, le médiateur ouvre les échanges sur la base d'un objectif partagé qui doit permettre le rétablissement de relations durables.

Le médiateur s'emploie à créer des conditions qui facilitent et permettent :

- l'information et la compréhension mutuelle des parties sur leur situation respective,
- la négociation,
- la conclusion par les parties, sur la base d'un libre consentement, d'une transaction, d'un protocole ou d'un accord donnant effet, le cas échéant, aux solutions identifiées.

Tous les échanges sont couverts par la plus stricte confidentialité.

Fonctionnement du CCRA

Le CCRA est une structure collégiale de conciliation, qui a pour mission de rechercher des éléments de droit ou de fait en vue de proposer une solution amiable et équitable au différend qui lui est soumis.

Il est composé de trois catégories de membres avec voix délibérative : deux magistrats, deux représentants des acheteurs concernés, et deux représentants du monde des entreprises.

Il tient compte d'éléments de nature technique ou juridique, mais aussi de considérations d'équité.

Le comité, est saisi par écrit par le titulaire du contrat ou l'acheteur qui lui présente les données du litige et les prétentions chiffrées.

L'instruction de la demande se fait, sous la direction d'un rapporteur choisi par le président du comité parmi les magistrats ou fonctionnaires acceptant cette mission, auprès de l'autre partie désignée dans la demande, laquelle est invitée à exposer sa position vis-à-vis de cette dernière.

Le principe du contradictoire s'applique.

³⁷ Articles [R. 2197-1](#) à [D. 2197-22](#) et [R. 2197-23](#) à [R. 2197-24](#).

³⁸ Pour les comités consultatifs de règlement amiable des différends : articles [L. 2197-3](#) et [R. 2197-16](#), et le Médiateur des entreprises : articles [L. 2197-4](#) et [R. 2197-24](#).

La médiation est donc un temps privilégié qui suppose l'absence de toute intervention extérieure, qu'elle qu'en soit la nature, risquant de la mettre en échec.

Déroulement de la médiation

Une première prise de contact avec l'entreprise qui saisit intervient dans les 7 jours qui suivent.

Le dossier fait l'objet d'une qualification pour confirmer qu'il remplit les conditions d'éligibilité (en particulier l'existence du différend) ou envisager une réorientation, y compris vers les CCRA.

Une fois engagée, et acceptée par l'autre partie, la demande de médiation fait l'objet d'un plan d'action.

Lors de la première réunion plénière, le médiateur rappelle systématiquement les principes et bonnes pratiques de médiation : acceptation volontaire des parties d'être présentes, règles de bonnes conduites, principe d'écoute réciproque. Il explique également le déroulement du processus.

Il fait signer les engagements de confidentialité, s'assure que les personnes présentes disposent des pouvoirs de décision et rappelle aux avocats ou juristes, lorsqu'ils sont présents, leur rôle de conseil, et non de partie à la médiation. Leur présence a vocation à assurer que les décisions envisagées et/ou retenues sont juridiquement valables, nonobstant le fait que soient éventuellement volontairement abandonnées des clauses à l'origine du différend.

Il n'y a pas de débat contradictoire.

La durée de la médiation dépend du déroulement du processus et de la bonne volonté des parties. Toutefois, une fois la première réunion programmée, il suffit en général de deux ou trois réunions pour arriver à un accord, soit en 2 ou 3 mois en moyenne.

La médiation peut se conclure, sur la base d'un libre consentement, par une transaction, un protocole ou un accord donnant effet, le cas échéant, aux solutions identifiées.

Selon les dernières statistiques du Médiateur des entreprises, 70 % des dossiers ouverts en médiation aboutissent à un accord.

Le rapporteur, qui peut rencontrer les parties pendant l'instruction, rédige un rapport exposant sa position. Ce rapport motivé est diffusé aux membres du comité et généralement aux parties.

Déroulement de la séance

A cette séance, qui se déroule devant le comité à huis clos, et en présence des deux parties, le rapporteur expose ses conclusions, et les parties, éventuellement assistées par toute personne de leur choix, s'expriment pendant le débat qui suit, en répondant notamment aux questions que leur posent les membres du comité pour forger leur avis.

La synthèse des positions des différents membres contribue à la qualité des avis du comité :

- deux magistrats : ses président et vice-président sont des membres en activité ou honoraires des juridictions administratives ou financières, nommés sur proposition respective du Vice-président du Conseil d'Etat ou du Premier président de la Cour des comptes. Ces membres, dont l'indépendance et l'impartialité sont garanties, expriment la voix du droit ;
- deux membres représentants des acheteurs, qui apportent leur expérience technique, vue par les maîtres d'ouvrage, et dans l'exécution des marchés publics (retards, interprétation des documents contractuels de nature technique...), ce qui met le comité en mesure de comprendre l'origine du litige ;
- deux membres désignés par les professionnels qui apportent la voix des entreprises, et permettent, par leur expérience, de mesurer l'importance, pour le titulaire, de tel ou tel dysfonctionnement.

Le comité propose une solution juridiquement tolérable, techniquement logique et financièrement justifiée. Cette solution est exprimée dans un avis écrit et motivé, qui procède d'un délibéré secret immédiatement postérieur à la séance.

Le comité notifie son avis à l'acheteur ainsi qu'au titulaire du marché, dans un délai de six mois à compter de sa saisine. Ce délai peut être, lorsque que des difficultés particulières d'instruction du dossier le justifient, prolongé par périodes d'un mois dans la limite d'une durée de trois mois.

L'acheteur est invité à notifier rapidement au titulaire du marché et au secrétaire du comité, sa décision sur l'avis.

La majorité des avis rendus par les CCRA sont suivis par les acheteurs.

Annexe II relative au recours à la transaction pour la prévention et le règlement des litiges portant sur l'exécution des contrats de la commande publique

La [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](#) reste applicable.

Des évolutions, précisions et rappels peuvent cependant être faits sur les points suivants de la circulaire :

1) Implication des autorités de contrôle (point 2.2. de la circulaire)

Il résulte des articles [L. 423-2](#) et [R. 423-3 à D. 423-7](#) du CRPA que lorsqu'une administration de l'Etat souhaite transiger, le principe du recours à la transaction et le montant de celle-ci sont obligatoirement soumis à l'avis préalable du comité ministériel (ou interministériel) de transaction (CMT) compétent si le montant en cause dépasse 500 000 euros. En deçà de ce seuil, le CMT peut également être saisi d'un projet de transaction de manière facultative.

La demande d'avis est adressée par voie électronique, accompagnée d'une note explicative et de tout élément utile au comité.

Le CMT procède à l'examen de la contestation née ou à naître, s'assure du respect des normes applicables et se prononce sur la pertinence du projet qui lui est soumis.

Le comité comprend, outre le secrétaire général du ministère qui le préside, le responsable des affaires juridiques et le responsable des affaires financières, ou leurs représentants. Son président peut solliciter l'avis de toute personne dont le concours est jugé utile et, le cas échéant, l'inviter à assister, de manière temporaire, aux réunions du comité.

Le comité se prononce, à la majorité, dans un délai d'un mois à compter de l'enregistrement de la demande.

L'avis motivé du comité peut être favorable ou défavorable et, le cas échéant, assorti de réserves. Il est notifié, dans le délai de sept jours, à l'autorité compétente à l'origine de la saisine par voie électronique.

Cet avis, qui juridiquement ne lie pas le signataire de la transaction, est à joindre ultérieurement au service du contrôle budgétaire et comptable ministériel (CBCM) pour recueil de son visa ou avis préalable et au comptable public pour paiement.

Transactions conclues en application de l'article 2044 du code civil aux termes desquelles résulte une dépense	Avis préalable		Visa
	CBCM	CMT	CBCM
Inférieure à 100 000 € TTC	Non	Facultatif	Non
Egale ou supérieure à 100 000 € TTC et inférieure à 500 000 € TTC	Obligatoire, sauf si saisine du CMT	Facultatif	Obligatoire
Egale ou supérieure à 500 000 € TTC	Non	Obligatoire	Obligatoire

A l'exception de sa responsabilité pénale, la responsabilité personnelle du signataire de la transaction ne peut être mise en cause à raison du principe du recours à la transaction et de ses montants, lorsque celle-ci a suivi l'avis du comité.

2) Conduite d'une conciliation efficace (point 2.5.) :

Les articles [L. 213-5](#) (médiation à l'initiative des parties), [L. 213-7](#) (médiation à l'initiative du juge) et [R. 621-1](#) (expert médiateur) du CJA, tels que mentionnés supra., sont venus modifier et compléter le dispositif, mais ne font état que de la médiation et non plus de la conciliation.

Selon l'article [L. 2512-5](#) (3°) du CCP, les marchés de services relatifs aux modes alternatifs de règlement des litiges sont dispensés des procédures de publicité et de mise en concurrence.

Les CCRA sont désormais régis par les articles [L. 2197-3](#) et [R. 2197-1](#) à [D. 2197-22](#) du CCP.

3) Rédaction des transactions (point 3.) :

o Prévenir les contestations en fiabilisant les clauses des contrats (point 3.1.) :

Les clauses du contrat de transaction doivent clairement préciser le litige à prévenir ou régler. En effet, outre le fait que, si tel n'est pas le cas, la partie concernée s'expose au risque de ne pouvoir s'opposer à une action en justice engagée par l'autre partie après la signature de la transaction³⁹, un juge pourra légitimement refuser d'homologuer une transaction formulée « de manière générale et imprécise » impliquant que « la transaction ne définit pas clairement la contestation à laquelle elle met fin »⁴⁰.

Les clauses de la transaction relatives à la nature et à l'étendue des concessions réciproques des parties doivent en particulier justifier de leur caractère équilibré tel qu'exigé par la jurisprudence⁴¹ codifiée sur ce point à l'article [L. 423-1](#) du CRPA.

Ces concessions seront cependant appréciées globalement par le juge et non chef de préjudice par chef de préjudice⁴².

o Indemnisation du cocontractant, en cas de nullité de la délégation de service public (point 3.3.1.) :

Sur le cas particulier des contrats de délégation de service public, le juge vérifie que les principes applicables à l'indemnisation des biens de retour de la délégation et à l'indemnisation du gain manqué sont effectivement respectés dans le cadre d'une transaction portant sur la résiliation de tels contrats⁴³.

4) Respect des règles de compétence propres aux personnes publiques (point 4.1.) :

Il peut être précisé que le décret du Premier ministre autorisant expressément, dans le silence de ses statuts, un établissement public de l'Etat à signer une transaction n'a ni pour effet, ni pour objet d'en approuver le contenu : il ne s'agit que d'une autorisation de faire.

³⁹ CE, 30 janvier 2008, Ville de Paris, [n° 299675](#).

⁴⁰ TA Bordeaux, 15 juillet 2019, Bordeaux Métropole, [n° 1902219](#).

⁴¹ CE, 19 mars 1971, Mergui, [n° 79962](#) ; CE, 5 juin 2019, Centre hospitalier de Sedan, [n° 412732](#).

⁴² CE, 9 décembre 2016, Société Foncière Europe, [n° 391840](#).

⁴³ CAA Marseille, 28 mars 2013, Commune de Briançon, [n° 12MA04341](#).

5) *Exécution des transactions par les comptables publics (point 5.) :*

Une transaction a, « entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort »⁴⁴ et « est exécutoire de plein droit, sans qu'y fassent obstacle, notamment, les règles de la comptabilité publique. »⁴⁵

En conséquence, les comptables publics doivent effectuer un contrôle limité au moment d'exécuter les paiements prévus par une transaction.

Il n'entre pas dans leurs missions de juger de la validité de la transaction ou de son opportunité. Leur contrôle de régularité porte notamment sur la qualité de l'ordonnateur, les pièces justificatives, tels le contrat de transaction signé, la réclamation initiale, les justificatifs des montants réclamés, les éléments de calcul de l'indemnité accordée (par exemple, ordres de service, factures, constats, rapport d'expertise...) et, le cas échéant, les documents permettant de retracer l'exécution financière du marché, la délibération de l'organe délibérant habilitant l'autorité exécutive à signer la transaction, la transmission au représentant de l'Etat, l'avis du CCRA, l'avis du CMT, le visa ou l'avis du CBCM, et leur cohérence, soit entre elles, soit avec la nature de la dépense, ainsi que notamment sur le caractère libératoire du paiement.

Seuls l'absence de production des pièces justificatives, et de cohérence entre elles, et les contrôles énumérés aux articles [19](#) et [20](#) du [décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique](#) peuvent conduire à leur refus de procéder au paiement. Les comptables publics ne peuvent donc exiger l'homologation de la transaction ou l'émission d'un ordre de réquisition pour exécuter la transaction.

⁴⁴ [Article 2052 du code civil dans sa rédaction originale](#). L'[article 10](#) de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle a modifié cette rédaction dans un sens plus explicite en disposant désormais que « la transaction fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet. »

⁴⁵ CE, Ass., Avis, 6 décembre 2002, Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de L'Haÿ-les-Roses, [n° 249153](#).

PROTOCOLE D'ACCORD TRANSACTIONNEL / PROTOCOLE D'ACCORD DE MÉDIATION

ENTRE :

ENTITÉ 1, dont le siège est situé #####, représentée par Titre, Madame/Monsieur Prénom Nom et, par délégation, par Titre, Madame/Monsieur Prénom Nom, ci-après dénommée « ##### »,

D'UNE PART,

ET

ENTITÉ 2, dont le siège est situé #####, représentée par Titre, Madame/Monsieur Prénom Nom et, par délégation, par Titre, Madame/Monsieur Prénom Nom, ci-après dénommée « ##### »,

D'AUTRE PART,

Ci-après dénommées ensemble les « Parties » et individuellement la « Partie ».

[Optionnel : En présence de Prénom Nom, médiateur]

Vu la 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 ;

Vu la circulaire du 6 avril 2011 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits,

IL A ÉTÉ PRÉALABLEMENT EXPOSÉ CE QUI SUIT :

PRÉAMBULE

Les Parties décident de mettre fin à leur différend portant sur :

Rappel des faits

Références, objets et dates des marchés / bons de commande concernés

C'est dans ce contexte que les Parties se sont rapprochées et sont convenues de concessions réciproques afin de mettre un terme au litige exposé ci-dessus, dans le cadre du présent Protocole d'accord transactionnel / Protocole d'accord de médiation.

CECI EXPOSÉ, IL A ÉTÉ CONVENU ET ARRÊTÉ CE QUI SUIT :

ARTICLE 1^{er} – DÉFINITIONS

- « Différend » désigne l'ensemble du litige opposant les Parties tel que décrit au Préambule du présent Protocole,

- « Marché » désigne le marché n° XXX notifié le JJ/MM/AAAA ayant pour objet #####,

- « Protocole » désigne le présent Protocole d'accord transactionnel / Protocole d'accord de médiation, y compris son Préambule.

ARTICLE 2 – OBJET DU PROTOCOLE

Le présent Protocole a pour objet de mettre un terme définitif au Différend relatif au Marché et à toutes les actions contentieuses et/ou contestations nées ou à naître, susceptibles d'être engagées et relatives au Différend, à l'exception des garanties légales et contractuelles, auxquelles sont tenues les Parties.

Les Parties déclarent donc mettre fin au Différend qui les oppose par voie de transaction au sens des articles 2044 et suivants du code civil, ce qui fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les Parties d'une action en justice ayant le même objet, conformément aux dispositions de l'article 2052 du code civil. A cet effet, les Parties s'engagent à mettre en œuvre les concessions réciproques figurant à l'article 4 du présent Protocole, sans que celles-ci ne valent reconnaissance d'une quelconque responsabilité pour les faits décrits au Préambule.

Sous réserve de la complète et parfaite exécution du présent Protocole, chacune des Parties se considère remplie de tous ses droits à l'encontre de l'autre Partie au titre du Différend, et renoncent expressément à toutes actions et instances en relation avec son objet.

Les Parties s'engagent à exécuter de bonne foi et sans réserve le présent Protocole.

ARTICLE 3 – DÉCLARATIONS DES PARTIES

Les Parties déclarent et reconnaissent qu'elles ont négocié et formalisé en accord parfait entre elles, et en pleine et entière connaissance de cause, le présent Protocole conclu à titre transactionnel, irrévocable et définitif.

Les Parties déclarent avoir eu tout le temps nécessaire à la formation de leur consentement et reconnaissent le caractère irrévocable de leur accord.

Chacune des Parties déclarent n'avoir, directement ou indirectement, aucun empêchement d'ordre conventionnel, légal ou judiciaire, à la conclusion et à l'exécution du présent Protocole.

ARTICLE 4 – ENGAGEMENTS ET CONCESSIONS RÉCIPROQUES DES PARTIES

4.1 – Pour l'entité 1

L'entité 1 consent à une concession de #####

Ainsi, en contrepartie de la concession de l'entité 2, l'entité 1 renonce définitivement et sans aucune réserve à toute demande, toute instance et action, judiciaire ou administrative, et, plus généralement, à toute procédure ou réclamation de quelque nature que ce soit à l'encontre de l'entité 2 en rapport avec le différend évoqué aux présentes et dans sa stricte limite.

4.2 – Pour l'entité 2

L'entité 2 consent à une concession de #####

Ainsi, en contrepartie de la concession de l'entité 1 de la somme de #####, l'entité 2 renonce définitivement et sans aucune réserve à toute demande, toute instance et action,

judiciaire ou administrative, et, plus généralement, à toute procédure ou réclamation de quelque nature que ce soit à l'encontre de l'entité 1 en rapport avec le différend évoqué aux présentes et dans sa stricte limite.

ARTICLE 5 – RÈGLEMENT

La somme due par l'entité # à l'autre Partie au titre du présent Protocole et stipulée à l'article 4 sera versée dans un délai de ##### jours, à compter de la notification du présent Protocole par lettre recommandée avec accusé de réception ou de la date de sa remise en main propre contre récépissé.

Le paiement de cette somme globale se fera par virements bancaires au bénéfice de ##### dont les coordonnées bancaires figurent en annexe du présent Protocole.

Le comptable assignataire de la dépense/recette est #####.

ARTICLE 6 – CONFIDENTIALITÉ

Le présent Protocole a un caractère confidentiel et les Parties s'engagent à ne pas en divulguer, sous quelque manière et sous quelque forme que ce soit, le contenu à un tiers, à l'exception toutefois :

- d'une autorité ayant légalement compétence à en exiger la copie,
- des instances de contrôle internes et externes de l'entité #,
- de la juridiction qui serait saisie en application des articles 8 et 9 du présent Protocole,
- des cas où la production du présent Protocole serait nécessaire pour son exécution.

Dans les autres cas, sa production nécessite l'accord écrit préalable de l'autre Partie.

A défaut, les Parties se réserveraient le droit de donner toute suite judiciaire nécessaire afin de sauvegarder leurs intérêts.

ARTICLE 7 – CLAUSE DE LOYAUTÉ

Chaque Partie s'engage à s'abstenir de communiquer une information susceptible de nuire à la réputation de l'une des Parties, et de ne pas faire une quelconque déclaration au public ou à un partenaire commercial, susceptible de nuire à l'image de l'une des Parties au présent Protocole.

ARTICLE 8 – RÉOLUTION

En cas de manquement par l'une des Parties à l'un des engagements prévus à l'article 4 du présent Protocole, l'autre Partie pourra ou bien, poursuivre son exécution en justice, ou bien prononcer de plein droit sa résolution, après une mise en demeure par lettre recommandée avec accusé de réception restée infructueuse pendant 15 jours à compter de la date de réception de ladite mise en demeure.

Dans la seconde hypothèse, les Parties retrouveraient en outre leur pleine liberté d'action, l'une à l'égard de l'autre.

ARTICLE 9 – DROIT APPLICABLE ET JURIDICTION COMPÉTENTE

Le présent Protocole est régi par la loi française en vigueur et est interprété conformément au droit français.

Les litiges relatifs à sa conclusion, sa validité, sa prise d'effet, son exécution, son interprétation ou son application sont soumis à l'appréciation du Tribunal Administratif de #####.

ARTICLE 10 – FRAIS ET DÉPENS

Les Parties conservent à leur charge l'intégralité des frais et dépens qu'elles ont pu exposer, du fait du litige et de la rédaction du présent Protocole, en ce compris les frais et honoraires de leurs conseils respectifs, le cas échéant.

ARTICLE 11 – PRISE D'EFFET ET EXÉCUTION

Le présent Protocole prend effet à compter de la date de sa signature par la dernière Partie signataire.

Pour l'exécution du présent Protocole, les Parties élisent domicile en leur siège respectif.

* * *

Après lecture de ce Protocole d'accord, les Parties déclarent en approuver les termes, paraphent chaque page et le signent.

Cet accord est établi en # exemplaires originaux.

Fait à #####, le JJ/MM/AAAA

Pour valoir ce que de droit.

Les Parties doivent faire précéder leur signature de la mention « *Bon pour accord, bon pour transaction et renonciation à toute instance et action* »

Pour l'entité 1

Pour l'entité 2

LISTE DES ANNEXES :

RIB

#####

DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES

Immeuble Condorcet

6, rue Louise Weiss

Télédoc 351

75703 Paris Cedex 13

Tél : +33 01 44 87 17 17

