

7 SETTEMBRE 2016

Les mécanismes amiables de
résolution des litiges : pacification
sociale, souplesse et équité dans le
domaine du contentieux de
l'urbanisme

di Vera Parisio
Professeur de Droit administratif
Université de Brescia



Les mécanismes amiables de résolution des litiges : pacification sociale, souplesse et équité dans le domaine du contentieux de l'urbanisme *

di Vera Parisio

Professeur de Droit administratif
Université de Brescia

Table des matières: **1.** Introduction : Justice, règlement extrajudiciaire des litiges, recherche de pacification sociale, souplesse et équité. **2.** REL, MACR et droit de l'urbanisme. **3.** Droit européen et REL en matière civile et commerciale, son champ d'élection. **4.** Les modes de résolution amiable des conflits (MARC): typologie et différences. **5.** L'insuffisante valorisation des mécanismes amiables de résolution des litiges : une tendance commune dans le droit de l'urbanisme en Europe. **6.** Conclusion.

1. Introduction : Justice, règlement extrajudiciaire des litiges, recherche de pacification sociale, souplesse et équité

Dans tous les systèmes juridiques la croissante complexité du droit et du nombre de sources de droit — sources publiques et privées qui se mélangent —, causée aussi par la globalisation du droit¹, a pour effet de rendre de plus en plus importante l'intervention du pouvoir juridictionnel² visant à mettre de l'ordre. C'est

* Vue comparée : rapport présenté au colloque « Le contentieux de l'urbanisme » organisée par l'AIDRU (Association internationale de droit de l'urbanisme) à l'Université de Liège 18-19 septembre 2015.

¹ Sur la mondialisation du droit, v. Mondialisation et globalisation des concepts juridiques : l'exemple du droit de l'environnement, sous la direction de J.MORAND-DEVILLER et J.-C. BONICHOT, Iris Edition, Paris, 2010.

² En effet, le vice-président du Conseil d'État Jean Marc Sauvé, lors d'un colloque organisé par le Conseil d'État et la Chambre de Commerce de Paris, le 4 mai 2011, avait remarqué que : « *La justice est une figure essentielle de la démocratie. Elle pèse équitablement et tranche les conflits en appliquant la loi et le droit. Elle est ainsi un garant ultime de la régulation sociale... Or la régulation sociale ne peut et ne saurait reposer toute entière sur une contrainte externe, en particulier celle qu'imposerait le juge... mais la régulation sociale est une responsabilité qui incombe d'abord et peut-être avant tout, à chacun des individus, chacune des personnes, qui forment la société... régler les conflits autrement que par le recours au juge est donc une nécessité : une nécessité en termes d'accès à la justice et de garantie des droits...* ».

à cause de cela qu'on assiste à une augmentation des contentieux, avec le risques d'atteinte à la qualité de la justice rendue et aux moyens budgétaires de l'État, de plus en plus réduits, et donc à l'efficacité de la régulation sociale que la justice doit assurer.

La juridiction même est de plus en plus considérée comme une ressource publique faible, à laquelle il faut avoir modérément recours, en faisant donc le tri entre les différents litiges. Comme l'accès à la justice doit se faire conformément au principe de non-discrimination, un peu partout en Europe, en raison des coûts élevés qui en résultent, la conciliation, la médiation et la transaction sont en train d'être valorisées car elles peuvent garantir un équilibre entre la défense des droits devant un tiers et l'exigence de ne pas accroître le contentieux devant le juge.

Dans ce contexte depuis presque une trentaine d'années, les différents systèmes juridiques, certains plus que d'autres, ont fait des efforts pour développer des voies autres que les modes juridictionnels pour résoudre les litiges, surtout en dehors de l'Europe, en particulier aux États-Unis (« alternatives dispute resolutions », ADR).

Les modes non juridictionnels de règlement des différends, qui incluent les recours devant l'administration³ constituent une catégorie générique puisqu'ils regroupent tous les modes qui préviennent l'accès au juge, tandis que les modes amiables de résolution des conflits (MACRs) constituent l'espèce.

Les formes de règlement extrajudiciaire des litiges (REL) ne sont pas rattachées à un seul type, même si l'élément commun des différents types de REL résulte de la volonté de résoudre les conflits en dehors d'un juge. Les MACRs en particulier établissent une approche consensuelle qui permet de faire émerger les positions respectives des parties au conflit et de rapprocher ces dernières. L'objectif de ces instruments n'est pas seulement de résoudre les différends, mais aussi et surtout celui de créer une atmosphère de coopération entre les parties facilitant la résolution du conflit, et d'éviter que le contentieux se représente à l'avenir.

Le trait le plus caractéristique des MACRs est en effet celui de favoriser la communication entre les parties et leur compréhension réciproque dans un contexte permettant de trouver une solution commune. Ce sont les parties qui adaptent la procédure aux spécificités du différend en fixant le déroulement et les modalités.

Les droits sur lesquels les parties peuvent négocier sont limités. Il faut éviter toute atteinte à l'ordre public et aux droits fondamentaux. En particulier, la négociation n'est pas admise pour les droits qui ne sont pas disponibles. Il s'agit d'une position largement partagée dans toute l'Europe, même si dans certains pays on

³ Ce thème n'est pas analysé dans mon rapport mais dans celui de Norbert FOULQUIER. Dans le cadre des recours administratifs, la logique participative et consensuelle qui caractérise les REL est absente.

cherche à dépasser l'impossibilité absolue de faire appel aux MACRs si l'exercice de prérogatives de puissance publique est en jeu⁴.

En matière administrative l'accès au MACRs est très délicat puisque l'administration agit en principe dans l'exercice de sa fonction de puissance publique. Quand elle n'agit pas dans l'exercice de sa fonction de puissance publique, les relations avec les personnes privées sont régies par le droit commun, et il n'y a pas d'obstacle à faire appel aux MACRs.

Ces derniers sont caractérisés par le fait que la volonté des parties est celle d'œuvrer conjointement en principe à la résolution amiable de leurs litiges, et aussi par le fait que ces modes sont « souples ». Leur « souplesse » repose sur la possibilité pour les parties d'adapter la procédure et les délais à la complexité du litige, mais également sur la discrétion, élément essentiel de ces procédures⁵. Le médiateur, le conciliateur ou un tiers indépendant ont la possibilité de résoudre le litige en s'écartant de l'application stricte de la règle de droit. Leur « mission » n'est pas d'obtenir la solution la plus exacte du point de vue du droit mais la plus proche de la volonté des parties. Il s'agit d'instruments visant à améliorer la communication entre les parties et à les pousser à coopérer activement pour une résolution largement partagée, donc finalement à la diffusion et au maintien de l'harmonie sociale.

Ces modes de résolution sont des voies pertinentes pour le bon fonctionnement des marchés et des relations commerciales : voilà la raison pour laquelle ils se sont développés surtout en matière civile et commerciale. Dans les différents pays les modes de résolution extrajudiciaire ont été établis par le législateur surtout au moment de la transposition du droit de l'UE (et auparavant de la Communauté européenne), dont on parlera dans le prochain paragraphe⁶.

4 Dans le système italien, certains auteurs, sur la base de la croissante utilisation des systèmes consensuels de gestion du pouvoir administratif (par exemple les accords de droit public régis par l'article 11 de la loi n° 241 de 1990) proposent d'abandonner le principe selon lequel les différends concernant les pouvoirs publics ne sont pas compatibles avec les méthodes alternatives de résolution des conflits. Voir M. RAMAJOLI, *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2015, 2, et *Id. Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, in *Diritto amministrativo* 2014, 1-2. L'auteur remarque la nécessité d'introduire une loi-cadre sur le REL avec l'administration publique dans le système juridique italien.

5 On remarque de toute façon que l'arbitrage n'offre pas la même souplesse que la conciliation ou la transaction, car toute la procédure est strictement régie par la loi. L'accord est dicté par un particulier (arbitre) au lieu d'un juge.

6 L'expérience française, par exemple, enseigne que le juge a un rôle essentiel dans la promotion du REL (expérience des chambres spéciales de la Cour d'appel de Paris), puisque, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 6 janvier 1986, le juge administratif peut avoir une mission de conciliation. L'implication du juge administratif dans la promotion des modes non juridictionnels de règlement des différends, en particulier des MACRs, a pour but d'allier souplesse et sécurité.

2. REL, MACR et droit de l'urbanisme

Tous les rapporteurs relèvent que dans les conflits d'urbanisme, saisir le juge — dans la plupart des cas le juge administratif, mais, le cas échéant, le juge judiciaire spécialisé ou le juge spécial — est la voie préférée. Très souvent celle-ci est précédée par une « procédure de filtre » devant la même administration que celle qui a adopté l'acte d'urbanisme pour lui permettre de réparer ses erreurs, comme au Pays-Bas où cette procédure est devenue de plus en plus informelle.

En Turquie, dès que le plan d'urbanisme a été approuvé, les intéressés disposent d'un délai d'un mois pour contester son contenu devant la même administration. Dans certains cas, lorsqu'il s'agit des décisions des Conseils régionaux, la contestation est présentée devant le ministre de la culture et du tourisme. En Grèce aussi, pour résoudre les irrégularités contestées au niveau de l'administration, des « Conseils administratifs », composés d'experts, sont constitués.

La résolution extrajudiciaire des litiges — en particulier les MACRs, c'est-à-dire la conciliation, la médiation et la transaction — reste limitée et insuffisamment utilisée.

La raison en est que, dans le domaine de l'urbanisme, en principe, il faut faire application des règles impératives d'ordre public, et la jouissance de droits individuels qui ne sont pas disponibles, autrement dit qui ne sont pas négociables, ne doit pas être menacée.

Pour délimiter le champ d'intervention de la présente contribution, il faut remarquer que la résolution extrajudiciaire des litiges se distingue du point de vue conceptuel des procédures « para-juridictionnelles », c'est-à-dire de celles qui font intervenir un juge. Seules les premières se déroulent avant — et non devant — le juge. Il ne s'agit pas non plus de traiter, comme on vient de le souligner, des recours administratifs. Il leur manque les éléments nécessaires pour pouvoir parler de MACR, à savoir la qualité de tiers de la personne qui fait la médiation — qui ne saurait être l'administration qui a adopté l'acte —, ou l'absence d'intervention des parties.

Il faut quand même remarquer que dans beaucoup de pays (en France, par exemple), est établie une médiation conventionnelle qui se déroule dès la naissance d'un conflit, avant même la saisine d'une juridiction, et une médiation judiciaire de première instance ou d'appel, qui voit le juge demander aux parties à tout moment si elles veulent se tourner vers la médiation et quitter le procès. En tout cas, les parties qui ont choisi la médiation peuvent toujours décider de saisir le juge.

On remarque aussi que la participation à la procédure administrative, surtout au niveau de l'élaboration des plans d'urbanisme, qui est généralisée, ou l'utilisation d'accords de droit privé en substitution de l'acte

administratif, bien qu'elles puissent avoir un effet de réduction du contentieux et une mission de « pacification sociale », ne sont pas des MACRs au sens propre. L'on n'en traitera, dès lors, pas davantage. Sans doute, la particularité de la matière de l'urbanisme appelle-t-elle une restriction des règlements amiables, compte tenu de la grande importance des règles d'ordre public, liées à l'aménagement du territoire. Aujourd'hui le territoire est-il devenu, dans la conscience collective, un « bien commun » (« *res communes omnium* », comme disaient les Latins) à sauvegarder pour les prochaines générations ?

Effectivement, dans tous les rapports on lit qu'en matière d'urbanisme on trouve l'application des MACRs seulement quand sont affectés les actes de l'administration qui n'entrent pas dans les missions régaliennes, et qui ne sont pas fortement discrétionnaires.

Il y a quand même des secteurs du droit administratif non régaliens, liés de toute façon à l'aménagement du territoire, auxquels on pourrait appliquer les principes qui découlent de la directive du 21 mai 2008, dont on parlera par la suite. Il en va notamment ainsi des marchés publics, des délégations de service public, des contrats de partenariat, de la responsabilité du fait des dommages de travaux publics ou encore de la responsabilité hospitalière.

3. Droit européen et REL en matière civile et commerciale, son champ d'élection

L'article 81 du Traité de Lisbonne établit que le Parlement et le Conseil européen adoptent, lorsque cela est nécessaire pour le bon fonctionnement du marché commun, des dispositions visant à assurer « le développement de méthodes alternatives de résolution des litiges » (point g).

Le rapport du 4 avril 1993 du Conseil d'État français intitulé « *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage* », avait souligné l'importance de développer les modes de résolution des conflits extrajudiciaires afin de garantir la qualité de la justice. Quant à son étude de 2011 « *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne* », elle se concluait en conseillant aux Gouvernements d'étendre autant que possible les principes de la directive du 21 mai 2008 à la matière administrative. Beaucoup plus récemment la doctrine⁷ a approfondi le sujet : tout cela témoigne de la grande importance du droit européen sur le développement de la problématique.

D'abord, il faut remarquer que la Communauté européenne — dans un premier temps —, l'Union européenne — dans un second — ont pour objectif de maintenir et de développer un espace de liberté, de

⁷ D. RENDERS, P. DELVOLLE et Th. TANQUEREL, *L'arbitrage en droit public*, Bruxelles, Bruylant, 2010 ; égal. D. RENDERS *et alii*, *Droit administratif*, t. III, *Le contrôle de l'administration*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 407-421.

sécurité et de justice. Les États membres doivent adopter les mesures nécessaires pour assurer le bon fonctionnement du marché commun. Parmi ces mesures, celles en matière de justice sont fondamentales. Le développement des procédures extrajudiciaires simplifie et améliore l'accès à la justice.

Comment peut-on expliquer cet intérêt qui est, pour le moment, limité aux matières civiles et commerciales ? C'est le but de garantir le bon fonctionnement du marché qui est à l'origine de l'intérêt européen, au regard du domaine qui va le plus directement affecter le marché, c'est-à-dire celui des obligations contractuelles, civiles et commerciales.

La réponse nous est également donnée par la directive 2013/11 dont le 4^{ème} considérant expose qu' « Assurer un accès à des moyens simples, efficace, rapides et peu onéreux de résoudre les litiges nationaux et transfrontaliers résultant de la vente de marchandises ou de la prestation de services devrait profiter aux consommateurs et donc renforcer leur confiance dans le marché. Cet accès devrait valoir aussi bien pour les transactions en ligne que pour les transactions hors ligne et revêt une importance particulière lorsque les consommateurs font des achats dans un autre pays » et, au 5^{ème}, « le règlement extrajudiciaire des litiges (REL) permet d'offrir une solution simple, rapide et peu onéreuse aux litiges entre consommateurs et professionnels sans qu'ils aient à intenter une action en justice »⁸.

Mais le but de faciliter le bon fonctionnement du marché commun n'est pas tout. En effet, la diffusion des procédures de REL — et de MACRs — se révèle importante dans les États membres qui ont un grand arriéré juridictionnel devant les tribunaux, ce qui est de nature à menacer le droit des citoyens à un procès équitable dans un délai raisonnable, en application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. La Commission européenne, à partir de sa communication du 30 mars 1998 (rec. 98/257/CE) sur la résolution extrajudiciaire des conflits de consommation, a encouragé les procédures extrajudiciaires de règlement des conflits. Il s'agit de toute méthode qui permet de résoudre un litige sans saisir le juge, grâce à l'intervention d'un tiers qui propose ou impose une solution et, en application de l'article 38 de la « Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », de garantir la plus grande protection aux consommateurs. La Commission remarque que les instruments extrajudiciaires peuvent être établis soit par les autorités publiques, soit par des professionnels, soit par les organisations de la société civile. Parmi ces instruments, on trouve la médiation, la conciliation et l'arbitrage, qui ne sont pas encore assez développés dans l'Union et surtout, quand ils existent, qui ne sont pas utilisés de façon homogène.

⁸ Quant au sixième considérant, il précise que « les disparités en termes de couverture, de qualité et de sensibilisation qui existent entre les États membres en ce qui concerne le REL constituent un obstacle au marché interne et font partie des raisons pour lesquelles de nombreux consommateurs s'abstiennent de faire des achats dans un autre pays et n'ont pas la certitude que les litiges éventuels avec des professionnels peuvent être réglés facilement, rapidement et à moindre coût ».

Les matières civiles et commerciales ont toujours été le terrain d'élection pour les procédures extrajudiciaires. La directive 2013/11/UE du 21 mai 2013 du Parlement et du Conseil européen qui a été transposée par la plupart des États membres de l'UE, a été adoptée, ainsi qu'on peut le lire dans son considérant n°5, pour la raison que « le règlement extrajudiciaire des litiges (REL) n'est pas encore systématiquement développé dans l'Union ». Cette directive, qui modifie le règlement CE n° 2006/2004 et la directive 2009/22 CE, constitue la réponse au constat que la qualité, le nombre et le fonctionnement des procédures de résolution extrajudiciaires des conflits varient beaucoup d'un État à l'autre. Tout cela va affecter le bon fonctionnement du marché.

Il faut aussi signaler le règlement UE n° 524/2013, complémentaire à la directive déjà citée, concernant le règlement des litiges de consommation, et qui institue l'établissement d'une plate-forme de REL offrant aux consommateurs et aux professionnels un guichet unique pour le règlement extrajudiciaire des litiges en ligne par l'intermédiaire d'entités de REL qui sont liées à cette plate-forme⁹.

La Commission, par sa recommandation du 4 avril 2001 n° 310, avait établi les principes applicables aux organes extrajudiciaires chargés de la résolution consensuelle des litiges de consommation qui essaient de trouver une solution à un litige en rapprochant les parties pour arriver à un accord commun. Cette recommandation avait été précédée par celle du 30 mars 1998 n° 257 qui, à son tour, faisait suite aux conclusions du « Livre vert ». À partir de 2002, la Commission avait présenté le « Livre vert » sur les modes alternatifs de résolution des conflits en matière civile et commerciale pour faciliter l'accès des consommateurs au règlement à l'amiable des conflits de consommation.

La Commission avait remarqué la nécessité de l'indépendance et l'expertise de l'organisme de médiation, la transparence de la procédure, son efficacité, sa rapidité, sa gratuité et, *last but not least*, le caractère équitable et confidentiel de la procédure pour chaque partie impliquée.

4. Les modes de résolution amiable des conflits (MARCs): typologie et différences

Les moyens amiables de résolution des litiges cités dans les rapports examinés sont la médiation, la conciliation et l'arbitrage.

⁹ Il faut aussi mentionner la directive 21 mai 2008/CE n° 52 relative à la médiation en matière civile et commerciale, qui s'applique aux litiges transfrontaliers relevant du droit civil et commercial dans lesquels les parties tentent volontairement de parvenir à un accord amiable par l'aide d'un médiateur. Le médiateur doit respecter les principes d'efficacité, de compétence et d'impartialité et, par ailleurs, les autres principes de bonne conduite contenus dans les « codes volontaires de bonne conduite » dont chaque État membre s'est doté. Bien que la directive relève de la matière des conflits transfrontaliers, elle fournit des principes généraux qui peuvent être généralisés.

Dans la plupart des rapports, on lit que les mécanismes amiables ont été pensés pour résoudre, sans l'intervention du juge, des litiges de nature civile et commerciale, domaines dans lesquels les droits en cause sont, en principe, disponibles.

Il faut d'abord remarquer les différences entre médiation, conciliation et arbitrage, bien que tous trois partagent la nature d'outil de résolution des litiges alternatif à la justice traditionnelle. La médiation et la conciliation sont les plus proches : dans les deux cas, les parties vont nommer un tiers indépendant pour la résolution du conflit. Mais seul le « *conciliateur* », après avoir écouté les parties, présente une proposition en fonction des éléments qu'il a entendus. Les parties sont alors libres de suivre ou non ses recommandations, ou de les aménager.

Le médiateur, qui est toujours neutre quant à la solution choisie, facilite la communication entre les parties au conflit, qui trouvent elles-mêmes la solution du litige.

Dans le considérant n° 6 de la directive du 21 mai 2008, on lit que « *la médiation peut apporter une solution extrajudiciaire économique et rapide aux litiges en matière civile et commerciale au moyen de processus adaptés aux besoins des parties. Les accords issus de la médiation sont susceptibles d'être respectés volontairement et de préserver une relation amiable et durable entre les parties. Ces avantages sont plus marqués encore dans des situations comportant des éléments transfrontaliers* ».

La médiation est un procès volontaire, souple, flexible, mis en œuvre par les parties qui peuvent l'organiser comme elles l'entendent et y mettre un terme à tout moment.

L'arbitrage est plus proche de la justice traditionnelle : ce n'est pas un mécanisme de résolution amiable, mais plutôt un mécanisme alternatif à la saisine du juge, car les parties en conflit désignent un ou plusieurs "*arbitres*". L'arbitre reçoit, à travers la convention arbitrale, le pouvoir de trancher le litige, après avoir écouté les parties. Il rend, pour ce faire, une *sentence arbitrale* qui s'impose aux parties.

La transaction est un contrat écrit par lequel on termine une contestation née ou on prévient une contestation à naître, toujours dans le domaine des droits disponibles. La transaction suppose en principe l'existence de concessions réciproques. L'administration — ou encore les agences publiques munies de pouvoirs suffisants pour transiger — ne pourra pas, par une transaction, méconnaître une obligation lui incombant.

Les pouvoirs du conciliateur et du médiateur sont variés dans les différents Etats. En France, par exemple, le conciliateur et le médiateur peuvent inviter l'autorité administrative à abroger ou à modifier un acte soit pour une raison d'opportunité, soit pour une question de légalité.

Quant à l'arbitrage, la décision des arbitres pourra être fondée sur l'équité, dans les limites de la loi. Les arbitres peuvent apprécier à titre principal la légalité d'un acte en vue de son annulation.

5. L'insuffisante valorisation des mécanismes amiables de résolution des litiges : une tendance commune dans le droit de l'urbanisme en Europe

Le domaine de l'urbanisme est, partout, une source de conflits entre l'administration et la personne privée ou entre les administrations. Les Etats analysés, bien qu'ils aient un système judiciaire très différent (par exemple l'Italie, la France, la Belgique, la Grèce, la Roumanie ont deux ordres de juridiction — judiciaire et administratif —, tandis que l'Espagne dispose d'un juge spécialisé qui appartient à l'ordre judiciaire) se trouvent, quant aux MACRs, dans une situation analogue.

Les mécanismes de résolution amiable ne sont pas assez développés dans le domaine de l'urbanisme, parce que l'administration très souvent utilise un pouvoir de nature discrétionnaire et protège l'intérêt public par une activité unilatérale, encadrée par une procédure régie par la loi.

L'utilisation du pouvoir régalien ne permet pas la transaction, ni la médiation, surtout quand les droits de la personne sont menacés. En Espagne, par exemple, le « Tribunal Supremo » a exclu — mais la doctrine ne partage pas cette affirmation — la possibilité d'utiliser l'arbitrage dans le domaine administratif, car l'administration est exclusivement soumise à la loi vu qu'elle doit protéger l'intérêt public.

En Allemagne la médiation est envisageable dans la seule mesure où l'activité administrative n'est pas régaliennne. Par exemple, la compatibilité entre les divers niveaux de planification ne peut être écartée lors d'une médiation. Quand la protection des droits individuels est requise, la médiation s'avère moins adaptée à garantir la paix et la sécurité juridique : il faut pouvoir disposer d'une procédure « dure » en guise de garantie. En toute hypothèse, pour une partie des litiges en matière d'urbanisme comme ceux qui concernent les partenariats public-privé ou les contrats d'urbanisme, une approche davantage tournée vers la médiation s'impose.

La souplesse, qui est la plus étonnante caractéristique des MACRs, serait en conflit avec la nécessité de protéger l'intérêt public, qui doit être évaluée en principe uniquement par les sujets avec une légitimité démocratique.

Dans beaucoup d'Etat européens — en particulier en Grèce et en Espagne —, une procédure a une fonction très importante dans le domaine de l'urbanisme. Il en est ainsi quand un tiers sert de trait d'union entre l'administration et les personnes privées. La procédure de l'*ombudsman*, en principe, est moins flexible que celle qui est utilisée dans le cadre de la médiation.

En Espagne au niveau local, l'*ombudsman*, appelé « *sindico municipal de agravios* », peut proposer une conciliation ou un accord entre l'administration et le citoyen, mais cela se fait, en réalité, seulement en

Catalogne. Le « defensor del pueblo », indépendant de tout pouvoir, peut proposer des solutions mais il n'a pas le pouvoir d'annuler les actes administratifs ni d'infliger des sanctions.

L'*ombudsman*, au Royaume-Uni, peut uniquement intervenir sur les modalités de la procédure — légalité formelle —, non sur les choix contenus dans les actes de planification — légalité substantielle —. Aux Pays-Bas, l'*ombudsman* peut intervenir dans le domaine de l'urbanisme, mais tout simplement en donnant des avis et des recommandations : encore une fois il est limité par l'activité discrétionnaire ou unilatérale de l'administration.

Dans tous les Etats, c'est le juge administratif ou le juge judiciaire — civil ou pénal — qui tranche la plupart du contentieux, généralement après la présentation d'un recours administratif — obligatoire ou facultatif —

Dans presque tous les Etats d'Europe, les contestations préalables devant l'administration remplissent une fonction essentielle, surtout au Royaume-Uni où, si l'administration n'a pas préalablement statué, on ne peut pas saisir le juge. Le juge va seulement contrôler l'acte administratif du point de vue de la stricte légalité, tandis que l'administration évalue aussi le contenu de l'acte du point de vue substantiel.

En raison de la croissance des demandes, on devrait renforcer les modes de résolution extrajudiciaire, surtout les modes amiables. Cette nécessité, entravée par le caractère indisponible des droits à protéger, est devenue urgente dans certains Etats comme la Grèce où on assiste à une paralysie des projets immobiliers causée par la durée des procès devant le juge administratif et par l'incertitude quant à leur issue. En Italie également, il est devenu essentiel de développer les MACRs puisque dans un contexte de disette budgétaire, on assiste à une augmentation étonnante des frais de justice, surtout en matière de contrats publics devant le juge administratif, tandis que le nombre des magistrats en service va diminuer à cause de la baisse de l'âge de la retraite (de 75 à 70 ans). Ces mesures ne semblent pas compatibles avec l'article 24 de la Constitution italienne qui garantit à tous une protection complète des droits et des intérêts légitimes.

En Europe, par des voies différentes, presque tous les pays se sont dotés de moyens de prévention du contentieux. Prévenir les litiges, surtout au niveau de la procédure administrative, est considéré comme prioritaire : voilà une raison qui permet de souligner l'intérêt à développer les MARCs.

La participation du public, surtout au moment de l'élaboration des plans d'urbanisme, est très favorisée, surtout au Royaume-Uni, en Grèce, en Espagne, au Portugal, aux Pays-Bas. En Suisse, il existe l'enquête publique qui remplit une fonction importante. Celle-ci est un mode de participation à l'action administrative : elle permet à chacun de prendre connaissance des plans nouveaux ou modifiés, sur une zone et de présenter

à l'autorité compétente ses observations. L'enquête publique ne peut pas être rattachée aux modes amiables de résolution de litiges, puisque après l'enquête publique une éventuelle modification du projet dépend uniquement d'une décision discrétionnaire de l'autorité.

S'agissant de la prévention du contentieux, dans tous les Etats, la loi impose le caractère obligatoire de la motivation des actes d'urbanisme et favorise les modèles contractuels d'urbanisme, surtout en Italie.

En Italie, les procédures d'urbanisme contractualisées ou consensuelles, accords ou contrats entre les administrations et les personnes privées, sont, depuis longtemps, très développées. La plus utilisée est l'accord de planification : un accord entre l'administration et la personne privée qui a pour objet l'aménagement d'une partie très délimitée du territoire. Entre les mêmes intéressés, on a favorisé aussi les contrats de péréquation urbaine, conçus pour réduire les inégalités parmi les propriétaires découlant de la diversité des affectations du sol prévues dans la planification urbaine. Le but est d'éviter l'expropriation des propriétés requises pour la réalisation des travaux publics.

Au Portugal aussi, l'adoption consensuelle de la décision administrative favorise naturellement la prévention des litiges entre l'administration et les citoyens.

Quant à l'arbitrage, on en trouve rarement qui sont conçus spécifiquement pour l'urbanisme.

En Italie, l'arbitrage concernant le contentieux avec l'administration a pour seul objet (art. 12 du code de procédure administrative contentieuse, décret législatif n° 104/2010) de protéger les droits individuels, dans le domaine de la compétence exclusive du juge administratif, c'est-à-dire les cas dans lesquels le litige affecte des droits et non des intérêts légitimes. L'activité régaliennne de l'administration en Italie ne peut pas être soumise à l'arbitrage, à la médiation ou à la transaction, sauf dans le domaine des obligations civiles et commerciales. L'arbitrage, prévu par la loi ou dans une convention d'arbitrage, est largement développé, au contraire, dans le domaine des travaux publics.

L'arbitrage obligatoire a été considéré par la Cour constitutionnelle italienne comme contraire à l'article 24 de la Constitution¹⁰.

En Italie, en matière de contrats publics, on distingue la phase de passation, caractérisée par des pouvoirs discrétionnaires étendus de l'administration, et la phase de l'exécution, durant laquelle les pouvoirs sont limités. Concernant la première phase, il faut rappeler l'obligation d'information de la volonté de former un recours, qui était établi en application de l'article 243 du code des contrats (décret législatif n. 163 de 2006, au présent abrogé, et l'avis précontentieux qui devait être demandé à l'ANAC (« Autorità Nazionale

¹⁰ Lire Corte cost. n.221/2005, n. 325/1998 et n. 381/1997 dans www.Cortecostituzionale.it

Anticorruzione) – Autorité Nationale Anticorruption), article 6, alinéa VII du même décret législatif 163/2006. Dans le premier cas, la personne concernée, avant de former un recours, devait informer l'administration de son intention, afin que l'administration puisse intervenir, si elle en voit l'utilité, en annulant la passation. Dans le second cas, l'ANAC donnait un avis non contraignant et n'était donc pas en mesure de trancher le litige. Ces deux mécanismes ne constituent pas des MACRs au sens propre, car ils ne vont pas résoudre le litige, mais ils sont susceptibles, au moins potentiellement, de réduire le contentieux¹¹. Le nouvel «Code des contrats publics», décret législatif 50/2016, qui a abrogé le décret législatif 163/2006 et rédigé en application de la l. 11/2016, dans son art. 208 établit des moyens pour réduire le contentieux administratif¹²: l'avis de l'ANAC qui devient contraignant si les parties le décident en avance et la « recommandation » de l'ANAC à les administrations soit d'annuler soit de modifier leurs actes en violation de la loi durant toutes les différentes phases d'exécution des contrats. Contre les avis et les « recommandations » en violation de la loi les juges administratifs peuvent être saisis.

En revanche, dans la phase d'exécution du contrat, il est possible d'avoir recours aux MACRs classiques — arbitrage, transaction, conciliation — car aucun intérêt public indisponible n'est en jeu.

Au Portugal comme en Italie le recours à l'arbitrage volontaire est possible. Les citoyens ont le droit d'exiger de l'administration une convention d'arbitrage, conformément aux termes de la loi. La loi sur la procédure administrative prévoit notamment la possibilité de constituer des centres d'arbitrage permanents voués tout spécialement à la résolution des litiges urbanistiques. A ces centres d'arbitrage, qui ne sont pas encore opérationnels en matière d'urbanisme, peuvent être attribuées des fonctions de conciliation, de médiation ou de consultation dans le cadre de la procédure de contestation administrative. Au Portugal comme en Italie, on trouve l'« expropriation amiable » ou « expropriation accessoire aux plans ». Pour l'exécution des plans d'urbanisme, les administrations locales sont soumises à l'obligation de tenter de nouer un accord avec l'exproprié, ainsi qu'avec les autres intéressés à substituer la procédure d'expropriation par un accord entre les parties — c'est le cas en Italie — ou sur la valeur de la juste indemnisation — c'est le cas au Portugal —. En Allemagne, l'arbitrage est exclu dans les cas d'aménagements publics. Au contraire, il peut être envisagé pour régler les conflits nés de l'exécution d'un contrat d'urbanisme ou pour trancher un litige concernant les seuls frais de planification. Dans cette matière, on peut envisager aussi des clauses arbitrales stipulant que,

¹¹ Voir. B.MARCHETTI, *Le ADR nel contenzioso dei contratti pubblici*, www.giustamm.it, 2015,10.

¹² Lire M.A : SANDULLI, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, www.federalismi.it, 2016,10 et M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e "precontenziosa" nel nuovo "Codice dei contratti pubblici"* www.federalismi.it, 2016, 7.

sans arbitrage, le recours au juge devient irrecevable. Dans le domaine de l'activité de planification, l'arbitrage ne trouve pas application puisqu'il faut garantir la protection de l'intérêt commun, des biens publics protégés mais surtout des droits individuels comme la santé, l'environnement etc., et les intérêts des tiers propriétaires. Une fois le juge saisi, une entente à l'aimable n'est possible que si les parties peuvent disposer de l'objet du litige, chose rare dans les conflits de droit administratif, plus fréquente en droit civil ou commercial.

Il y a des pays où des commissions de conciliation sont établies pour régler les conflits liés à l'élaboration décentralisée des documents d'urbanisme. En France, par exemple, la loi 83-8 du 7 janvier 1983 sur le partage des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat, avait prévu dans chaque département, une « commission de conciliation », confirmée par la suite par l'art. L.121-6 du Code de l'urbanisme. Elle est composée d'élus communaux et de personnalités qualifiées en matière d'aménagement, d'urbanisme, d'architecture ou d'environnement, et a pour mission la recherche d'un accord amiable en matière d'élaboration et de révision des SCOT et des PLU¹³.

La commission ne tranche pas elle-même les litiges, mais se limite à formuler des « propositions » en vue du règlement des litiges entre personnes publiques associées. La commission n'a pas de compétence obligatoire pour arbitrer les conflits entre l'Etat et les communes ou leurs groupements. Les cas de saisine obligatoire de la commission sont limités : d'ici vient sa faiblesse.

Cette commission plus qu'un MACR constitue un essai d'harmonisation institutionnelle des prévisions et des décisions des différentes collectivités.

6. Conclusion

Le domaine de l'urbanisme est partout une vaste source de conflits entre l'administration et la personne privée ou entre les administrations entre elles. Les mécanismes de résolution amiable ne sont pas assez développés puisqu'on a préféré favoriser la prévention des conflits au niveau de la procédure administrative. La souplesse, qui est la plus étonnante caractéristique des REL, serait en conflit avec la nécessité de protéger l'intérêt public, qui doit être évaluée en principe uniquement par les sujets dotée d'une légitimité démocratique ¹⁴

¹³ V. J. MORAND-DEVILLER, *Droit de l'urbanisme*, Dalloz, 2014, 15^{ème} éd. ; P. SOLER-COUTEAUX et E. CARPENTIER, *Droit de l'urbanisme*, Dalloz, 2013, 75.

¹⁴ Lire M.P. CHITI, *Le riforme amministrative e la giustizia amministrativa*, in P.L. PORTALURI, édité par, *L'amministrazione pubblica, i cittadini, la giustizia amministrativa: il percorso delle riforme*, ESI, 2016 48-49. L'Auteur se montre sceptique quant à l'utilisation de modes alternatifs de règlement des conflits non seulement en matière civile, mais également administrative. Les vrais modes alternatifs de résolution des conflits présupposent que les parties se trouvent dans une



Mais si les pouvoirs régaliens ne sont pas utilisés, les MARCs doivent trouver pleine utilisation. Il s'agit, en effet, d'un mécanisme flexible, souple, dirigé par les parties, apte à préserver ou à restaurer la paix sociale, donc à répondre rapidement à la demande de justice sociale dans un contexte de restriction des moyens budgétaires qui, petit à petit, conduira à un accès au juge administratif de plus en plus sélectif.

En ce qui concerne les différends en matière d'urbanisme, dans le cas où l'administration agirait dans le cadre de ses pouvoirs discrétionnaires, par exemple l'aménagement du territoire, l'inégalité éventuelle de la position des parties peut trouver un rééquilibrage dans le procès, alors que cela n'arrive pas dans la médiation et la conciliation.

L'accès au juge administratif et l'utilisation des REL devraient s'intégrer mutuellement à la lumière du principe selon lequel chaque litige doit trouver une forme adéquate (proportionnée) de résolution, et intervenir très tôt puisque un contentieux trop long va décourager les investissements des entrepreneurs dans le domaine immobilier et, donc, affecter l'économie nationale. Voilà donc une bonne raison supplémentaire de développer les MARCs qui vont garantir une solution plus rapide, et en tout cas, de qualité.

situation en principe comparable, tandis que les relations administratives se caractérisent par la présence d'une administration publique qui exerce presque toujours ses prérogatives de puissance publique. Même dans les relations avec l'administration publique régies par le droit civil, l'administration publique doit respecter son rôle de garant de l'intérêt général qui ne peut pas faire l'objet de négociations. L'Auteur conclut donc que le recours aux modes alternatifs de règlement des conflits ne pourra pas devenir la règle générale dans notre ordre juridique mais, tout au plus, il sera possible dans des domaines précisément encadrés. Plutôt que viser les modes alternatifs de règlement des conflits pour réduire le contentieux administratif, il serait préférable d'essayer de rendre l'administration publique plus efficace