

Les conditions de recours à la transaction

Formule ancienne, la transaction est encore aujourd'hui un mode efficace de règlement des différends, sous réserve de respecter les conditions strictes de recours qui s'appliquent à la transaction en matière administrative.

Traditionnellement présenté comme un instrument de droit privé, la transaction concentre aujourd'hui les attentes des personnes publiques, de leurs partenaires privés ainsi que des usagers afin de constituer une solution sécurisée et souple pour le règlement de leurs différends.

Son ancrage en droit administratif est pourtant ancien dans la jurisprudence⁽¹⁾, mais sans que le juge ne vise expressément l'article 2044 du Code civil qui consacre la transaction de droit privé, ce qui a été accompli à l'égard des personnes publiques par la création du code des relations entre le public et l'administration.

Aux termes de l'article L. 423-1 du Code des relations entre le public et l'administration, « 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 ». Il est également précisé que « la transaction est formalisée par un contrat écrit ».

Par une définition semblable à celle du Code civil, elle se distingue des autres procédures amiables - l'arbitrage et la conciliation - par son caractère interpartes :

Auteur

Marion Terraux
Maxime Gardellin
Avocats à la Cour
SCP Seban et Associés

Mots clés

Conditions de formation • Conditions de validité • Exécution • Transaction

(1) CE 22 juin 1883, *Ministre de la Marine c./ Corbet*, *Rec. CE* p. 589.



la transaction ne nécessite pas l'intervention d'un tiers dès lors qu'elle ne résulte que du seul accord entre les parties.

Particularité du droit administratif, le domaine de la transaction en droit administratif est restreint, notamment à la responsabilité administrative et aux contrats administratifs, puisque la transaction ne permet pas de renoncer à contester une décision administrative relevant de l'excès de pouvoir^[2].

Son recours en matière de responsabilité a notamment été encouragé par la circulaire du Premier ministre du 6 février 1995, avant de l'être de manière plus générale, par le célèbre rapport de l'Assemblée générale du Conseil d'Etat intitulé *Régler autrement les conflits*, publié le 4 février 1993, puis par des circulaires du 7 septembre 2009 et du 6 avril 2011.

Le résultat en serait si mitigé que le sujet du développement de son recours serait devenu un véritable « serpent de mer »^[3], en témoigne les 1,3 % des affaires de l'État où l'agent judiciaire de l'État a transigé en 2015 et 2016^[4].

En réalité, le recours à la transaction se serait concentré, pour l'État, dans des domaines où la loi le vise expressément, comme pour la matière fiscale^[5], alors que les administrations autres que l'État, comme les collectivités territoriales, sembleraient y recourir de manière plus fréquente.

Récemment, le Législateur a été saisi du sujet à deux reprises en trois ans avec la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle puis la loi n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un État au service d'une société de confiance.

Et, pour cause, ce regain d'actualité ne manque pas d'intérêts, tant au regard du désencombrement nécessaire des juridictions administratives que de la meilleure maîtrise des frais de justice des personnes publiques.

Se pose donc la question de savoir dans quelles conditions le recours à une transaction est pertinent lorsqu'une administration décide de recourir au règlement amiable d'un litige en matière de contrats publics.

Si les avantages à tirer d'une transaction emportent inévitablement la conviction que son recours doit être développé, c'est à la condition de respecter strictement le cadre juridique qui s'applique aux transactions.

[2] Cf. CE 2 février 1996, Sté Etablissements Croquet, req. n° 152406.

[3] Cf. Discours d'ouverture de M. J.-M. Sauvé pour les sixièmes Etats généraux du droit administratif de juin 2016.

[4] Etude d'impact du projet de loi pour un Etat au service d'une société de confiance, p. 77 et s.

[5] Cf. articles L. 247 et s. du livre des procédures fiscales.

Le choix de la transaction présente de nombreux mérites

Le recours à la transaction n'est pas sans présenter d'avantages d'autant que plusieurs mécanismes visent à garantir ses effets.

Les avantages à tirer du recours à la transaction

Souvent répétés, tant par les circulaires successives du Premier ministre sur le sujet que par la doctrine^[6], les avantages que présentent le recours à une transaction sont suffisamment nombreux pour avoir le mérite d'être énumérés.

Tout d'abord, le recours de la transaction est souple, il est possible d'y recourir, avant l'engagement d'une procédure contentieuse, mais également à tout stade de l'instruction, y compris en cassation^[7], et sans qu'aucun texte n'ait à le prévoir^[8].

Puis, il ne va sans dire que « parce qu'elle permet de traiter, sans recours au juge, les litiges où les questions de fait l'emportent sur des questions de droit, la transaction permet de ne renvoyer aux juridictions que le traitement des litiges qui posent un problème juridique sérieux »^[9].

Dans de telles hypothèses, la transaction est une source d'économie pour les juridictions, mais également pour les justiciables, qui évitent frais et délais de jugements, et constitue une solution rapide pour « résoudre des irrégularités ou, plus simplement, des explications et dissiper des malentendus »^[10].

En matière contractuelle, la longueur des délais de jugement, ajoutée à la complexité des dossiers, a régulièrement pour conséquence d'augmenter les intérêts moratoires dont les parties devront s'acquitter à l'issue de la procédure.

N'oublions pas non plus que la transaction, en tant qu'accord issu de la négociation entre les parties sur un litige les opposant, peut satisfaire au mieux les intérêts des deux parties, sans l'intervention d'un tiers extérieur.

Dans ce cadre, le recours à la transaction constitue un moyen d'instaurer (ou de restaurer) le dialogue entre les parties afin, non seulement de préserver les intérêts de

[6] Cf. Del Farra T., « La transaction administrative », *CP-ACCP*, n° 64, mars 2007 ; Soler-Couteaux P. et Louis J.-J., « Du bon usage de la transaction administrative dans les contrats publics », *Contrats et marchés publics* n°2, décembre 2000.

[7] Cf. CE 11 juillet 2008, Société Krupp Hazemag, req. n° 287354.

[8] Cf. CE 3 novembre 1943, Commune de Saint-Chély-d'Alcher, req. n° 61546.

[9] Cf. Circulaire du 6 février 1995 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits.

[10] Cf. Discours d'ouverture de M. J.-M. Sauvé lors des sixièmes Etats généraux du droit administratif, juin 2016.

chacun, mais également d'améliorer la relation générale entre l'administration et les usagers.

En effet, l'action contentieuse peut être perçue, dans certaines circonstances, comme un échec des relations contractuelles, dont les effets se ressentent également en termes d'image.

Concrètement, une transaction portant sur un litige contractuel peut régulièrement déboucher sur la conclusion d'un avenant, au lieu d'un contentieux long où, sans échanges informels entre les parties, l'issue se conclut le plus souvent par la fin de la relation contractuelle.

Mais, même dans l'hypothèse d'une fin inévitable du contrat, la transaction est utile car elle ne permet pas seulement de résoudre les difficultés d'exécution d'un contrat mais peut également porter, à défaut de contrat valide, sur le paiement de prestations effectuées ou encore sur l'indemnisation des parties ayant subies des préjudices au titre de la responsabilité extracontractuelle.

Les garanties pouvant être attachées aux effets d'une transaction

Comme le rappelle la circulaire du Premier ministre du 6 avril 2011, l'effet de la signature d'une transaction, dont la conclusion est valide, est triple.

Avant toute chose, le premier effet d'une transaction est de mettre fin au litige sur lequel elle porte : elle emporte donc des conséquences extinctives à l'égard de la procédure contentieuse.

Si la transaction intervient avant l'introduction d'un recours, ce dernier devient irrecevable⁽¹¹⁾. Si les parties transigent en cours d'instruction, le recours devient alors sans objet⁽¹²⁾. En l'absence de désistement, le juge administratif prononce un non-lieu.

Ensuite, la transaction n'est opposable, comme tous les actes contractuels, qu'aux parties signataires, sauf hypothèse particulière de succession des parties par des tiers dans leurs droits et obligations.

Par ailleurs, la transaction est exécutoire de plein droit en application de la jurisprudence du Conseil d'État⁽¹³⁾.

À cet égard, on remarquera que la formule de l'ancien article 2052 du Code civil, critiquée comme étant excessive par la doctrine⁽¹⁴⁾, selon laquelle « les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort », a été supprimée par la loi n° 2016-1547

du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

La transaction s'exécute également « sans qu'y fassent obstacle, notamment, les règles de comptabilité publique »⁽¹⁵⁾, précision qui a mis fin aux réticences, d'une autre époque, des comptables publics⁽¹⁶⁾.

Exécution de plein droit qui a également pour conséquence que les parties ne peuvent revenir sur leurs engagements pris, en introduisant un recours alors qu'elles y avaient renoncé, ou en réclamant ultérieurement une somme supérieure à ce qu'elle avait convenu⁽¹⁷⁾.

Mais l'exécution d'une transaction peut également être provoquée, en cas de difficulté plus sérieuse, par la saisine du juge administratif par les parties aux fins de faire homologuer la transaction. Le recours au juge doit rester « exceptionnel »⁽¹⁸⁾, à moins de nuire à la raison d'être de la transaction, d'autant qu'il n'est possible que pour un motif d'intérêt général et afin de résoudre une illégalité ou des difficultés particulières ne pouvant donner lieu à régularisation⁽¹⁹⁾.

D'ailleurs, la loi prévoit parfois des mécanismes plus spécifiques, visant à assurer la force exécutoire d'une transaction, tels que l'enregistrement d'une transaction portant désistement de recours sur une autorisation d'urbanisme à l'article L. 600-8 du Code de l'urbanisme.

Le recours à la transaction est néanmoins strictement encadré

Pour préserver l'utilité de son recours, il convient de respecter le cadre juridique strict qui s'applique aux transactions administratives, tant au regard de la formation que de la validité de la transaction.

Sur les conditions de formation de la transaction

Le recours à la transaction est soumis en droit administratif à une forme de collégialité (l'organe exécutif ne peut conclure un contrat qu'après autorisation de l'organe délibérant) qui dilue la responsabilité du seul décisionnaire.

Cela s'exprime, pour les collectivités territoriales, par la compétence de l'organe délibérant⁽²⁰⁾ pour se prononcer

[11] Cf. CE 13 janvier 1984, OPHLM de Firminy c./ MM. Delfante et Roux, req. n° 34135.

[12] Cf. CE 26 juillet 1935, Dame Moussemépés, *Rec. CE* p. 902.

[13] Cf. CE Avis, 6 décembre 2002, Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Hay-Les-Roses, n° 249153.

[14] Cf. Lyon-Caen A., « Sur la transaction en droit administratif », *AJDA* 1997, p. 48.

[15] Cf. CE, Avis, 6 décembre 2002 précité.

[16] Gourdou J. et Terneyre P., « Les transactions administratives », *RJEP*, n° 603, novembre 2003.

[17] Cf. CAA Nancy, 30 janvier 2018, SICOM de Piennes, req. n° 419436, dont le pourvoi en cassation a été récemment rejeté (cf. CE 17 octobre 2018, req. n° 419436).

[18] Cf. Circulaire du 6 avril 2011 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits.

[19] CE Avis, 6 décembre 2002, précité.

[20] Cf. CGCT, art. L. 2541-12-14° pour le conseil municipal et CGCT, art. L. 3213-5 pour l'assemblée générale du département ; voir également CE Avis, 21 janvier 1997, n° 359996.



sur les éléments essentiels de la transaction^[21]. S'agissant des communes, le maire demeure chargé d'exécuter la délibération du conseil municipal^[22], et il peut disposer d'une délégation du conseil municipal pour transiger avec des tiers dans certaines limites^[23].

Pour les établissements publics de l'État, la transaction doit être autorisée par le Premier ministre, ainsi que l'indique désormais expressément l'article 2045 du Code civil.

En ce qui concerne les administrations de l'État, le partage classique des compétences entre Premier ministre, ministres et autorités déconcentrées doit être observé. Pour un exemple récent en jurisprudence, un préfet ne peut transiger au sujet du désistement d'un pourvoi en cassation formé par le ministre de l'Intérieur^[24].

D'une manière générale, il conviendra de s'assurer que le signataire de la transaction administrative est compétent, c'est-à-dire habilité par l'organe délibérant ou son autorité hiérarchique selon les cas, ce qui ne s'écartera pas véritablement de la transaction en droit privé.

Par ailleurs, s'agissant uniquement des administrations de l'État, un comité ministériel de transaction peut rendre un avis sur le principe du recours à la transaction et son montant. Cet avis est obligatoire lorsque le litige est d'un montant minimum de 500 000 euros.

Cette nouveauté issue de la loi n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un État au service d'une société de confiance, et son décret d'application n° 2018-1029 du 23 novembre 2018 relatif aux comités ministériels de transaction^[25], a pour objectif d'encourager à la transaction en sécurisant son recours par l'intervention d'un organisme collégial^[26].

Cette sécurisation est également assurée par le fait que « 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 »^[27]. Ce qui n'exclut néanmoins pas la responsabilité pénale du signataire, ni sa responsabilité civile (sous réserve de démontrer une faute personnelle), ni la responsabilité personnelle des comptables publics ou des contrôleurs financiers^[28].

[21] Cf. CE 11 septembre 2006, Commune de Théoule-sur-Mer, req. n° 255273.

[22] Cf. CGCT, art. L. 2122-22-16°.

[23] Cf. CGCT, art. L. 2122-21-7°: 1 000 € pour les communes de moins de 50 000 habitants et de 5 000 € pour les communes de 50 000 habitants et plus.

[24] Cf. CE 9 novembre 2018, SCI Bagne Ô Lait c./ Préfet de Seine-Saint-Denis, req. n° 412696.

[25] Codifié aux articles L. 423-2, R. 423-3 et s. du Code des relations entre le public et l'administration.

[26] CE, Avis, 23 novembre 2017, sur le projet de loi pour un État au service d'une société de confiance, n° 393744.

[27] Cf. second alinéa de l'article 423-2 du Code des relations entre le public et l'administration.

[28] Cf. Eveillard G., « La transaction », *RFDA* 2018, p. 829.

En revanche, l'exigence d'un écrit est une condition de forme particulièrement souple, peut être le seul véritable point où la jurisprudence du Conseil d'État s'écartera de celle de la Cour de cassation.

Sur les conditions liées à la validité d'une transaction

La validité de la transaction est soumise à trois conditions classiques : outre qu'elle doit prévenir ou mettre fin à une contestation effective, la transaction doit avoir un objet licite et contenir des concessions réciproques et équilibrées.

S'agissant tout d'abord de la licéité de l'objet de la transaction, des règles d'ordre public sont spécifiques aux personnes publiques.

Il s'agit, par exemple, de l'impossibilité de transiger sur la délimitation du domaine public^[29] ou encore sur la remise en cause d'une décision rendue en matière d'excès de pouvoir^[30].

D'autres règles d'ordre public sont issues de la loi.

Il s'agit notamment de l'interdiction de transiger sur les intérêts moratoires dans les marchés publics^[31] ou encore de l'interdiction faite aux communes de renoncer, directement ou par une clause contractuelle, à engager la responsabilité d'un tiers^[32].

Mais la véritable particularité du droit administratif concerne l'appréciation des concessions réciproques entre les parties, en ce que les personnes publiques ont l'interdiction de consentir des libéralités^[33].

Ce principe a été interprété strictement par une décision du Conseil d'État du 8 décembre 1995, *Commune de Saint-Tropez*^[34], selon laquelle une indemnité transactionnelle doit comprendre, outre une somme correspondant à la réparation du préjudice subi y incluant le manque à gagner, les dépenses utiles exposées par le cocontractant de la personne publique.

Mais, d'une part, la personne publique n'a pas pour autant aucune marge de manœuvre lorsqu'elle souhaite transiger.

Si les concessions doivent être équilibrées, elles n'ont pas forcément l'obligation d'être équivalentes^[35], et une partie peut renoncer à une indemnisation en contrepartie de la réalisation par l'autre partie des travaux que l'indemnisation devait financer^[36].

[29] Cf. CE, 20 juin 1975, Leverrier, *Rec. CE* p. 382.

[30] Cf. CE 13 juillet 1967, Ministre de l'éducation nationale c./ Ecole privée de filles de Pradelles, *Rec. CE* p. 339.

[31] Cf. article 67 de la loi n° 94-679 du 8 août 1994 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier.

[32] Cf. CGCT, art. L. 2131-10.

[33] Cf. CE 19 mars 1971, Sieur Mergui, req. n° 79962.

[34] CE 8 décembre 1995, req. n° 144029.

[35] Pour le renoncement à une créance en échange du maintien de l'emploi local ; cf. CE, Société Krupp Hazemag, précité.

[36] Cf. CE, Commune de Saint-Pierre-Les-Bois, précité.



D'autre part, selon les conclusions du rapporteur public, Madame Pascale Flombeur, sous la décision du Conseil d'État M. Comparat⁽³⁷⁾, « il nous semble que le juge du contrat devrait faire une application mesurée de la jurisprudence Mergui, en se bornant à rechercher s'il existe bien une obligation de payer – parce que, notamment, le préjudice existe et est imputable à l'administration – et s'il n'y pas de disproportion manifeste entre la somme payée et la somme due ».

Ainsi, le principe tenant à ce qu'« une personne publique ne peut être condamnée à payer ce qu'elle ne doit pas » n'est pas à appliquer au pied de la lettre, mais revient à faire une exacte appréciation des montants d'une indemnité transactionnelle.

À défaut, la transaction sera illégale, et le juge peut refuser son homologation entraînant la nullité de la transaction⁽³⁸⁾. Et, sauf l'hypothèse particulière de l'avis du

comité ministériel de transaction exonératoire de responsabilité personnelle, la responsabilité du signataire pourra notamment être engagée, en sa qualité d'ordonnateur, devant la Cour de discipline budgétaire et financière⁽³⁹⁾.

En définitive, rares sont en réalité les hypothèses où le recours à une transaction n'est pas une option pertinente pour la résolution d'un litige. La transaction est néanmoins soumise à un cadre juridique contraignant, dont le respect impose à l'administration de disposer de compétences importantes, non seulement pour avoir la capacité d'examiner un dossier transactionnel comme le ferait un juge, mais aussi pour évaluer les sommes dues en cas de litige indemnitaire. Le recours à la transaction appelle donc à être maîtrisé pour que son utilisation, si bénéfique soit-elle, puisse prospérer.

(37) CE 29 décembre 2000, req. n° 219918.

(38) Cf. CE, Société Krupp Hazemag, précité.

(39) Cf. Code des juridictions financières, art. L. 313-6.