

CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

Transiger avec l'Administration : mode d'emploi ^{344y2}

L'essentiel

La transaction administrative fait l'objet d'une actualité vivante, tant législative que jurisprudentielle. Cet instrument a vocation à se développer pour faciliter le règlement des différends entre Administration et administrés. Afin de s'en saisir de manière efficace, il convient cependant d'en connaître les contours et les spécificités.



Étude par
Sylvain BERGÈS
Avocat associé, Racine

L'usage de la transaction présente de nombreux avantages dont celui de régler de manière rapide et confidentielle les différends. Au surplus, il favorise le désencombrement des tribunaux. Néanmoins, en 2015 et 2016, l'État a conclu simplement 295 transactions. Sur la même période, 7 894 décisions ont été rendues. L'État a transigé dans moins de 1,3 % des différends dans lequel il a été

impliqué ⁽¹⁾. Face à ce constat, la loi du 20 juillet 2018, *pour un État au service d'une société de confiance* a souhaité encourager le recours au mécanisme transactionnel. Elle introduit des comités transactionnels, obligatoirement saisis lorsque le montant de la transaction excède 500 000 € ⁽²⁾. Ils ont pour but de rassurer les signataires de la transaction. En effet, les agents publics sont parfois réticents à y recourir, craignant que leur responsabilité personnelle puisse être engagée de ce fait. Désormais, s'ils suivent l'avis du comité pour la conclusion de la transaction, les agents publics devraient être préservés de cet écueil. Ils sont ainsi incités à utiliser ce dispositif.

La jurisprudence récente s'inscrit dans ce même courant facilitateur (I), mais n'omet pas de rappeler le régime exorbitant du droit commun de la transaction administrative (II).

I. LE RECOURS À LA TRANSACTION ADMINISTRATIVE

Le législateur et le juge ont récemment précisé les conditions de recours à la transaction (A). Un éclairage spécifique doit être apporté quant à la compétence et à la capacité des parties à la conclure (B) ainsi qu'à ses effets et à sa portée (C).

A. Le cadre du recours à la transaction administrative

Il est nécessaire de distinguer la transaction des autres modes alternatifs de règlement des conflits. La

conciliation et la médiation sont des procédures de règlement des litiges, régies par les articles L. 211-4 et L. 213-1 du Code de justice administrative, par lesquelles les parties tentent de parvenir à un accord, avec l'aide d'un tiers. La transaction n'est pas une procédure de résolution amiable des conflits, mais simplement un contrat permettant de mettre fin ou de prévenir une contestation, par des concessions réciproques.

Ainsi, la transaction peut constituer le point final d'une médiation ou d'une conciliation, mais aussi naître de la volonté des parties hors de toute procédure déterminée. Si elle met un terme au processus de médiation, elle doit contenir des concessions réciproques, sans quoi elle n'acquiesce pas son caractère transactionnel ⁽³⁾. Afin de savoir si le contrat réglant un litige constitue une transaction, le juge recherche donc l'intention des parties.

Dans une transaction, les concessions portent généralement sur l'abandon du recours faisant l'objet du litige contre le versement d'une compensation. Cela en fait un instrument particulièrement utile en droit administratif, où les contentieux entre Administration et administrés ont souvent un objet pécuniaire (actions indemnitaires, contentieux douaniers et fiscaux, etc.).

Ajoutons que l'État a aussi souhaité encourager les transactions dans le champ de la commande publique, par une circulaire du 7 septembre 2009 ⁽⁴⁾, leur permettant de se substituer à des litiges complexes dans lesquels les responsabilités sont souvent partagées.

La transaction a donc vocation à se développer dans de nombreux champs du droit administratif.

B. Les parties au protocole transactionnel

L'État ⁽⁵⁾ comme les collectivités territoriales ⁽⁶⁾ peuvent recourir à la transaction. Cependant, l'autorisation préalable de l'organe délibérant de la collectivité peut être requise pour permettre à l'autorité exécutive de la signer. Pour les établissements publics, le recours à la transaction doit être autorisé par décret du Premier ministre, en vertu de l'article 2045 du Code civil. Le juge contrôle l'existence et l'étendue de l'autorisation ⁽⁷⁾. La plupart y sont autori-

NDA : L'auteur remercie vivement Barbara Azière pour son aide dans la rédaction de cet article.

(1) Étude d'impact du projet de loi Pour un État au service d'une société de confiance, 27 nov. 2017.

(2) CRPA, art. L. 423-2 et s.

(3) TA Poitiers, 12 juin. 2018, n° 1701757, M. et M^{me} B.

(4) Circ., 7 sept. 2009, NOR: ECEM0917498C, relative au recours à la transaction pour la prévention et le règlement des litiges portant sur l'exécution des contrats de la commande publique.

(5) Circ., 6 avr. 2011, NOR: PRMX1109903C, relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits.

(6) CGCT, art. L. 2111-21.

(7) CE, 14 déc 1998, n° 146351, Chambre d'agriculture de la Réunion ; CE, 23 avr. 2001, n° 215552, C.

sés par leur statut pour tout objet, mais l'autorisation peut aussi ne concerner qu'une affaire déterminée.

Pour pouvoir transiger, les personnes publiques doivent au surplus disposer des droits objets de la transaction. Ainsi, la transaction conclue par le préfet et emportant renonciation au pourvoi du ministre de l'Intérieur est nulle, du fait de l'incompétence de son auteur⁽⁸⁾.

La transaction emporte donc la nécessité de veiller à la capacité et à la compétence des parties pour la conclure, sous peine de nullité.

C. La portée de la transaction

La transaction n'a d'effets qu'entre les parties⁽⁹⁾ et sa qualité de contrat lui confère force obligatoire entre elles, en vertu de l'article 1194 du Code civil. Les tiers ne peuvent ainsi s'en prévaloir⁽¹⁰⁾, ni se la voir opposée⁽¹¹⁾. Ils peuvent néanmoins demander au juge l'annulation d'un acte détachable du contrat de transaction⁽¹²⁾. Le bénéfice de l'arrêt *Tarn-et-Garonne*⁽¹³⁾ pourrait en outre leur permettre d'en contester la validité devant le juge du contrat, s'ils justifient d'un intérêt lésé par la transaction.

Qu'il prévienne ou éteigne un litige, ce contrat « fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet », selon l'article 2052 du Code civil. Par la transaction, les parties peuvent renoncer à l'exercice d'un recours, ou même aux effets d'une décision juridictionnelle, ainsi qu'aux procédures d'exécution qui y sont attachées. Dans une décision récente, le juge a validé la transaction par laquelle l'une des parties renonçait au bénéfice de l'astreinte prononcée en sa faveur par le juge de l'exécution⁽¹⁴⁾.

Bien qu'elle n'ait pas la même force qu'une décision juridictionnelle, la transaction « est exécutoire de plein droit, sans qu'y fassent obstacle les règles de la comptabilité publique »⁽¹⁵⁾. Ainsi, lorsqu'elle a un objet indemnitaire, c'est aux comptables publics de procéder au paiement sur son fondement. Ces derniers ne peuvent contester la validité du contrat ou demander son homologation par le juge.

Cependant, cette opération freine parfois la réalisation de certaines transactions, qui restent de ce fait inexécutées. Pour pallier cette difficulté, il est possible de demander au juge d'homologuer la transaction. Cette possibilité, consacrée par le Conseil d'État dans l'avis *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Haÿ-les-Roses*¹⁴ est expressément limitée à deux cas. Le premier recouvre les difficultés particulières d'exécution du contrat, tandis que le second vise les transactions remédiant à une annulation ou à la constatation d'une illégalité non régularisables. L'homologation n'est cependant jamais nécessaire à la validité de la transaction.

L'homologation est en outre conditionnée par la validité du contrat, que le juge contrôle à cette occasion. Il vérifie notamment le consentement des parties, la licéité de l'objet transactionnel, l'absence de libéralités concédées et le respect des règles d'ordre public.

Si le contrat est réputé valide, le juge rend une ordonnance d'homologation ayant force de chose jugée. Le protocole transactionnel peut alors faire l'objet de procédures d'exécution forcée, telles qu'une injonction à l'Administration de payer accompagnée d'une éventuelle astreinte. Dans ce cadre, le juge dispose d'une marge d'appréciation importante et peut décider de l'homologation d'une transaction même lorsqu'une des parties s'y oppose.

Demander l'homologation présente toutefois des risques, son refus entraînant la nullité du contrat. La partie lésée peut alors seulement prétendre, en cas de commencement d'exécution de la transaction, à la restitution des sommes versées en exécution du contrat.

Il convient donc de prévoir dans le protocole transactionnel la date d'effet de l'homologation ainsi que les conséquences du refus d'homologation.

Bien que cette procédure sécurise l'exécution du contrat, elle contredit la finalité de la transaction ; le règlement rapide des litiges en évitant le recours au juge.

Outre l'homologation, Le juge peut également intervenir pour répondre à la demande de l'une des parties d'annuler la transaction, ou de condamner l'autre partie pour inexécution. Il fera alors application de la jurisprudence traditionnelle en matière de contrats administratifs⁽¹⁶⁾.

II. LES PARTICULARITÉS DU RÉGIME DE LA TRANSACTION EN DROIT ADMINISTRATIF

L'avis du Conseil d'État du 6 décembre 2002¹⁴ a précisé que la transaction est un contrat de droit administratif lorsqu'elle intervient pour prévenir ou résoudre un litige dont la résolution aurait relevé de la compétence du juge administratif. Dans le cas contraire, il s'agit d'un contrat de droit privé relevant de la compétence du juge judiciaire.

La transaction administrative se distingue de la transaction judiciaire dans le contrôle que le juge fait des concessions réciproques (A). Elle comporte aussi des interdictions spécifiques au droit administratif, comme l'interdiction de transiger sur les pouvoirs de l'Administration (B) ou sur un recours en excès de pouvoir (C).

A. Le contrôle des concessions réciproques

L'article 2044 du Code civil, comme l'article 243-2 du Code des relations entre le public et l'Administration, rappelle que la qualification de transaction est dépendante de l'octroi de concessions réciproques par chacune des parties. À l'instar du juge judiciaire, le juge administratif en contrôle l'existence. Cependant, son contrôle est plus approfondi puisqu'il porte également sur l'ampleur des concessions.

En effet, l'équilibre des concessions revêt une valeur particulière dans le cas de transactions conclues entre l'Administration et un administré, eu égard à « l'asymétrie

(8) CE, 9 nov. 2018, n° 412696, ministre de l'Intérieur.

(9) CE, 28 nov. 1990, n° 30875, OPHLM de la Meuse.

(10) CAA Nantes, 16 oct. 2009, n° 08NT02560, SA Thalès Engineering et Consulting.

(11) CE, 24 avr. 2012, n° 329737, Centre hospitalier intercommunal de Sèvres.

(12) CE, 11 mai 2011, n° 331153, Sté Lyonnaise des eaux France.

(13) CE, 14 avr. 2014, n° 358994, Dpt Tarn-et-Garonne.

(14) CE, 21 juill. 2017, n° 397129, Assoc. Lien en Roannais.

(15) CE, avis, 6 déc. 2002, n° 249153, Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Haÿ-les-Roses.

(16) CE, 28 janv. 1994, n° 49518, Sté Raymond Carnus et cie ; CAA Versailles, 28 sept. 2017, n° 16VE02808, Institut français de gestion.

structurelle »⁽¹⁷⁾ qui existe entre les deux parties. Celles-ci disposent néanmoins d'une marge de manœuvre importante dans l'élaboration du compromis. Les concessions n'ont pas nécessairement à porter sur l'objet du litige ni sur les prétentions initiales des parties. Elles peuvent ne pas être équivalentes, ni de même nature. Les juges y ont par exemple inclus l'engagement d'une entreprise de maintenir un certain niveau d'emploi sur le territoire de la commune ou celui d'une collectivité d'accomplir des travaux⁽¹⁸⁾. Seul le déséquilibre manifeste entre les concessions sera sanctionné par le juge.

Ce déséquilibre est condamné lorsque l'Administration concède à son cocontractant une libéralité, c'est-à-dire paye à son cocontractant une somme qu'elle ne doit pas. Cette interdiction d'ordre public, consacrée par l'arrêt *M.*⁽¹⁹⁾, vise à protéger les deniers publics. Il ne doit pas exister, au détriment de l'État, de disproportion manifeste entre la somme normalement due par l'Administration et celle qu'elle consent à payer. Cette analyse des libéralités fut précisée par le Conseil d'État dans son avis du 26 avril 2018 relatif au renoncement au projet d'aéroport Notre-Dame-des-Landes⁽²⁰⁾. Il estime que la disproportion de l'indemnité doit aussi être évaluée par rapport au montant du préjudice subi par le concessionnaire. Celui-ci est strictement réduit aux dépenses qu'il a exposées et au gain dont il a été privé.

Le juge accorde ainsi une importance particulière au contrôle des libéralités. Cependant, il reste pragmatique et garde à l'esprit les bénéfices que l'Administration peut tirer de la transaction, ou « l'intérêt général que représente la conclusion de la transaction (...) notamment en termes de résolution plus rapide du litige »⁽²¹⁾. Le Conseil d'État a d'ailleurs récemment confirmé cette analyse, estimant que l'équilibre des concessions s'apprécie de manière globale, et non au regard de la concession accordée pour indemniser chaque chef de préjudice⁽²²⁾.

B. L'interdiction de transiger sur les pouvoirs de l'Administration

« Le juge vérifie (...) que l'objet de cette transaction est licite, et qu'elle ne méconnaît pas d'autres règles d'ordre public »¹⁴. À l'image de l'article 6 du Code civil, les conventions particulières ne doivent permettre de déroger aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.

Cette règle s'oppose à ce que les parties mettent en échec des dispositions légales impératives par la conclusion d'une transaction. Elles ne peuvent conclure un protocole transactionnel dans un domaine dans lequel le contrat est

proscrit, ce que précise la circulaire du 6 avril 2011 (1.3.2)⁵. Celle-ci exclut du champ des transactions certaines prérogatives propres à la puissance publique comme l'aliénation d'une parcelle du domaine public, sa délimitation, l'étendue des pouvoirs de police de l'État ou la renonciation au paiement des intérêts moratoires exigibles dans un marché public. De même, l'autorité administrative ne peut renoncer à l'exercice de son pouvoir réglementaire par la signature d'un protocole transactionnel⁽²³⁾.

La circulaire précise également que les questions de légalité sont hors du champ de la transaction. Ainsi, on ne peut maintenir une décision illégale⁽²⁴⁾ ou régulariser un marché illégal⁽²⁵⁾ par une transaction. Dans ce sens, le Conseil d'État a récemment précisé qu'on ne peut transiger sur un litige dont la résolution ressort de règles établies par la loi. La transaction, en l'espèce, avait pour objet le versement de salaires légalement dus à un détenu par l'Administration. Le contrat fut jugé dépourvu de contrepartie, le détenu y ayant droit du fait de la loi⁽²⁶⁾.

L'objet de la transaction administrative n'est donc pas illimité et il conviendra de veiller au respect des prérogatives propres à l'Administration et au régime exorbitant du droit commun auquel elle est soumise.

C. La remise en question de l'interdiction de renoncer au droit au recours

La transaction permet de renoncer à un recours juridictionnel, de manière préventive ou extinctive. Néanmoins, un tel renoncement ne saurait intervenir en matière de recours pour excès de pouvoir. De longue date, le juge administratif refuse que le respect de la légalité puisse faire l'objet de concessions⁽²⁷⁾. Seuls les recours de pleine juridiction peuvent faire l'objet de transaction.

Si cette règle est régulièrement rappelée par le juge administratif⁽²⁸⁾, elle semble avoir été remise en cause dernièrement.

En premier lieu, le Conseil d'État a validé, en 2011, un protocole transactionnel portant désistement de l'action en excès de pouvoir en cours⁽²⁹⁾. Cette solution fut suivie par les juridictions inférieures, acceptant de donner acte du désistement du recours engagé⁽³⁰⁾. Plus encore, le tribunal administratif de Cergy-Pontoise a conclu, en 2015, à la validité du protocole transactionnel par lequel une des parties s'engageait à se désister de son recours en annulation d'un permis de construire, de démolir ou d'aménager⁽³¹⁾.

En deuxième lieu, ce dispositif fut repris par le code de l'urbanisme, à l'article L. 600-8, modifié par la loi *ELAN* du 23 novembre 2018.

(17) Roussel S., « On ne transige pas avec la loi », *Gaz. Pal.* 18 déc. 2018, n° 338y2, p. 24.

(18) CE, 30 oct. 1974, n° 88044, *Cne de Saint-Pierre-les-Bois c/ Sieur G.* ; CE, 11 juill. 2008, n° 287354, *Sté Krupp Hazemag*.

(19) CE, 19 mars 1971, n° 79962, *Sieur M.*

(20) CE, avis, 26 avr. 2018, n° 394398, relatif à diverses questions de droit des concessions dans le contexte résultant de l'annonce, le 17 janvier 2018, par le Premier ministre de la décision du gouvernement de renoncer au projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes et de procéder à un réaménagement de l'aéroport de Nantes-Atlantique.

(21) Conclusions de Le Chatelier G. sur CE, avis, 6 déc. 2002, n° 249153, *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Haÿ-les-Roses* : RFDA 2003, p. 291.

(22) CE, 9 déc. 2016, n° 391840, *Sté Foncière Europe*.

(23) CE, 9 juill. 2015, n° 375542, *Football club des girondins de Bordeaux*.

(24) Circ. 6 févr. 1995, relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits, pts 1.3.2.3.

(25) CE, 27 mai 1998, n° 165109, *Cne d'Agde*.

(26) CE, 26 oct. 2018, n° 421292, *ministre de la Justice c/ M. C.*

(27) CE, 2 févr. 1996, n° 152406, *Sté Établissements Crocquet* ; CAA Paris, 30 déc. 1996, n° 94PA02185, *Boyer*.

(28) CAA Nancy, 23 mai 2017, n° 15NC01590, *Centre hospitalier de Sedan c/ M.*

(29) CE, 18 nov. 2011, n° 343117, *Ligue d'escrime du Languedoc-Roussillon*.

(30) TA Amiens, 15 mars 2017, n° 1500578, *Assoc. Léo Lagrange*.

(31) TA Cergy-Pontoise, 8 janv. 2015, n° 1209831, *Sté Multi development France*.

En troisième lieu, le Conseil d'État, dans sa décision du 26 octobre 2018²⁹, refuse de s'appuyer sur le moyen de l'interdiction de transiger sur un recours en excès de pouvoir pour rejeter un pourvoi en cassation. Il laisse en définitive le doute planer sur le sort du protocole transactionnel en matière de recours en excès de pouvoir.

L'ouverture de la transaction au recours pour excès de pouvoir pourrait lui permettre de s'ouvrir à des domaines qu'elle n'a pas encore investis, et de jouer un rôle croissant dans la prévention et le règlement des contentieux administratifs.