

Université Paris Ouest Nanterre La Défense

Ecole doctorale de Droit et de Sciences politiques

LA TRANSACTION ADMINISTRATIVE

Thèse pour le doctorat en droit

présentée et soutenue publiquement le 19 novembre 2015

par **Anne-Laure Ponsard**

sous la direction de **Mme Sabine Bousard**

Professeur à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense

Jury

Mme Sabine Bousard, Professeur à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense (directrice de thèse)

M. Bertrand Dacosta, Conseiller d'Etat

Mme Laurence Folliot-Lalliot, Professeur à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense

M. Benoît Plessix, Professeur à l'Université Paris Panthéon-Assas, Paris II (rapporteur)

M. Philippe Yolka, Professeur à l'Université Pierre Mendès France, Grenoble II (rapporteur)

L'Université Paris Ouest Nanterre La Défense n'entend donner aucune approbation, ni improbation aux opinions émises dans la présente thèse ; ces opinions devront être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Mes premiers remerciements vont à Mme le Professeur Sabine Boussard qui guida mes recherches de ses avis et précieux conseils. Qu'elle veuille bien trouver ici l'expression de ma gratitude.

Au cours de ces années, des amis m'ont apporté de très utiles suggestions. Je tiens à citer Antoine, Thomas, Emilie et Valérie et leur témoigner toute ma reconnaissance.

Lara, Hugues et Tiphaine ont accompagné mes derniers moments de bibliothèque, qui, sans eux, auraient été autrement plus difficiles. Je leur dois beaucoup.

Nul n'est plus à remercier que mes parents et mes frères. Je mesure ce que je dois à leur patiente affection et à leur soutien indéfectible.

Enfin, je ne puis oublier Anne-Laure, Alexandra, Marie, Sarah, Claire, Aude, Victoria, Nicolas, Franck, Pauline, Paul, Soulef et ma chère grand-mère ainsi que tous ceux dont la présence fut un insigne bonheur. Ils savent désormais presque tout de la transaction sans l'avoir jamais pratiquée.

SOMMAIRE

Première partie

La consécration de la transaction administrative

Titre I. La qualification de la transaction administrative

Chapitre I. L'élément litigieux dans la transaction administrative

Chapitre II. La dimension contractuelle de la transaction administrative

Titre II. Le régime juridique de la transaction administrative

Chapitre I. La passation des transactions administratives

Chapitre II. Les effets des transactions administratives

Seconde partie

La place secondaire de la transaction administrative

Titre I. Les entraves extérieures à la transaction administrative

Chapitre I. Les entraves extra-juridiques

Chapitre II. Les entraves juridiques

Titre II. Les entraves intrinsèques à la transaction administrative

Chapitre I. Les entraves liées à la formation des transactions administratives

Chapitre II. Les entraves liées à l'exécution des transactions administratives

TABLE DES ABREVIATIONS ET DES SIGLES PRINCIPAUX

AJCT Actualité juridique. Collectivités territoriales

AJDA Actualité juridique. Droit administratif

Arch. Philo. Droit Archives de philosophie du droit

BJDCP Bulletin juridique des contrats publics

Bull. civ. Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Chambres civiles)

CAA Cour administrative d'appel

Cass. Cour de cassation

CC Conseil constitutionnel

CE Conseil d'Etat

Civ. Cour de cassation, chambre civile

CDBF Cour de discipline budgétaire et comptable

CJCE/CJUE Cour de justice des Communautés européennes/de l'Union européenne

CJEG Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz

Contrats-marchés publics Revue Contrats et marchés publics

CP-ACCP Contrats publics. L'actualité de la commande et des contrats publics

Crim. Cour de cassation, chambre criminelle

D. Recueil Dalloz

Dr. Adm. Revue Droit administratif

GAJA Les grands arrêts de la jurisprudence administrative

JCP A La semaine juridique, édition Administration et collectivités territoriales

JCP E La semaine juridique, édition Entreprise et affaires

JCP G La semaine juridique, édition générale

JOCE/JOUE Journal officiel des Communautés européennes/de l'Union européenne

JORF Journal officiel de la République française

Leb. Recueil Lebon des arrêts du Conseil d'Etat, des décisions du Tribunal des conflits, des arrêts et jugements des Cours administratives d'appel et des Tribunaux administratifs

LGDJ Librairie générale de droit et de jurisprudence

LPA Les Petites affiches

Mon. TP Moniteur des travaux publics et du bâtiment

RDC Revue des contrats

RDI Revue de droit de l'immobilier

RDP Revue du droit publics et de la science politique en France et à l'étranger

Rev. Administrative Revue administrative

RFDA Revue française de droit administratif

RJEP Revue juridique de l'entreprise publique

RJF Revue de jurisprudence fiscale

RRJ Revue de recherche juridique et de droit prospectif

RTD Civ. Revue trimestrielle de droit civil

TA Tribunal administratif

TC Tribunal des conflits

INTRODUCTION

S'il est courant aujourd'hui de signaler que la transaction et plus généralement les modes de règlement des litiges séduisent, un tel constat ne doit pas faire oublier que leur histoire est millénaire. Ainsi, il y a un siècle, F. Lepelletier débutait sa thèse, *De la transaction en droit romain et en droit français*, par l'observation suivante : « Le contrat que nous prenons pour objet de cette étude est un de ceux dont l'utilité a, de tout temps, été proclamée et que le législateur a vu avec la plus grande faveur. Son but est la raison même de sa persistance à tous les âges de l'histoire du Droit. Transiger c'est, en effet, résoudre à l'amiable les différends et les procès, c'est éviter, par un échange de concessions librement discutées et librement consenties, les frais, les longueurs et les incertitudes des contestations judiciaires »¹.

Comme il a été observé, « la tendance actuelle n'est pas d'inventer de nouvelles formes de justice, mais bien plutôt de redécouvrir des formes de justice ancestrales. C'est avant tout l'essor et l'engouement pour ce que l'on nomme les MARC qui confèrent à ce phénomène sa nouveauté »². En effet, connus du droit romain, ces outils étaient encore pratiqués au Moyen Age — où l'entremise, l'arbitrage, la composition, les conciliation et transaction tenaient une grande place —, avant d'être retrouvés lors de la Révolution française et consacrés par les Codes napoléoniens³. Historiquement, il est même très probable que les mécanismes présentés aujourd'hui comme alternatifs à la justice étatique l'aient en réalité

¹ F. LEPELLETIER, *De la transaction en droit romain et en droit français*, thèse dactylographiée, Faculté de droit de Caen, 1890, p. 1.

² J.-B. RACINE, « Introduction », in *Pluralisme des modes alternatifs de résolution des conflits, pluralisme du droit*, J.-B. Racine (dir.), Lyon, L'Hermès, 2002, p. 9.

³ Le Code civil consacre quelques articles à l'arbitrage et à la transaction (en son titre XV plus précisément). Quant à la conciliation, elle trouve pleinement sa place dans le Code de procédure civile. V. *Infra*, p. 8.

précédée⁴. Un auteur a pu identifier « un mouvement de flux et de reflux » entre la résolution étatique et la résolution alternative des litiges⁵. Quoi qu'il en soit, ce « mouvement de flux et de reflux » est, actuellement, depuis au moins une trentaine d'années, favorable aux modes alternatifs de règlement des litiges, en droit privé comme en droit public.

Il convient de préciser d'emblée que le regain d'intérêt des pouvoirs publics pour ces procédés n'est pas désintéressé. Indépendamment de leurs précieux avantages, ils y voient un moyen pouvant contribuer au désencombrement des juridictions étatiques. Confrontées à l'explosion du contentieux, ces dernières sont contraintes d'accélérer leur rythme de travail tout en satisfaisant aux exigences d'une justice de qualité. C'est ainsi que différentes mesures de nature à prévenir, modérer ou encore limiter le contentieux devant les juridictions administratives ont été adoptées⁶. Certaines peuvent être qualifiées de ponctuelles, celles qui résultent de textes particuliers et qui visent à limiter l'afflux du contentieux de manière immédiatement perceptible, à l'instar de la généralisation du ministère d'avocat, de la suppression de l'appel pour des contentieux désignés, de la multiplication des motifs d'irrecevabilité des recours ou encore de la mise en place d'une procédure d'admission des pourvois en cassation⁷. D'autres mesures sont plus substantielles, en ce qu'elles sont destinées, à long terme, à désencombrer les juridictions, en repensant les relations entre l'administration et les administrés et l'état d'esprit qui doit présider à la résolution des litiges. Dans cette perspective, il a été fait appel aux modes alternatifs de règlement des litiges, choix généralement salué. Dès 1983, R. Denoix de Saint-Marc estimait que « le tout judiciaire » était « une mauvaise formule », et qu'il fallait « combattre un acharnement judiciaire, qui existe incontestablement chez certains juristes comme l'acharnement thérapeutique qu'on

⁴ C'est l'idée que développe Max Weber, s'agissant de l'arbitrage. Pour lui, « Le contrat d'arbitrage, issu des contrats d'expiation entre clans [...] est la source non seulement de tout le droit processuel mais aussi [...] de tous anciens types de contrat de droit privé », *Sociologie du droit*, trad. J. Grosclaude, PUF, coll. Quadrige, 2013, p. 60. Toutefois, comme le relève D. Cohen, cette thèse ne fait pas l'unanimité. V. sur ce point, D. COHEN, « Justice publique et justice privée », *Arch. phil. droit*, 41, 1997, p. 153.

⁵ C. NELISSE, « Le règlement déjudiciarisé : entre la flexibilité technique et la pluralité juridique », *La revue de droit*, vol. 23, n° 1, 1992, p. 271.

⁶ Ces mesures s'inscrivent plus généralement dans le cadre du « new public management », une nouvelle politique de gestion publique qui touche tous les services de l'administration publique et qui repose sur le « rendement, le productivisme et l'efficacité », C. CASTAINGS, « Regards croisés droit public-droit privé, les procédures civiles et administratives confrontées aux mêmes exigences du management de la justice », *AJDA* 2009, p. 913.

⁷ Sur ces différents éléments, v. C. CASTAINGS, « Regards croisés droit public-droit privé, les procédures civiles et administratives confrontées aux mêmes exigences du management de la justice », préc.

rencontre chez certains médecins », en « ménag[eant] une place importante à d'autres modes de règlement des litiges [...] »⁸.

Expliquer ce regain d'intérêt pour les modes alternatifs de règlement des litiges par des impératifs contentieux, uniquement, serait trop réducteur. Outre ces considérations matérielles, ils présentent de grands avantages et forment à ce titre des compléments utiles à la justice administrative en particulier et à la justice étatique en général. Il a été observé avec justesse que « l'engouement contemporain pour les modes alternatifs de règlement des litiges est plus qu'une simple mode : sous l'écume s'est formée une lame de fond, qui impose de prendre ces techniques au sérieux »⁹.

§I. LE CHAMP DE L'ETUDE : LES MODES ALTERNATIFS DE REGLEMENT DES LITIGES

Dès lors que la transaction administrative est qualifiée de « mode alternatif de règlement des litiges », une étude qui lui serait consacrée ne peut faire l'économie d'une définition de ce qu'est un « MARL ». A cet égard, c'est l'adjectif « alternatif » qui permet de délimiter ces outils juridiques (A) et qui en éclaire toute l'originalité (B).

A. La délimitation des modes alternatifs de règlement des litiges

Le terme de « mode alternatif de règlement des litiges » est la transcription française de la formule anglo-saxonne *Alternativ Dispute Resolution*, apparue dans les années 1990. Encore faut-il déterminer de quelle « alternative » il s'agit. En effet, le périmètre des modes alternatifs de règlement des litiges ne s'impose pas avec évidence. Il y a, en la matière, autant de suggestions que d'auteurs. Les termes mêmes sont multiples : il est question de modes alternatifs de règlement des conflits, de modes alternatifs de règlement des litiges, de modes de règlement des différends, de modes conventionnels, de modes non-juridictionnels, de modes amiables. Les formules sont nombreuses, proches sans être synonymes. En l'occurrence, c'est celle à la fois précise et englobante de mode alternatif de règlement des

⁸ R. DENOIX DE SAINT-MARC s'exprimait ainsi dans un discours sur « Le service public de la justice judiciaire », prononcé à l'Institut d'études politiques de Paris, en 1983. Il est cité par M. GUYOMAR dans ses conclusions sur CE, Ass., 7 juillet 2006, *France Nature Environnement*, « Les conditions de la transaction pénale », *RFDA* 2006, p. 1261.

⁹ P. YOLKA, *Traité de droit administratif*, P. Gonod, F. Melleray, P. Yolka (dir.), Paris, Dalloz, coll. Traités, t. II, 2011, p. 586.

litiges qu'il convient de privilégier. A partir de là, des sous-catégories de procédés alternatifs se dégagent et l'extrême diversité des outils (b) n'empêche pas l'émergence d'un élément commun (a).

a. Le dénominateur commun

« Les modes alternatifs [...] ne sont pas une catégorie juridique aux contours tranchés », a-t-il été signalé¹⁰. Plus exactement, ils forment une catégorie juridique ouverte qui se définit en creux. Tous ces procédés ont en commun de constituer une alternative à la justice étatique, c'est-à-dire au juge étatique intervenant dans sa mission de *jurisdictio*¹¹. La *summa divisio* se dessine ainsi : il est des modes de résolution des litiges, consistant pour certains à faire trancher le litige par le juge étatique dans le cadre de son pouvoir de *jurisdictio*, d'autres à régler les litiges « autrement ». L'expression « régler les litiges autrement », utilisée par le Conseil d'Etat dans son rapport de 1993, était du reste très éclairante. Il y a la résolution des litiges telle qu'opérée par le juge étatique et la résolution par d'autres mécanismes non étatiques.

Au-delà de leurs profondes différences, l'arbitrage, la transaction, la conciliation, la médiation et le recours administratif principalement, présentent tous cette caractéristique de permettre de régler un litige sans faire appel au juge étatique dans sa mission de *jurisdictio*. C'est aussi le cas de modes alternatifs plus spécifiques et toujours plus techniques, à l'instar des « mini-trial, négociation assistée, med-arb, co-med-arb, last offer arbitration ou baseball arbitration, medaloa (encore appelée med then arb), summary jury trial, early trial evaluation... »¹². Sur la base de cette caractéristique commune, ces mécanismes forment une même catégorie juridique, au sein de laquelle existent des modes amiables, conventionnels, consensuels, non juridictionnels. Tous ces termes renvoient aux sous-catégories de la catégorie plus générale de modes alternatifs.

Que les modes alternatifs soient définis négativement par référence à la justice étatique ne doit pas étonner. Cela s'explique aisément, compte tenu de la prégnance, en France, de la

¹⁰ J.-B RACINE, « Introduction », in *Pluralisme des modes alternatifs de résolution des conflits, pluralisme du droit*, préc., p. 10.

¹¹ Il pourra être observé que les missions attribuées au juge étatique sont très diverses désormais, et qu'il lui est loisible d'intervenir en tant que « conciliateur » - pour le juge judiciaire, article 21 du CPC et pour le juge administratif, article L. 211-4 du CJA.

¹² C. JARROSSON, « Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale », *Rev. Internationale de droit comparé*, 1997, p. 330.

justice étatique. Il apparaît, en effet, qu'au cours des siècles derniers, le mouvement de « flux et de reflux » évoqué précédemment¹³ entre la justice étatique et la justice alternative s'est largement opéré au profit de la première. Dans l'opinion commune, la résolution des litiges passe en tout premier lieu par le juge étatique, perception propre à la culture juridique française¹⁴.

Ainsi qu'un auteur l'a souligné, le qualificatif d'alternatif est très « révélateur car il serait loisible, à l'inverse, de penser que c'est le juge étatique qui constitue une alternative »¹⁵. Dans cette perspective, il n'interviendrait qu'en dernier lieu, en cas d'échec d'un autre mode de règlement des litiges, un de ceux qualifiés aujourd'hui d'alternatifs. La logique serait alors inverse : que ce soit en raison d'un mode de pensée qui ne privilégierait pas la justice étatique ou du fait d'une obligation textuelle, les parties se tourneraient en priorité vers un mode alternatif, comme l'arbitrage ou la transaction, et en cas d'échec, vers le juge étatique. Ce dernier constituerait un ultime recours afin de régler un litige. Mais cette logique n'est pas celle du droit français.

La résolution des litiges telle qu'elle est pratiquée dans un pays est inhérente à son histoire et à son système de pensée. Or, le système français de tradition romano-germanique, marqué en outre par un fort centralisme, ne pouvait qu'accorder la primauté à la justice étatique et corrélativement, regarder comme secondaires, si ce n'est marginaux, les modes dits alternatifs. Depuis quelques années, certes, il est des cas dans lesquels le législateur a rendu obligatoire avant la saisine du juge étatique, la mise en œuvre d'un mode alternatif. C'est par exemple le cas du « recours administratif préalable obligatoire » pour certains litiges¹⁶. Mais, il ne faut pas s'y tromper, ce sont là des exceptions. Un véritable renversement de l'ordre des priorités semble peu probable. Peut-être la pratique à long terme des modes alternatifs favorisera-t-elle le changement des esprits indispensable à un renversement du schéma qui prévaut aujourd'hui. Toutefois, rien n'est garanti tant la place de la justice étatique est

¹³ C. NELISSE, « Le règlement déjudiciarisé : entre la flexibilité technique et la pluralité juridique », préc., p. 271.

¹⁴ V. sur ce point, partie II, titre I, chapitre I, section I, p. 332.

¹⁵ R. LE GOFF, « Les modes alternatifs de règlement des litiges, vers l'efficacité juridique ? », *JCP A* 2005, p. 1286.

¹⁶ Ont ainsi été rendus obligatoires les recours administratifs préalables aux recours contentieux formés devant le juge étatique à l'encontre de certaines décisions de l'administration fiscale par les contribuables et des actes relatifs à leur situation personnelle par les militaires et gendarmes – le recours étant porté devant une commission spéciale dite « des recours militaires », plus précisément. V. sur ce point, C. BERGEAL, « Le traitement des problèmes juridiques au ministère de la Défense », *Dr. Adm.* 2006, n° 11, entretien 1, p. 4. V. à ce sujet le rapport du Conseil d'Etat conduit sous la direction d'O. Schrameck, *Les recours administratifs préalables obligatoires*, Paris, La documentation française, 2007. Le rapport plaidait pour l'élargissement du RAPO au contentieux des permis de conduire, à certaines décisions relatives au droit des étrangers, au contentieux de la fonction publique et à la matière pénitentiaire. Ces propositions n'ont, cependant, guère été suivies. V. aussi la thèse d'E. PREVEDOUROU, *Les recours administratifs obligatoires, étude comparée des droits allemand et français*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 180, 1994. Sur le mécanisme du recours administratif plus généralement, v. S. JEANNARD, *Le recours administratif dans le système juridique français*, Paris, LGDJ, coll. Systèmes Droit, 2013, et F. BRISSON, *Les recours administratifs en droit public français : contribution à l'étude du contentieux administratif non juridictionnel*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 185, 1996.

prégnante en droit français, et qui plus est en droit administratif, où nombre de litiges relèvent nécessairement et exclusivement du juge étatique au regard des impératifs d'ordre public¹⁷.

Cette analyse de l'alternative que représentent les modes alternatifs conduit, en outre, à retenir le terme de litige, plutôt que celui de conflit. Tout ce qui est du ressort du juge étatique peut relever d'un mode alternatif. Or, seuls lui sont soumis les conflits juridiques. Comme le signale L. Cadiet, « la notion de conflit a vocation à englober la notion de litige en ce sens que le litige est un conflit juridiquement relevant, c'est-à-dire susceptible de faire l'objet d'une solution juridique, par application des règles de droit »¹⁸. L'expression « mode alternatif de règlement des litiges », en tant qu'elle suppose un litige, c'est-à-dire un désaccord des parties quant à l'interprétation ou à l'application d'une règle de droit présente un champ plus limité. C'est là un nouvel élément de délimitation de la catégorie ouverte des modes alternatifs : le litige opposant les parties doit se poser en termes juridiques. Il doit s'agir de « contestations relatives à un acte ou une situation juridique ou encore à des faits matériels à conséquences juridiques »¹⁹. Cette caractéristique exclut tous les conflits, qui par leur nature même, ne pourraient relever du juge étatique, à l'instar de conflits survenant au sein d'une famille.

Au regard de tous ces éléments, c'est bien le terme de « mode de règlement alternatif des litiges » qu'il convient de retenir pour désigner les mécanismes permettant de régler un litige « autrement » que par la justice étatique. Ce terme est à la fois précis et englobant.

b. La diversité

Les modes alternatifs sont aussi nombreux que divers. En la matière, les juristes font preuve d'une remarquable imagination. La doctrine s'emploie régulièrement à classer les différents modes alternatifs. S. Boussard a recensé quatre types de classification, qui rendent compte de la grande diversité des modes alternatifs : la première repose sur le caractère conventionnel ou non des procédés, la deuxième sur « l'intervention ou non d'un tiers », la

¹⁷ V. sur ce point, partie II, titre I, chapitre II, section I, p. 404.

¹⁸ L. CADIET, « Des modes alternatifs de règlement des conflits en général et de la médiation en particulier », in *La médiation*, Société de législation comparée, Paris, Dalloz et Société de législation comparée, 2009, p. 14. L'auteur en conclut que « tout conflit n'est donc pas un litige » et qu'un « litige peut être réglé sans que le conflit qui y a donné naissance ne le soit : ainsi, un conflit social dans une entreprise à propos des conditions de travail peut donner lieu à une occupation de l'usine qui, si l'employeur saisit le juge, pourra déboucher sur une décision d'expulsion ; le litige né de l'occupation de l'usine sera terminé par la décision d'expulsion, mais le conflit opposant l'employeur à ses employés ne sera pas réglé pour autant ».

¹⁹ J.-M. AUBY, R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, Paris, LGDJ, 1984, t. I, n° 2.

troisième sur le fait qu'ils soient communs ou non au droit privé et au droit public, et la quatrième sur la place que chaque matière permet d'accorder aux procédés, matière « plus ou moins propice à leur développement »²⁰. Plutôt que de se livrer à une analyse exhaustive de tous ces procédés, il s'agit davantage ici de mettre en évidence la spécificité de la transaction parmi eux. Deux critères apparaissent à cet égard : la finalité des mécanismes et la marge de manœuvre laissée aux parties litigantes.

Certes, chacun des modes alternatifs vise au règlement des litiges par d'autres voies que celle du juge étatique, mais ce à quoi tous tendent concrètement diffère. Certains se suffisent quand d'autres ne sont que des processus, des phases, vers la finalisation du règlement du litige. La démarche des parties faisant appel à un mode alternatif se décompose en deux temps : il y a d'abord la mise en œuvre d'un mode alternatif donné et ensuite la solution du litige, autrement dit le moyen et la solution. Certains modes alternatifs consacrent la solution, quand d'autres sont le procédé vers la solution.

La transaction et l'arbitrage ont en commun de mettre fin à un litige au moyen d'un acte juridique supposé bénéficier de l'autorité de la chose jugée, ce qui a pu faire dire qu'ils présentent tous deux « une dimension juridictionnelle »²¹. La transaction est ainsi définie par les articles 2044 et 2052 du Code civil comme « un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître » et disposant de « l'autorité de la chose jugée ». Quant à l'arbitrage, il « consiste [...] à faire trancher un litige par des juges qui rendent une sentence statuant sur les droits et obligations respectifs des parties et ayant l'autorité de la chose jugée »²². Aux termes de l'article 1476 du nouveau Code de procédure civile dès lors qu'elle est rendue, la sentence arbitrale est dotée de l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation à laquelle il est mis fin.

A l'inverse, la médiation et la conciliation constituent des outils de dialogue et de négociation, des procédés et non des actes juridiques. Elles permettent aux parties de se rapprocher afin d'aboutir à une solution. En cas de succès, elles laissent place à d'autres instruments comme une transaction qui formalisent l'accord des parties. C'est en cela que F. Munoz les qualifie de modes alternatifs « imparfaits »²³. De ce point de vue, le recours administratif est assez original. Il semble qu'il faille le classer parmi ces modes alternatifs

²⁰ S. BOUSSARD, « Conciliation, transaction et arbitrage », *J.-Cl. Administratif*, fasc. 1005, n° 6 et s. V. aussi C. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 1987, t. 198.

²¹ A. NOURY, *Les alternatives au règlement par les juridictions étatiques des litiges intéressant l'administration*, étude Faculté de droit de Lille-CNRS, 2001, p. 3.

²² Cette définition est issue du Rapport du Conseil d'Etat de 1993, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, Paris, La documentation française, 1993, p. 85.

²³ F. MUNOZ, *La conciliation : du droit privé au droit public*, thèse Paris I, 1997, n° 8.

imparfaits, c'est-à-dire parmi les processus favorisant un règlement non juridictionnel et public des litiges. Il permet à l'administré de demander à l'administration de réexaminer la légalité et l'opportunité de sa décision. Par là-même, il s'agit de signifier un désaccord et de défendre une autre solution, la décision finale appartenant à la seule administration. L'introduction d'un recours administratif n'empêche pas, d'ailleurs, le demandeur de saisir le juge administratif d'une requête contestant soit la première décision litigieuse — concomitamment à l'introduction du recours administratif — soit la seconde rendue au terme du recours administratif. S'il peut permettre de résoudre un litige, le recours administratif doit être distingué de la décision administrative finale.

Manifestement, il est, au sein de la catégorie des modes alternatifs, des sous-catégories répertoriées selon leur finalité : rechercher une solution ou la formaliser. En résumé, il convient de distinguer avec G. Cornu la transaction et l'arbitrage, véritables modes alternatifs de règlement des litiges, des « expédients juridictionnels » que sont ces « divers procédés qui tendent à faciliter, à simplifier, à améliorer le travail judiciaire, et à permettre à l'appareil judiciaire de faire face au défi de la masse des affaires, moyennant surtout un allègement des procédures et une participation des intéressés à la recherche de solutions plus ou moins contentieuses [...] »²⁴. La distinction a le mérite de souligner toute l'hétérogénéité des modes alternatifs, même s'il est regrettable d'appréhender « ces divers procédés » que sont la conciliation, la médiation, le recours administratif, comme des moyens visant uniquement à désengorger les tribunaux. La préoccupation est prégnante, certes, mais ceux-ci présentent par eux-mêmes des avantages²⁵.

L'observation de G. Cornu met en évidence un second élément de distinction : le degré d'implication des parties dans la recherche d'une solution à leur litige. Une fois le procédé sélectionné, la marge de manœuvre des parties est singulièrement différente selon le mécanisme. Deux types de modes alternatifs se dégagent : ceux qui laissent les parties aboutir à la solution et ceux qui consistent à la leur imposer. Cette fois, la transaction doit être rapprochée de la médiation et de la conciliation, voire du recours administratif, mais en aucun cas de l'arbitrage.

L'arbitrage est un instrument de résolution des litiges tout à fait remarquable en ce que les parties vont s'accorder pour soumettre leur litige à une instance juridictionnelle non

²⁴ G. CORNU, « Les modes alternatifs de règlement des conflits, rapport de synthèse », Rencontres internationales de droit comparé, Damas, 5-8 octobre 1996, *RIDC* 1997, n°2, p. 313.

²⁵ V. *Infra*, p. 12.

étatique. Plus précisément, elles vont charger un jury arbitral de trancher le litige. Cette justice est donc à la fois juridictionnelle et privée²⁶. C. Jarrosson définit ainsi l'arbitrage : « il est un mode juridictionnel et non pacifique de règlement des litiges. L'arbitre, à l'issue d'un procès, tranche et impose une solution à des parties qui n'en connaissaient pas encore les termes lorsqu'elles s'étaient engagées à la respecter »²⁷. En cela, l'arbitrage constitue bien une alternative à la justice étatique, mais pas au juge. Aussi, le principe d'un recours à l'arbitrage admis, l'implication des parties dans la résolution des litiges est très faible.

Au contraire, la médiation et la conciliation accordent aux parties un rôle de premier plan, puisque, dans tous les cas, elles vont, aidées par un tiers, tâcher de parvenir à une solution acceptable pour chacune. Toute la différence entre la conciliation et la médiation repose sur le degré d'implication de ce tiers. C'est, en effet, la distinction qu'identifie F. Munoz dans sa thèse, *La conciliation : du droit privé au droit public*²⁸, faute de définition précise de ces procédés par des textes²⁹. Pour ce faire, l'auteur propose de revenir sur

²⁶ Le fait qu'il s'agisse d'une justice privée explique d'ailleurs pourquoi la sentence arbitrale ne dispose pas tout à fait des mêmes effets qu'une décision de justice rendue par une juridiction étatique. Alors que sont attachés, à la seconde, à la fois, la *jurisdictio* — le pouvoir de dire le droit — et l'*imperium* — le pouvoir de contrainte —, la première ne disposera que de la *jurisdictio*, les mesures de contrainte relevant exclusivement de la juridiction étatique. La sentence arbitrale ne sera susceptible d'exécution forcée que si l'*exequatur* lui est conféré par une juridiction étatique. Cela explique aussi pourquoi, le recours à l'arbitrage a longtemps été interdit pour les personnes publiques. Dans la lignée de l'article 2060 du Code civil, l'avis du Conseil d'Etat du 6 mars 1986, rendu à propos de l'affaire d'Eurodisneyland — et de la possibilité d'introduire une clause compromissoire dans le contrat passé par différentes personnes publiques françaises avec la société Eurodisneyland, pour la création d'un parc d'attractions —, indique que « les personnes morales de droit public ne peuvent pas se soustraire aux règles qui déterminent la compétence des juridictions nationales en remettant à la décision d'un arbitre à solution des litiges auxquels elles sont parties et qui se rattachent à des rapports relevant de l'ordre juridique interne ». Cette interdiction, pour le Conseil d'Etat, résulte « des principes généraux du droit public français ». Des textes et des conventions internationales prévoient, toutefois, des exceptions à ce principe de prohibition ; il y a un élargissement de l'arbitrage en droit public — et concomitamment une tendance à l'extension de son domaine en droit privé. Il a même été envisagé en 2007, de créer un régime spécifique d'arbitrage administratif qui échapperait aux règles du Code de procédure civile. Cet avant-projet de loi sur l'arbitrage des personnes publiques, élaboré en 2007, par un groupe de travail, présidé par M. Labetoulle, à la demande du ministre de la Justice, n'a cependant pas abouti, le principe restant celui de l'interdiction. V. notamment, sur ce sujet, C. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, préc., A. PATRIKIOS, *L'arbitrage en matière administrative*, coll. Bibliothèque de droit public, Paris, LGDJ, t. 189, 1997, L. RICHER, « Arbitrage et conciliation », *Répertoire de contentieux administratif*, n° 28 et s., G. MARCOU, « L'arbitrage des contrats de l'administration. Les enseignements du droit comparé et de l'arbitrage international pour la réforme du droit français », in *Le contrôle des marchés publics*, G. Marcou, L. Folliot-Lalliot, D. I. Gordon, S. L. Schooner, J. Schwartz et C. Yukins (dir.), Paris, Irjs éd., Bibliothèque de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne, t. 21, 2009, p. 373, et le rapport du groupe de travail dirigé par D. Labetoulle, « Arbitrage des litiges intéressants les personnes publiques », remis le 27 mars 2007 au ministre de la Justice et publié sur www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/, suivie de l'entretien de D. LABETOULLE, « L'arbitrage n'est pas un troisième ordre de juridiction », *JCP G* 2007, I, 143.

²⁷ C. JARROSSON, « Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale », préc., p. 328.

²⁸ F. MUNOZ, *La conciliation : du droit privé au droit public*, préc., p. 28 et s.

²⁹ Certes, depuis le décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends, la médiation est ainsi définie par l'article 1530 du Code de procédure civile : « tout processus structuré par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire en vue de la résolution amiable de leur différends avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence ». Toutefois, une définition aussi large n'est pas de nature à véritablement distinguer la médiation de la conciliation. Elle aurait pu tout aussi bien concerner la conciliation. Le décret du 20 janvier 2012 - pris en application de la loi du 22 décembre 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires et de l'ordonnance du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale - a au moins le mérite d'installer encore davantage les modes alternatifs de règlement des litiges dans le paysage juridique français, puisqu'il introduit un livre qui leur est spécialement

l'étymologie de ces deux concepts et d'analyser les textes législatifs mettant en place successivement une procédure de conciliation et une procédure de médiation. En l'occurrence, le terme « médiation » vient du latin *medius*, signifiant qui est du milieu, à rapprocher du mot « médiat », ce qui suppose un intermédiaire, et celui de « conciliation », est issu du latin *conciliare*, unir. Elle en conclut ainsi que « la conciliation implique que les parties soient réunies, confrontées, pour que leurs points de vue soient conciliés. La conciliation vient donc des parties ; le conciliateur n'a pas pour mission de trouver une solution : il doit faire en sorte qu'elle se dégage de la discussion entre les parties (ce qui ne signifie pas, bien au contraire, qu'il ne puisse pas prendre part à la discussion et faire aux parties, des suggestions ou propositions de solution) »³⁰. A l'inverse, « le médiateur intervient lorsque les parties n'ont pas l'espoir (ou l'envie) de trouver une solution commune par la discussion, et préfèrent s'en remettre à un tiers pour qu'il dégage lui-même une solution et rende un avis. Ici la solution ne vient pas des parties, mais du médiateur »³¹. La médiation et la conciliation répondraient donc à une « méthode »³² différente, dans la recherche d'un accord des parties, « la conciliation, contrairement à la médiation, supposant la participation des parties (ou de leurs représentants) à la recherche de la solution »³³. Cette différence de méthode entraîne également une différence d'organisation des procédures. Au terme de cette analyse, F. Munoz définit la conciliation comme un mode de règlement des litiges, « faisant intervenir un tiers chargé de diriger la discussion des parties, de mener leur négociation afin de leur permettre de clore le litige qui les oppose par un accord amiable »³⁴. La conciliation est donc le « mécanisme le plus souple et le moins contraignant pour les parties, qui non seulement participent à l'élaboration de la solution, mais aussi sont libres d'accepter ou de rejeter les propositions du conciliateur »³⁵, la médiation apparaissant comme « une solution intermédiaire entre l'arbitrage et la conciliation : ici, les parties ne participent pas à l'élaboration de la solution et n'en négocient pas les termes ; cependant, elles sont toujours libres de rejeter les propositions de solution du médiateur »³⁶. La distinction semble ténue, de « l'ordre du papier de soie »³⁷, à

consacré dans le Code de procédure civile. Sur ce décret, v. notamment, T. CLAY (dir.), *Chron. de droit judiciaire privé*, *JCP G* 2012, doctr. 690. De même, le futur Code des relations entre le public et l'administration, qui réserve plusieurs articles à la médiation et à la conciliation au sein de son titre sur « les modes non juridictionnels de règlement des litiges », les évoque ensemble sans chercher à les définir ou à les distinguer. V. Code des relations entre le public et les administrations – qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2016 -, art. L. 421-1 à L 422-2.

³⁰ F. MUNOZ, *La conciliation : du droit privé au droit public*, préc., p. 28.

³¹ *Ibid.*, p. 29.

³² *Ibid.*

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.*, p. 37.

³⁵ *Ibid.*, p. 33.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ P. YOLKA, *Traité de droit administratif*, t. II, préc., p. 590.

tel point qu'elles sont généralement évoquées ensemble, le mode alternatif étant alors celui de « la médiation-conciliation »³⁸.

En cas de succès les parties pourront conclure une transaction. Le rapprochement de la transaction et de la médiation-conciliation est pertinent, en ce que tous ces procédés laissent une place prépondérante aux parties, qui disposent *in fine* de la liberté de décision, aucune solution ne devant leur être imposée. Il présente une importante limite : la nature de ces instruments diffère profondément, puisque la conciliation-médiation est une « méthode »³⁹, quand la transaction est un acte juridique contractuel. Qu'advient-il alors quand une transaction est conclue sans conciliation-médiation ? Toutes ne vont pas absolument de pair, en effet. Si l'aboutissement d'une conciliation-médiation réussie n'est pas nécessairement une transaction, l'inverse est vrai aussi. Il est loisible aux parties de s'accorder et de transiger, sans faire appel à un tiers. Cette étape de discussion préalable doit être clairement distinguée de l'acte de transaction. Il convient de qualifier cette phase de « processus transactionnel », ce qui permet de la différencier à la fois de la conciliation-médiation, qui suppose dans tous les cas l'intervention d'un tiers, et de la transaction, qui, conformément à l'article 2044, est un contrat. Le processus transactionnel est un cheminement menant éventuellement à la conclusion d'une transaction.

Analysé sous l'angle de l'implication des parties, le recours administratif constitue un procédé tout à fait original, puisqu'il consiste pour une partie à s'en remettre à l'autre pour régler le litige. Plus précisément, il appartient à l'administration de reconsidérer sa décision à l'aune des moyens avancés par le demandeur. Il ne s'agit donc pas d'une négociation, ou même d'une participation équilibrée entre les parties. De ce point de vue, le recours administratif représente un troisième modèle, entre l'arbitrage qui consiste à appliquer aux parties la sentence arbitrale, et la conciliation-médiation et le processus transactionnel qui laissent les parties rechercher elles-mêmes la décision. Dans le cadre de ce mode alternatif, une partie s'exprime, la décision revenant cependant à l'autre.

Cette grande diversité des modes de règlement des litiges est la marque de la richesse du système juridique français. Elle est un gage de liberté pour les parties litigantes. Et à de nombreux égards, les alternatives au juge étatique présentent un grand intérêt.

³⁸ Régler autrement les conflits, préc., p. 31.

³⁹ F. MUNOZ, *La conciliation : du droit privé au droit public*, préc., p. 29.

B. L'engouement pour les modes alternatifs de règlement des litiges

Les modes alternatifs ne sont pas seulement encouragés par les pouvoirs publics ; ils suscitent un véritable engouement des intéressés, en droit privé comme en droit public. L'engouement est double, tant pour les modes alternatifs en général, que pour les modes conventionnels en particulier. Dans les deux cas, ce phénomène ne doit pas étonner, puisqu'au souci des pouvoirs publics de désencombrer les juridictions, s'ajoute un besoin d'autonomie des personnes privées, physiques ou morales. Une évolution sociale s'est produite, qui encourage dans une certaine mesure le développement des modes alternatifs. Il y a une méfiance vis-à-vis de l'Etat et de la solution imposée qui favorise le recours aux modes alternatifs de résolution des litiges et, parmi eux, le recours aux modes négociés. Certes, la justice traditionnelle, c'est-à-dire étatique, demeure très largement prépondérante, mais une place plus évidente est faite aux modes alternatifs. Il faut ajouter que le mouvement n'est pas une originalité du système juridique français.

La résolution des litiges ne saurait répondre à un schéma définitif. On sait qu'il existe ce que M. Nélisse appelle un « chassé-croisé »⁴⁰ entre justice étatique et justice alternative qui dépend largement de l'environnement social. Le contexte actuel, en l'occurrence, est marqué par « la crise de l'autorité », où beaucoup veulent choisir eux-mêmes leurs propres valeurs et critères d'action. « Cette volonté de pouvoir choisir annonce une importante dynamique d'autonomisation des individus et engendre chez eux un mouvement d'intolérance face à toute forme d'autorité cherchant à imposer ses valeurs. De plus en plus, l'individu postmoderne prend conscience de la multiplicité des manières de vivre et des visions du monde, valorise l'hétérogénéité et le pluralisme »⁴¹. Nul besoin de définir davantage ce phénomène qui a été largement commenté en doctrine⁴². Il est en revanche, intéressant de constater que cette nouvelle évolution tend à conférer une plus grande place aux modes alternatifs de règlement des litiges. Au déclin de la loi et à la crise de l'Etat-Providence répond le regain d'intérêt pour ces mécanismes.

En effet, ils correspondent à cette nouvelle conception des relations sociales : « [...] le recul de la loi et le repli de l'Etat abandonnent à la volonté des acteurs sociaux de nouvelles

⁴⁰ C. NELISSE, « Le règlement déjudiciarisé : entre la flexibilité technique et la pluralité juridique », préc., p. 271.

⁴¹ L. BORGEAT, I. GIROUX, « Droit et administration publique : entre tradition et postmodernité », *Administration publique du Canada*, 1997, vol. 40, n° 2, p. 307.

⁴² V. notamment J. CHEVALLIER, *L'Etat post-moderne*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso éd., coll. Droit et société, série politique 35, 4^e éd., 2014.

plages de liberté, y compris celle d'assurer, en dehors des juridictions, la solution des litiges qui les opposent »⁴³. Comme l'explique justement F. Munoz, « le développement [des modes alternatifs de règlement des litiges] correspond à un besoin profond de la société qu'il faut relier à un phénomène beaucoup plus global apparu depuis une trentaine d'années dans les pays occidentaux et que certains auteurs qualifient de "mutation postmoderne" de l'Etat et de son administration, et par conséquent du droit lui-même, instrument et voix officiels des pouvoirs publics »⁴⁴. Consécutivement à cette mutation sociale, s'opère une contestation par les individus du « fonctionnement et des structures de l'Etat, de la règle de droit et de la façon dont elle est appliquée par le juge »⁴⁵.

Il faut aujourd'hui compter avec la solution résultant d'un mode alternatif de règlement des litiges, c'est-à-dire une solution négociée par les parties ou élaborée par une instance qu'elles ont elles-mêmes mise en place. Il doit être précisé d'emblée qu'il ne s'agit pas tant pour les intéressés de s'affranchir de la règle de droit que de se l'approprier, de présider à son application pour leur litige, conformément au besoin d'autonomie caractérisant les individus postmodernes. Du fait de ce nouveau besoin de régulation sociale, les modes alternatifs voient leur place rehaussée au sein du paysage juridique français. « L'épanouissement des MARL est bien plus qu'un remède aux dysfonctionnements du service public de la Justice, à la crise, tant structurelle que conjoncturelle, de la justice (dont la lenteur est le révélateur le plus marquant). Le développement des modes alternatifs révèle, en réalité, une mutation profonde du système juridique contemporain. [...] L'ère de l'Etat tout puissant est révolue (durant cette période la loi, puis le règlement étaient les modes privilégiés de régulation. [...] », explique encore J.-B. Racine⁴⁶.

Le cas français n'est pas isolé. Sans doute a-t-il été influencé et relayé par d'autres systèmes juridiques : le droit international et le droit européen. La multiplication des échanges commerciaux ne peut naturellement que favoriser ces influences réciproques.

Le droit international utilise de longue date les modes alternatifs de règlement des litiges, et ce pour différents types de litiges. « Formes "pré-juridictionnelles", les modes alternatifs de règlement des litiges se sont imposés pour régler les différends interétatiques qui

⁴³ L. CADIET, « Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit », in *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies d'une autre justice*, P. Chevalier, Y. Desdevises, P. Milburn (dir.), Mission de recherche « Droit et justice », La Documentation française, 2003, p. 257.

⁴⁴ F. MUNOZ, *La conciliation : du droit privé au droit public*, préc., n° 48.

⁴⁵ *Ibid*, n° 49.

⁴⁶ J.-B. RACINE, « Introduction », in *Pluralisme des modes alternatifs de résolution des litiges, pluralisme du droit*, préc., p. 19.

ne pouvaient l'être autrement (faute d'existence, pendant longtemps, de juridictions internationales). D'origine coutumière, codifiés par maints traités, les modes de résolution pacifique des conflits (médiation, conciliation, arbitrage) sont visés par l'article 33 de la Charte des Nations unies »⁴⁷. Quant aux litiges commerciaux entre entreprises, ils sont régulièrement réglés par la voie d'un arbitrage⁴⁸, et ce d'autant plus volontiers qu'il est des systèmes juridiques nationaux où la pratique des modes alternatifs de règlement des litiges est usuelle. Le système juridique américain, par exemple, n'accorde pas une telle primauté à la justice étatique, et laisse *a contrario* une place importante aux techniques dites alternatives⁴⁹. Ceci procède d'une représentation de la justice tout à fait différente que ce qui prévaut dans les systèmes juridiques de tradition romano-germanique, comme le droit français. Tout ceci a sans doute participé de la redécouverte des modes alternatifs de règlement des litiges en droit français.

Il faut ajouter que les droits européens encouragent également leur recours. C'est d'abord le cas du Conseil de l'Europe. Dès 1999, il s'était montré favorable aux modes alternatifs s'agissant de la résolution des litiges entre autorités administratives et personnes privées⁵⁰. Position qui avait fait ensuite l'objet d'une recommandation du comité des ministres⁵¹. C'est aussi le cas de l'Union européenne, qui promeut depuis quelques années le recours à ces outils juridiques, essentiellement la médiation et presque exclusivement dans le domaine civil et commercial. Elle leur a ainsi consacré, un « Livre vert » en 2002⁵², un « code de conduite européen pour les médiateurs civils et commerciaux » en 2004⁵³ et, plus récemment, en 2008, une directive portant sur « certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale »⁵⁴. Aux termes de celle-ci, les Etats-membres doivent veiller à autoriser leurs tribunaux à suggérer aux parties — sans les y obliger — de recourir à la médiation lors d'un litige transfrontalier relevant du droit civil et commercial. Les Etats doivent ainsi instaurer une procédure permettant, à la demande des parties, de confirmer

⁴⁷ P. YOLKA, *Traité de droit administratif*, t. II, préc., p. 586.

⁴⁸ C. JARROSSON, « Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale », préc., p. 326.

⁴⁹ V. sur ce point, partie II, titre I, chapitre I, section II, § II, p. 348 et s.

⁵⁰ CONSEIL DE L'EUROPE, « Les solutions alternatives aux litiges entre les autorités administratives et les personnes privées : conciliation, médiation et arbitrage », Actes conf. multilatérale de Lisbonne, 1999.

⁵¹ Rec. 2001-9, 5 septembre 2001.

⁵² Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial, COM(2002) 196. Le Conseil des ministres de la Justice et des Affaires intérieures avait invité la Commission européenne à présenter un Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial autres que l'arbitrage, destiné à « faire le point de la situation existante » et « lancer une large consultation en vue de préparer les mesures concrètes à prendre ».

⁵³ « Le présent code de conduite énonce une série de principes que les médiateurs peuvent volontairement s'engager à respecter, sous leur propre responsabilité. Il peut être utilisé par les médiateurs intervenant dans tout type de médiation en matière civile et commerciale », est-il indiqué en préambule. Il énonce, plus précisément, une série de principes, à l'instar de la compétence, le mode de désignation, la rémunération, l'indépendance et l'impartialité, etc.

⁵⁴ Dir. n° 2008-52 CE 21 mai 2008, pour la médiation civile et commerciale.

l'accord éventuellement trouvé par elles, au terme d'un jugement, d'une décision, d'un acte authentique d'une juridiction ou d'une autorité publique. *In fine*, il s'agit de garantir la reconnaissance mutuelle et l'exécution, au sein de l'Union européenne, des accords issus d'une médiation aux mêmes conditions que celles établies pour la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires en matière civile et commerciale, ainsi qu'en matière matrimoniale et de responsabilité parentale. Enfin, comme l'observent les auteurs du *Traité de droit administratif*, « la pression communautaire s'exerce sous contrainte juridictionnelle ; à titre d'illustration, la France a fait l'objet d'une condamnation pour n'avoir pas transposé les dispositions de la directive 92/13/CEE du 25 février 1992, qui obligent les États à mettre en place une procédure de conciliation pour les litiges relatifs à certains marchés (CJCE, 19 mai 1999, *Comm. c/ Rép. Française*, *BJCP* 1999. 282, concl. La Pergola) »⁵⁵.

L'originalité des modes alternatifs séduit donc. Il faut dire que leurs avantages sont nombreux et non-négligeables : gain de temps et d'argent, moindre formalisme et maîtrise de l'issue du litige. Le gain de temps et d'argent résulte de l'économie d'une procédure juridictionnelle réputée longue et coûteuse du fait de l'assistance juridique d'un avocat⁵⁶. De même, à l'exception de l'arbitrage, les modes alternatifs offrent aux parties une plus grande prévisibilité sur l'issue de ce litige. Sa résolution ne va pas dépendre de règles procédurales et de fond, jugées parfois complexes, surannées ou trop rigides, mais être conduite par les parties. Sur ce point, les modes alternatifs de règlement des litiges s'opposent à la justice étatique, qui, par sa complexité et son caractère distant et autoritaire, peut inquiéter les parties et les pousser y à renoncer. Ils sont aussi le signe d'une plus grande responsabilité des parties dans la résolution de leur litige. Celles-ci ne sont plus passives et soumises à la décision d'un tiers, mais participent activement à la solution. Caractéristique assez appréciable, dans un contexte de méfiance à l'égard de l'autorité. Comme le signale C. Jarrosson, « dans les pays de tradition romano-germanique, même si la pratique n'est encore guère répandue, un besoin est né, auquel ni le juge étatique, ni l'arbitre ne peuvent aujourd'hui répondre », celle de la « certitude de la solution »⁵⁷. C'est aussi la garantie d'une meilleure adhésion, de la part des

⁵⁵ P. YOLKA, *Traité de droit administratif*, préc., p. 586.

⁵⁶ Les gains de temps et d'argent ne sont toutefois pas garantis en toute hypothèse dans le cadre de la transaction. Mieux vaut, en effet, faire appel, en amont, aux services d'un avocat pour sécuriser la transaction administrative, v. sur ce point, partie I, titre II, chapitre I, section I, § II, C, p. 193 et s. De même, la transaction peut susciter de nouveaux litiges à la résolution potentiellement longue et coûteuse, v. ici partie II, titre II, chapitres I et II.

⁵⁷ C. JARROSSON, « Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale », préc., p. 326. L'auteur rappelle que « les parties, surtout lorsqu'il s'agit d'entreprises, veulent garder la haute main sur le litige qu'elles "gèrent" comme elles le feraient d'une affaire commerciale ou financière ».

parties, à la solution apportée à leur litige. D'autant plus, que les parties seront en mesure de retenir la solution qui leur paraît la plus adaptée, dans le respect de la règle de droit.

Les modes alternatifs, à la différence d'une décision de justice, présentent l'avantage de la souplesse en laissant plus de place, notamment, à des considérations d'équité — notion délicate renvoyant « au sentiment d'une justice naturelle, opposé à celle de la justice positive »⁵⁸. La mission du juge étatique est, en effet, de faire respecter le droit ; il n'y a donc lieu de s'adresser à lui que si la violation d'une règle de droit ou la méconnaissance d'un droit peuvent être invoquées⁵⁹. Il est alors tenu d'appliquer la loi, même trop sévère et contraire à toute équité⁶⁰. A l'inverse, les modes alternatifs, et surtout les modes conventionnels, sont réputés plus souples, en ce qu'ils offrent aux parties une marge de manœuvre plus importante. Dans le respect de la règle de droit et notamment de l'ordre public, celles-ci pourront, par exemple, choisir de valoriser certains éléments du litige. C'est particulièrement flagrant dans le cadre de la transaction administrative. Les parties arrêtent librement la solution au litige, sous réserve de ne pas convenir de concessions réciproques manifestement disproportionnées au regard de ce qui est dû, que ce soit pour les personnes publiques ou privées. Pareille solution revient, d'une part, à instituer la règle de droit comme base de la négociation des concessions réciproques, et, d'autre part, à accorder aux parties une certaine marge de manœuvre. Protection et souplesse dans la résolution des litiges sont ainsi assurées. De même, un dialogue concret et direct entre les parties leur offre aussi plus de chance d'épuiser le litige.

La confidentialité inhérente à la mise en œuvre d'un mode amiable est également appréciable, les parties ne souhaitant pas nécessairement que leur litige fasse l'objet d'une décision publique⁶¹.

Enfin, le rôle de pacification des relations sociales de ces outils juridiques est à souligner. En ce qu'ils permettent aux parties de résoudre leur litige dans des conditions

⁵⁸ Telle est la définition proposée par M. COMBARNOUS, « L'équité et le juge administratif », *Justices*, n° 9, janvier/mars 1998, p. 77.

⁵⁹ Il ne s'agit pas d'un « redresseur de tort », comme l'explique le guide pratique de la justice administrative édité par le Conseil d'Etat pour les usagers potentiels.

⁶⁰ C'est du moins ce qui prévaut, en principe. Comme le rappelle M. Combar nous dans son article, bien que le terme ne soit jamais employé en dehors des cas exceptionnels où les textes en font état, l'équité trouve tout-de-même sa place dans l'office du juge administratif. M. COMBARNOUS, « L'équité et le juge administratif », préc.

⁶¹ Certains auteurs ne manquent pas, cependant, de mettre en évidence les inconvénients d'une telle absence de publicité en droit privé. E. CAMOUS et L. POULET, dans leur thèse respective, *Règlements non juridictionnels des litiges de la consommation. Contribution critique à l'analyse des modes alternatifs de règlement des conflits*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 362, 2002, n° 918 et s., et *Transaction et protection des parties*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 452, 2005, n° 13, soulignent la fonction préventive, à l'égard des parties intéressées et des tiers, des sanctions prononcées dans le cadre d'un règlement juridictionnel des litiges. M. Camous montre ainsi que les modes alternatifs de règlement des litiges ne permettent pas de protéger efficacement l'intérêt collectif des consommateurs. Sur les avantages et difficultés de la confidentialité de la transaction pénale, v. J.-B. PERRIER, *La transaction en matière pénale*, LGDJ, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, t. 61, 2014, n° 10 et s. Quant au droit administratif, il ne permet pas toujours de garantir cette confidentialité. V sur ce point, partie I, titre II, chapitre I, section I, § II, C, b, p. 201.

relativement sereines et harmonieuses, ils participent de l'apaisement social. L'affrontement et les tensions qui caractérisent le règlement juridictionnel des litiges laissent ici place au compromis. S'il est des matières pour lesquelles ce souci est particulièrement prégnant, comme les litiges familiaux, il existe aussi en matière administrative. Il s'agit alors d'améliorer des rapports en l'administration et les citoyens⁶².

La redécouverte de ces modes anciens de règlement des litiges ouvre ainsi de nouvelles perspectives pour la résolution des litiges. Il y a manifestement, une « nouvelle approche du règlement des conflits qui constitue une véritable révolution [...] »⁶³. Désormais, deux approches coexistent pleinement : la résolution étatique et la résolution amiable des litiges⁶⁴. A cet égard, un malentendu doit être dissipé.

Les modes alternatifs sont parfois perçus comme une « privatisation de la justice ». La contestation de la normativité du droit conduirait à une contractualisation du règlement des litiges, et donc, à une privatisation de la justice, voire à une sorte de reféodalisation du droit. Ce serait finalement un retour à une justice archaïque où le droit et l'égalité ne sont pas assurés. Cette analyse doit être rejetée. En effet, « les modes alternatifs ne sont pas dans le non-droit ; au contraire, ils se situent dans le droit, mais ils s'y meuvent [...] autrement que les procédés juridictionnels classiques »⁶⁵. En ce qui concerne les litiges impliquant des personnes publiques, les parties peuvent, certes, les régler sans faire appel au juge étatique, mais la règle de droit n'en sera pas pour autant écartée. D'une part, les transactions tirent leur force juridique de la reconnaissance de ce mode de règlement des litiges par l'Etat, et d'autre part, elles sont encadrées par le droit en vigueur. Il convient de rappeler que « [...] si l'on s'accorde traditionnellement pour dire que la finalité de la transaction est d'évincer l'Etat dans la résolution des litiges entre particuliers, cette assertion commune cache toutefois une réalité historique, celle du rôle en amont de l'Etat. C'est en effet la puissance publique qui donne à la

⁶² Les modes alternatifs « constituent aussi, voire d'abord et avant tout, un moyen d'améliorer les rapports entre l'administration et les citoyens », A. NOURY, « Les modes alternatifs peuvent-ils prospérer dans le contentieux administratif ? », *JCP A* 2005, p. 1287.

⁶³ J.-M. COULON, « Le devenir des modes alternatifs de règlement des litiges dans l'économie des systèmes judiciaires », in *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies d'une autre justice*, préc., p. 247.

⁶⁴ Il est intéressant, à cet égard, de noter que dans son rapport public de 1993, le Conseil d'Etat qualifiait les modes alternatifs de règlement des litiges, de « modes nouveaux », par opposition aux « modes classiques », « normaux », « traditionnels », c'est-à-dire le règlement juridictionnel assuré par « des instances juridictionnelles étatiques », *Régler autrement les conflits*, préc., p. 13.

⁶⁵ C. JARROSSON, « Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale », préc., p. 326.

transaction à la fois sa force obligatoire (pour faire obstacle au retour au litige) et sa force exécutoire (de manière privilégiée par rapport à tous les autres contrats) »⁶⁶.

En outre, il est trop réducteur d'opposer ces deux modes de résolution des litiges dans la mesure notamment où le choix de recourir à l'un ou l'autre n'est pas exclusif. A l'inverse, recourir à un mode alternatif de règlement des litiges ne signifie pas se priver définitivement de la possibilité de saisir le juge étatique, que ce soit parallèlement à la requête juridictionnelle — pour tâcher de s'accorder — ou en cas d'échec du mode alternatif mis en œuvre. L'hypothèse inverse est également vraie. Aussi parle-t-on de coexistence et non pas d'opposition. Pour L. Cadiet, il s'agit d'un « système de la justice plurielle », au sein duquel « les MARC ne doivent pas se construire en opposition, mais en articulation avec les modes juridictionnels de règlement des conflits »⁶⁷.

Plus qu'à la privatisation du droit, les modes alternatifs participent ainsi au dynamisme et à la richesse du système juridique français. Il y a là un « pluralisme judiciaire »⁶⁸ qui bénéficie heureusement aux parties litigantes. En consacrant clairement l'existence d'une transaction administrative, le Conseil d'Etat a contribué à cette richesse.

§II. L'OBJET DE L'ETUDE : LA TRANSACTION ADMINISTRATIVE

« Les racines de ce contrat plongent profondément dans l'histoire et ses prolongements semblent infinis » a-t-il été observé à propos de la transaction⁶⁹. Les deux acceptions se vérifient tout à fait. Théorisée par le Code de Justinien⁷⁰, la transaction survit à la chute de l'Empire romain. Toutefois, les autorités successives n'auront de cesse de la contrôler et de la marginaliser jusqu'au Code civil de 1804 qui vient formellement l'encadrer⁷¹. Aujourd'hui, la transaction bénéficie d'un retour en grâce, suivant le mouvement de « chassé-croisé »

⁶⁶ Note de synthèse de l'étude *La résolution des conflits. Justice publique et justice privée : une frontière mouvante*, S. Dauchy, V. Demars-Sion, A. Deperchin, T. Le Marchadour (dir.), S. Castelain (coord.), CHJ-CNRS, Mission « Droit et justice », 2008, p. 3.

⁶⁷ L. CADIET (dir.), T. CLAY, E. JEULAND, *Médiation et arbitrage, Alternative à la justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives*, Litec, coll. Pratique professionnelle procédure, 2005, p. 8.

⁶⁸ L. CADIET, « Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit », préc., p. 263.

⁶⁹ E. SERVERIN, « La force du contrat de transaction », in *La résolution des conflits. Justice publique et justice privée : une frontière mouvante*, préc., p. 36.

⁷⁰ Le droit de Justinien avait construit déjà une théorie générale de la transaction. Elle constituait alors un contrat innommé, relevant des conventions conclues à titre onéreux et sanctionné, éventuellement, par *l'actio praescriptis verbis*, distinct du *pactum de non petendo*, qui éteint un rapport de droit existant, à titre onéreux ou gratuit. Sur la transaction en droit romain, v. notamment, G. BOYER, « Le pacte extinctif d'action en droit civil romain », *Rec. de législation de Toulouse*, 1937, p. 53 et s., et 1937, p. 33 et s., ainsi que F. LEPELLETIER, *De la transaction en droit romain et en droit français*, préc.

⁷¹ Sur des différents éléments à caractère historique, v. partie II, titre I, chapitre I, section I, § I, p. 332 et s.

évoqué⁷². Elle est encouragée dans tous les champs du droit. Qu'elle trouve sa place en droit privé s'explique aisément, qu'elle soit également présente dans des branches mettant en cause des intérêts publics comme le droit administratif et le droit fiscal, ou encore le droit pénal, surprend davantage. Il est probable qu'au-delà des spécificités exigées par chaque branche du droit, toutes ces transactions présentent des caractéristiques fondamentales communes, de sorte qu'il existerait une notion unique de transaction. Une telle question nécessiterait une recherche particulière qui ne relève pas de cette étude.

Celle-ci porte plus précisément sur la transaction administrative c'est-à-dire sur la transaction réglant les litiges qui auraient relevé du juge administratif si les parties avaient opté pour un règlement juridictionnel. C'est là le critère de qualification retenu par le Conseil d'Etat dans son avis *L'Haj-les-Roses* du 6 décembre 2002⁷³ et repris ensuite par le Tribunal des conflits⁷⁴. Ce faisant, l'avis de 2002 consacre l'existence d'une transaction spécifique pour le règlement des litiges administratifs (A) qu'il convient d'ores et déjà de distinguer des transactions fiscale et pénale afin de circonscrire plus encore le champ de cette étude (B).

A. L'existence d'une transaction administrative

Si l'existence d'une transaction réservée au règlement des litiges administratifs et communément nommée transaction administrative, est aujourd'hui acquise, il n'en a pas toujours été ainsi. Trois étapes conduisent à l'établissement de la transaction administrative telle qu'elle existe aujourd'hui. Toutes ont contribué à la façonner, c'est-à-dire à lui conférer sa spécificité ; toutes ont été déterminantes, à des degrés divers, dans l'élaboration de cet outil parachevée en 2002 de manière éclatante. Aussi méritent-elles d'être évoquées. La transaction administrative résulte d'une évolution patiente et fluide. Il y eut d'abord le temps de l'adaptation discrète pour les litiges des personnes publiques (a), plus tard, dans les années 1990, celui de l'encouragement (b), et enfin la consécration en 2002 (c). A partir de cette date, il n'est plus question d'une transaction en matière administrative, mais bel et bien d'une transaction administrative.

⁷² C. NELISSE, « Le règlement déjudiciarisé : entre la flexibilité technique et la pluralité juridique », préc., p. 271.

⁷³ CE, Avis, 6 décembre 2002, *Syndicat intercommunal du second cycle du second degré du district de l'Haj-les-Roses*, RFDA 2003, p. 291, concl. G. Le Chatelier, p. 302, note B. Pacteau, AJDA 2003, p. 280, chron. F. Donnat, D. Casas, Dr. Adm. 2003, n° 44, A. Ménéménis, Dr. Adm. 2003, chron. n° 8, F. Sabiani, CJEG 2003, p. 543, note J. Gourdou, P. Terneyre, JCP Entreprise et Affaires 2003, comm. 107, note F. Linditch, Contrats-marchés publics 2003, p. 31, note G. Eckert.

⁷⁴ TC, 18 juin 2007, n° 3600, *Sté Briançon Bus et M. B. contre Commune de Briançon*, Dr. Adm. 2007, comm. 156, note F. Melleray, Contrats-marchés publics 2007, comm. 289, note G. Eckert, JCP G 2007, I, 193, chron. B. Plessix, JCP G 2008, II, 10017, note H. Kenfack. V. plus généralement sur ce point, partie I, titre I, chapitre I, section II, § I, p. 86.

a. L'adaptation discrète de la transaction pour les litiges des personnes publiques

Si la transaction est un procédé très ancien, la genèse de la transaction administrative actuelle remonte au XIX^e siècle. En effet, le titre XV du Code civil, « Des transactions », comporte certaines dispositions qui intéressent directement les personnes publiques en leur reconnaissant le droit de transiger (1). Prenant acte de ce droit, la jurisprudence a apporté très tôt des adaptations aux règles gouvernant la conclusion des transactions telles qu'elles sont prévues par le Code civil pour les personnes publiques (2). Toutefois, l'utilisation de cet outil resta très parcimonieuse (3).

1. La reconnaissance du droit de transiger pour les personnes publiques

L'exaltation de la fraternité et de la concorde qui prévalait dans des discours de Révolution renouvela la faveur pour la transaction, quitte parfois même à l'idéaliser. On se rappelle de l'invitation du député Louis Prugnon, à l'Assemblée, en 1790 : « Rendre la justice n'est que la seconde dette de la société. Empêcher les procès, c'est la première. Il faut que la société dise aux parties : pour arriver au temple de la Justice, passez par celui de la concorde. J'espère qu'en passant vous transigerez »⁷⁵. Cette bienveillance ne valait toutefois que pour les litiges des personnes privées. Il en allait tout autrement pour ceux impliquant des personnes publiques et mettant en cause l'ordre public. On craignait une certaine privatisation des affaires publiques, propice à des détournements financiers. La transaction était alors perçue comme un abandon de droits. G. Le Chatelier relève que « plus globalement, c'est le respect de l'égalité de tous les citoyens devant les charges publiques, posé par l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, qui est en cause »⁷⁶.

Aussi le recours transactionnel, pour les personnes publiques, fut-il difficilement admis et encadré par un important formalisme nécessitant autorisation et approbation. Le décret des 27-31 août 1791 prévoyait, en effet, que « s'il s'agit de transiger, l'Agent du Trésor Public pourra y être autorisé par les Commissaires de la trésorerie, mais la transaction n'aura d'effet vis-à-vis de la Nation qu'après approbation du Corps législatif »⁷⁷. L'ordre

⁷⁵ L. PRUGNON s'exprimait ainsi le 7 juillet 1790, lors des débats préparatoires à la loi des 16-24 août 1790, *Archives Parlementaires*, tome XVI, p. 739.

⁷⁶ G. LE CHATELIER, « Transaction », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, n° 3.

⁷⁷ Décret du 31 août 1791 relatif aux fonctions de l'agent du trésor, art. 5. V. *Rec. Duvergier*, vol. 3, 1824, p. 268.

public et les créances de l'Etat étant en cause, la transaction ne pouvait échapper à l'approbation de la Nation. La réticence des révolutionnaires à l'égard des transactions pour le règlement des affaires publiques était telle qu'ils l'exclurent d'un certain nombre de contentieux, à l'instar du contentieux fiscal⁷⁸.

Les rédacteurs du Code civil partagèrent cette méfiance. Il faut tout d'abord relever que ce n'est qu'*in extremis* que le procédé transactionnel fut introduit dans le Code civil. Il semble que ses auteurs aient tout bonnement oublié ce mécanisme, ce que les Tribunaux d'appel et le Tribunal de cassation dénoncèrent lors du discours préparatoire de présentation du Code civil⁷⁹. Les articles 2044 à 2049 qui forment le titre XV consacré à la transaction furent donc rédigés à la hâte. Aujourd'hui encore ces textes témoignent de certaines insuffisances⁸⁰.

De manière générale, la résolution des litiges des personnes publiques par des modes dits alternatifs n'allait pas de soi. L'arbitrage fut, par exemple, catégoriquement interdit pour les personnes publiques. Il n'était pas concevable que celles-ci confient l'issue de leurs litiges à des arbitres, et ce faisant, « se dérobe[nt] aux juridictions établies »⁸¹. Le principe demeure aujourd'hui, assorti toutefois d'exceptions. La transaction, en revanche, a été admise. « [...] L'objection aurait pu être faite que les personnes administratives ne peuvent renoncer à des droits dont l'exercice leur est assigné dans l'intérêt public », mais elle « ne paraît pas avoir été soulevée », ainsi que le souligne J.-M. Auby⁸². Les avantages que présente la transaction ont pris le pas sur les difficultés d'ordre théorique : « Conformément à une idée traditionnelle dans le commerce juridique privé, on a considéré qu'il était utile de permettre aux parties de régler à l'amiable leurs différends et d'éviter ainsi les débats contentieux qui laissent longtemps en suspens les situations litigieuses »⁸³.

C'est ainsi que la possibilité de transiger fut reconnue aux personnes publiques par le Code civil de 1804, du moins pour les communes et les établissements publics. A leur égard, la reconnaissance était expresse. L'article 2045, dans sa version initiale, c'est-à-dire avant la

⁷⁸ Loi du 4 germinal an II. En cette dernière matière, le procédé fut finalement autorisé par les ordonnances des 30 janvier et 13 février 1822 et s'y trouve aujourd'hui assez couramment pratiqué. V. R. RAYSSAC, *La transaction en matière administrative*, thèse Tours, 1999, p. 39 et s.

⁷⁹ P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, Videcoq, 1836, t. II, p. 743 et s., t. III, pp. 174, 205 et 561.

⁸⁰ L'existence de concessions réciproques comme élément caractéristique du contrat transactionnel n'a, par exemple, pas été mentionnée dans le Code civil. V. sur ce point, partie I, titre I, chapitre II, section II, § I, A, p. 127.

⁸¹ La formule est celle de J. ROMIEU, dans ses conclusions sur l'arrêt CE, 17 mars 1893, *Chemin de fer du Nord, de l'Est et autres contre ministre de la guerre*, publiées en partie dans S. 1893, III, p. 119.

⁸² J.-M. AUBY, « La transaction en matière administrative », *AJDA* 1956, p. 1.

⁸³ *Ibid.*

modification de la loi du 17 mai 2011⁸⁴, disposait que « les communes et établissements publics ne peuvent transiger qu'avec l'autorisation expresse du Roi ». Dans sa version actualisée, l'article 2045 ne fait plus mention que des transactions des établissements publics de l'Etat qui doivent être autorisées par décret du Premier ministre. C'est qu'avec la suppression de la tutelle de l'Etat sur les collectivités territoriales, a disparu également l'obligation pour elles de demander une autorisation afin de transiger⁸⁵. Dans un avis de 1997, le Conseil d'Etat a eu l'occasion de préciser que la tutelle ayant été supprimée sur les collectivités territoriales, il n'y avait plus lieu de continuer à appliquer les dispositions de l'article 2045⁸⁶. La loi de 2011 n'a fait qu'entériner cet état du droit. Désormais, le droit de transiger est donc implicitement reconnu aux communes et à leurs établissements publics.

Le Code civil ne fait pas davantage mention des transactions de l'Etat. Aucun texte n'est jamais venu ni lui reconnaître la faculté de transiger ni la lui dénier. Aussi, la jurisprudence a-t-elle pallié ce silence. En l'occurrence, elle a déduit de l'ancien article 2045 qu'il n'y avait pas d'opposition de principe au recours à cet outil s'agissant des litiges des personnes publiques, y compris donc, ceux de l'Etat. Un arrêt de 1887, *Evêque de Moulins*, a ainsi reconnu aux ministres, dans leur champ de compétences, le pouvoir de signer les transactions au nom de l'Etat, avant qu'un avis de 1893, *Compagnies des chemins de fer*, indique clairement qu'« aucune disposition de loi ou de règlement n'interdit à l'Etat, la faculté de transiger [...] »⁸⁷. De cette façon, il a été considéré que l'Etat était aussi autorisé à transiger⁸⁸.

Cette considération a présidé également à la reconnaissance pour les départements et régions de ce droit. S'agissant des départements, le silence du Code de 1804 s'explique. En effet, la Révolution qui a créé les départements dans le cadre d'une importante réorganisation du pays⁸⁹, ne leur a toutefois pas accordé la personnalité juridique. Ils ne constituaient que « l'instrument majeur de la centralisation à la française en produisant des

⁸⁴ L. n° 2011-525 du 17 mai 2011, art. 158.

⁸⁵ Sur la procédure de passation des transactions des collectivités territoriales, v. p. 210 et s.

⁸⁶ CE, Avis, Sect. Travaux publics, 21 janvier 1997, EDCE 1998, p. 184.

⁸⁷ CE, 17 mars 1893, *Chemin de fer Nord, de l'Est et autres contre ministre de la guerre*, préc.

⁸⁸ Sur la compétence matérielle pour signer les transactions, v. partie I, titre II, chapitre I, section II, § I, B, p. 207 et s.

⁸⁹ Le principe de la départementalisation est arrêté en 1789, et ses modalités pratiques furent votées par la Constituante en février 1790 et sanctionnées par le Roi en mars 1790. Plus précisément, les départements furent créés par la loi du 22 décembre 1789 relative à la constitution des assemblées administratives. V. S. VERCLYTTE (dir.), *La déconcentration en France : histoire et actualité*, Paris, La documentation française, 1997.

circonscriptions dépourvues de la personnalité juridique [...] »⁹⁰. C'est plus tard, en 1838 — par la loi du 10 mai —, que la personnalité juridique leur a été reconnue, et en 1871, la faculté de transiger. L'article 46-16° de la loi du 10 août 1871⁹¹ permet, en effet, aux départements de transiger, faculté aujourd'hui consacrée par l'article L. 3213-5 du Code général des collectivités territoriales : « le Conseil départemental statue sur les transactions concernant les droits du département ». Quant aux régions, elles doivent à la jurisprudence de pouvoir transiger⁹².

Les personnes publiques disposèrent donc très tôt de la capacité de transiger au même titre que les personnes privées, sans toutefois se voir appliquer les mêmes règles juridiques.

2. L'élaboration de règles propres aux transactions des personnes publiques

Plus que de dérogation, c'est d'adaptation qu'il s'agit. Hors cas de textes spéciaux, comme pour la transaction fiscale, la jurisprudence de la fin du XIX^e siècle appliquait aux transactions des personnes publiques les règles prévues par le Code civil. Mais, compte tenu de leur nature particulière, des intérêts dont elles ont la charge ainsi que des deniers publics qu'elles manient, des règles spécifiques aux personnes publiques ont été introduites. R. Drago observait, à cet égard, que « ces règles [gouvernant la conclusion des transactions des personnes publiques], telles qu'elles ont été formulées par la jurisprudence depuis l'arrêt du 17 mars 1893, *Chemin de fer du Nord*, consistent à appliquer tels quels les articles 2044 à 2058 du Code civil »⁹³.

Les dispositions du Code civil s'appliquaient certes aux transactions impliquant au moins une personne publique, mais s'y ajoutèrent des règles spécifiques. En effet, « bien que la transaction administrative puisse être considérée comme soumise aux règles du Code civil et aux principes du droit privé, une simple référence à ces règles et à ces principes ferait abstraction de problèmes et de solutions particulières au domaine administratif »⁹⁴. Dès 1893, a été posée une règle fondamentale, celle de l'interdiction de pratiquer des libéralités.

⁹⁰ S. VERCLYTTÉ, *La déconcentration en France : histoire et actualité*, préc., p. 12.

⁹¹ L. du 10 août 1871 relative aux conseils généraux, *JORF* du 29 août 1871, p. 3041.

⁹² V. partie I, titre II, chapitre I, section II, § I, B, b, p. 217.

⁹³ R. DRAGO, « Etablissements publics et transaction », in *Gouverner, administrer, juger : Mélanges en l'honneur de Jean Waline*, Paris, Dalloz, 2002, p. 187.

⁹⁴ J.-M. AUBY, « La transaction en matière administrative », préc., p. 1.

Consacrée par l'arrêt *Chemin de fer du Nord et autres*⁹⁵, d'après la doctrine préconisée par J. Romieu⁹⁶, elle n'a jamais cessé de s'appliquer et de constituer un élément essentiel du contrôle du juge sur les transactions des personnes publiques. L'interdiction qui visait à protéger les deniers publics, fut qualifiée de principe général du droit par l'arrêt *Mergui*⁹⁷.

La reconnaissance pour les personnes publiques de la faculté de transiger s'est donc accompagnée très tôt de règles spéciales, formant avec les règles de droit commun un régime tout particulier. Des garde-fous furent posés, impliquant un contrôle plus approfondi du juge administratif en cas de litige ou lors d'une demande d'homologation dont la recevabilité a été admise en 1971 pour les transactions conclues en cours d'instance⁹⁸ et en principe exclue en 2002 pour les transactions conclues hors instance⁹⁹.

Cet aperçu historique permet de vérifier que, si le Conseil d'Etat a véritablement consacré l'existence d'une transaction administrative dotée d'un régime juridique particulier en 2002, il en avait posé les bases bien plus tôt. Il n'en reste pas moins que c'est avec l'avis *L'Hay-les-Roses* que le terme de transaction administrative a pris tout son sens. Auparavant, on parlait indifféremment de transaction administrative, de transaction en matière administrative, de transaction en droit administratif, etc. Pour ce qui concerne la période antérieure à 2002, l'expression la plus exacte serait celle de transaction conclue par une personne publique au moins. Des règles particulières avaient bien été établies mais elles concernaient, alors, toutes les transactions conclues par les personnes publiques. C'est du reste la raison pour laquelle la thèse *La transaction en matière administrative*, soutenue en 1999 par R. Rayssac, étudiait ensemble toutes les transactions conclues par les personnes publiques, qu'elles relèvent du droit pénal, du droit fiscal ou de l'article 2044 du Code civil¹⁰⁰. Ce qui était qualifié de transaction administrative, à l'époque, ne répond pas

⁹⁵ CE, 17 mars 1893, *Chemin de fer Nord, de l'Est et autres contre ministre de la guerre*, préc.

⁹⁶ V. les conclusions de J. Romieu sur l'arrêt CE, du 17 mars 1893, *Chemin de fer du Nord, de l'Est et autres*, reproduites partiellement dans S. 1893, III, p. 119-126.

⁹⁷ CE, sect., 19 mars 1971, *Mergui, Leb.*, p. 235, concl. Rougevin-Baville, *AJDA* 1971, p. 274, chron. D. Labetoulle et P. Cabanes, *RDP* 1972, p. 234, note M. Waline.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ CE, Avis, 6 décembre 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de L'Hay-les-Roses*, préc. Sur la question de l'homologation des transactions administratives, qu'elles aient été conclues en cours d'instance ou hors instance, v. partie I, titre II, chapitre II, section II, § II, B, p. 285 et s.

¹⁰⁰ R. RAYSSAC, *La transaction en matière administrative*, thèse préc. Il faut aussi évoquer la thèse de P. LEWY, *La transaction en droit public français*, thèse Paris XIII, 2001. Outre que la thèse est antérieure à l'avis *L'Hay-les-Roses*, son auteur ne prend pas soin de définir l'objet de son étude. Ainsi, il est question indifféremment et sans distinction de la transaction en droit public, de la transaction sur les litiges administratifs et des transaction pénale et fiscale. Il est alors difficile d'identifier le mécanisme que l'auteur entendait étudier, et de le replacer dans la chronologie de la transaction administrative.

toujours à la définition résultant de l'avis de 2002. L'intérêt de la thèse de 1999 demeure donc lié au contexte de l'époque.

Malgré ces adaptations, il restait à l'époque difficilement concevable que des personnes publiques transigent. Preuve en est du faible recours à cet outil par elles.

3. L'utilisation parcimonieuse de la transaction par les personnes publiques

Il est assez difficile de connaître précisément le nombre de transactions conclues alors ou même de déterminer quelle était la perception de cet outil s'agissant des litiges des personnes publiques. Au regard du peu d'études qui lui ont été consacrées, y compris dans les manuels généraux, il semble que la doctrine administrativiste ne s'y intéressait guère. « Ce mode de règlement amiable du litige présente dans les relations juridiques privées une importance considérable et la plupart des traités de droit civil ou de procédure civile lui consacrent des développements substantiels. La doctrine administrative s'est peu attachée à l'étude de cette institution »¹⁰¹. Sans doute, est-ce là un indice de la relative marginalité du recours à la transaction pour le règlement des litiges des personnes publiques. Les rares conclusions des commissaires du gouvernement en constituent un autre indice. Elles sont intéressantes en ce qu'elles révèlent la perception de la transaction, l'esprit de l'époque sur ce procédé. Ainsi, il ressort nettement des conclusions de Le Vavasqueur de Précourt et de Romieu, dans les affaires *Evêque de Moulins* et *Compagnies des Chemins de fer du Nord et autres*, qu'il convenait de recourir à la transaction en cas de situations particulièrement compliquées, à l'issue incertaine ou très coûteuse pour l'Etat¹⁰². Dans ces hypothèses, il y avait un « devoir » pour l'administration de transiger¹⁰³. Hormis pour des affaires particulièrement délicates et risquées pour les deniers publics, finalement assez exceptionnelles, la transaction demeurait peu utilisée.

Sans doute, cette parcimonie trouvait-elle son origine dans plusieurs explications. En premier lieu, la transaction avait mauvaise presse. Longtemps, elle fut considérée comme un abandon de droits de la part des personnes publiques. Ainsi sous la Révolution, le recours à

¹⁰¹ J.-M. AUBY, « La transaction en matière administrative », préc., p. 1.

¹⁰² Des extraits des conclusions de M. LE VAVASSEUR DE PRECOURT rendues sur l'arrêt CE, 23 décembre 1887, *Evêque de Moulins*, sont reproduits dans le *Recueil Lebon*, p. 843. Quant aux conclusions de M. ROMIEU, on sait qu'elles sont reproduites dans S. 1893, III, p. 119-126.

¹⁰³ J. ROMIEU, Conclusions préc., S., 1893, p. 123.

une transaction par les personnes publiques était soumis à autorisation et approbation¹⁰⁴. Cette méfiance a certainement marqué durablement les esprits. En second lieu, il est probable que la justice administrative en pleine construction tant au niveau de sa structure que du droit applicable, ne pouvait voir d'un bon œil le développement d'un mode parallèle de règlement des litiges. Finalement, une fois bien installée dans l'ordre juridique français¹⁰⁵, la justice administrative s'est montrée favorable à la transaction. La méfiance envers ce contrat a cédé le pas en considération de ses avantages.

b. La volonté d'encourager le recours à la transaction par les personnes publiques

La transaction a bénéficié dans les années 1980-1990 du mouvement de redécouverte des modes alternatifs de règlement des litiges. Les pouvoirs publics et les administrés ont réalisé que tout litige ne nécessitait pas l'intervention d'un juge. On se rappelle de l'invitation de R. Denoix de Saint-Marc à « combattre un acharnement judiciaire, qui existe incontestablement chez certains juristes comme l'acharnement thérapeutique qu'on rencontre chez certains médecins », en « ménag[eant] une place importante à d'autres modes de règlement des litiges [...] »¹⁰⁶. Le contexte particulier de la fin du XX^e siècle, marqué par l'encombrement des tribunaux et la lenteur en résultant, ainsi que par le souci des parties de maîtriser l'issue de leur litige¹⁰⁷ a exacerbé le besoin d'une démarche transactionnelle¹⁰⁸. Comme le souligne C. Cantié, en recourant à la transaction pour régler les litiges des personnes publiques, « il ne s'agit pas d'éviter à tout prix la saisine du juge, par défiance envers celui-ci »¹⁰⁹, mais d'opter pour un mode amiable, économe des deniers publics, rapide, souple, permettant de préserver à la fois de bonnes relations entre les parties et la réputation de chacune d'elles. Ces avantages, conjugués avec la volonté de désengorger les juridictions — problématique importante dans un contexte de constante augmentation du nombre de requêtes déposées devant les juridictions administratives, surtout en matière contractuelle — ont conduit les pouvoirs publics à prendre des mesures destinées à encourager, en droit administratif, le recours aux modes alternatifs de règlement des litiges en général, et à la

¹⁰⁴ V. *Supra*, p. 21.

¹⁰⁵ V., notamment, CC, 22 juillet 1980, *Loi de validation d'actes administratifs*, N° 80-119 DC.

¹⁰⁶ R. DENOIX DE SAINT-MARC, « Le service public de la justice judiciaire », discours préc.

¹⁰⁷ V. *Supra*, p. 12 et s.

¹⁰⁸ A. LYON-CAEN, « Sur la transaction administrative », *AJDA* 1997, p. 48.

¹⁰⁹ C. CANTIE, « Marchés publics, prévention et résolution amiable des litiges », *J.-Cl. Coll. terr.*, fasc. 781, n° 7.

transaction en particulier (1). Toutefois, ces efforts ne pouvaient aboutir, faute d'une clarification du régime des transactions des personnes publiques (2).

1. Les mesures d'encouragement

A la demande d'Edith Cresson, alors Premier ministre, le Conseil d'Etat consacra en 1993, son rapport annuel à la justice alternative, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*¹¹⁰. « Il [...] apparaît que le développement du commerce international, l'essor des marchés publics et les attentes de nombreux citoyens rendent souhaitable le recours accru à ces nouveaux modes de règlement des conflits en matière administrative où, jusque là, contrairement au domaine judiciaire, cette voie a été encore peu explorée », exposait le Premier ministre dans sa lettre datée du 10 juillet 1991¹¹¹. L'étude concluait à « la nécessité de développer les modes nouveaux de règlement des litiges administratifs, parce que ce développement est possible, souhaitable et, quoique limité, probablement inéluctable : encore faut-il l'accompagner au mieux de mesures prudentes »¹¹². S'agissant plus précisément de la transaction, la Haute juridiction préconisait une plus grande publicité : « souvent les modes "nouveaux" existent déjà et donnent satisfaction [...] il faut les encourager ne serait-ce qu'en les faisant mieux connaître ; le cas de la transaction est exemplaire à cet égard »¹¹³.

Dans ce rapport, le Conseil d'Etat réserve de longs développements à la transaction — une partie entière, composée de trois chapitres —, alors qualifiée de « transaction en matière administrative ». Après avoir rappelé dans un premier chapitre « le dispositif en vigueur » — c'est-à-dire, le droit commun de la transaction, la réglementation en vigueur et les éléments constitutifs du contrat — et les caractéristiques propres des transactions en matière administrative, il dresse, dans les deux suivants, une sorte de bilan de « la pratique transactionnelle dans le secteur public » et propose en outre un certain nombre de mesures de nature à en encourager le recours.

¹¹⁰ *Régler autrement les conflits*, préc.

¹¹¹ Lettre du Premier ministre, reproduite dans le rapport, EDCE 1993, préc., p. 5.

¹¹² *Régler autrement les conflits*, préc., p. 147.

¹¹³ *Ibid.*

En l'occurrence, ce bilan est plutôt mitigé. Si plusieurs dizaines de milliers de transactions ont pu être conclues chaque année¹¹⁴, c'est surtout en matière fiscale que le procédé transactionnel est utilisé. L'étude du Conseil d'Etat porte, en effet, sur l'usage de la transaction « dans le secteur public », ce qui inclut naturellement la transaction fiscale. Il est fait recours également au procédé transactionnel pour l'indemnisation des préjudices résultant d'accidents de la circulation, d'attroupements, de manifestations et du refus du concours de la force publique en matière d'expulsion. Enfin, il est assez utilisé par l'Agence judiciaire du Trésor et l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris, conformément à leur politique de résolution des litiges. A l'inverse, de nombreux services administratifs n'y recourent pas, et des contentieux importants, comme les dommages de travaux publics et les marchés publics, ne sont pas résolus par cette voie.

Le Conseil d'Etat relève que, de manière générale, la transaction constituait une « technique mal-connue » de l'administration, « suscit[ant] des réticences », quant à sa nature même — c'est-à-dire, le principe d'un règlement non juridictionnel des litiges — et en raison des incertitudes de la procédure budgétaire et comptable qui s'en suivait¹¹⁵.

Loin de considérer la transaction comme une technique concurrente, le Conseil d'Etat estime « très souhaitable » son développement¹¹⁶. Il y voit « un élément de qualité du service public », en ce qu'elle facilite un règlement rapide des litiges, permet une gestion économe des deniers publics et participe indirectement à l'efficacité des procédures contentieuses, dès lors que les requêtes sont moins nombreuses et les délais de jugement consécutivement moins importants. Cette conception très utilitariste des modes alternatifs et de la transaction en particulier est remarquable : « l'utilisation des modes de règlement qu'on peut qualifier de nouveaux, parce qu'ils tendent à se développer, apparaît complémentaire de l'accroissement de l'efficacité de la juridiction administrative traditionnelle, et peut favoriser celui-ci »¹¹⁷. De même, il est précisé que « le recours à ces modes "nouveaux" peut en effet prévenir une partie du contentieux, en dénoncer plus rapidement une autre, autrement dit décharger — certes, partiellement — le juge administratif des tâches de jugement, de plus en plus lourdes, qui lui incombent »¹¹⁸.

¹¹⁴ Le Conseil d'Etat ne dispose pas de chiffres exacts, les transactions conclues « ne bénéfici[ant] pas d'un suivi budgétaire et comptable spécifique », v. le rapport *Régler autrement les conflits*, préc., pp. 64-65.

¹¹⁵ *Ibid*, pp. 71-72.

¹¹⁶ *Ibid*, p. 73.

¹¹⁷ *Ibid*, p. 147.

¹¹⁸ *Ibid*.

Le rôle de pacification sociale de la transaction, l'importance du dialogue plutôt que l'affrontement ne sont pas évoqués, alors même qu'il s'agit là de préoccupations chères aux citoyens et que le visage de l'administration en serait changé et, avec lui, les relations entre administrés-administration. Sans doute cette omission s'explique-t-elle par la préoccupation du Conseil d'Etat d'alléger le travail des juridictions. C'est l'intérêt de la juridiction administrative qui a primé, occultant les avantages que présente aussi la transaction pour les administrés. Celle-ci a été perçue moins dans sa dimension amiable que dans sa dimension d'alternative au règlement juridictionnel.

Aussi, le Conseil d'Etat recommande de « recourir à la démarche transactionnelle chaque fois que la collectivité publique est certaine que sa responsabilité est engagée et a causé un préjudice »¹¹⁹. « Lorsque les prétentions à leur encontre sont excessives, les collectivités publiques ne doivent pas transiger : une mauvaise transaction ne vaut pas toujours mieux qu'un bon procès »¹²⁰. Cela procède bien de l'idée de faire de la transaction un instrument de désengorgement des juridictions. Pour ce faire, le Conseil d'Etat en appelle à « une action d'ensemble d'incitation des pouvoirs publics »¹²¹, par la diffusion d'une circulaire du Premier ministre, par la mise en œuvre de politiques de règlement amiable par les services publics, en insistant sur l'information et la formation des agents et le suivi des transactions¹²².

Invitation que le Premier ministre a suivie, en adoptant, le 6 février 1995, une circulaire, aujourd'hui abrogée¹²³, « relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits »¹²⁴. Le texte, articulé autour de deux axes, « principes généraux concernant la transaction » et « directives pratiques concernant la transaction », s'inspirait très largement des solutions et préconisations émises par le Conseil d'Etat deux ans plus tôt. La transaction était également présentée comme un complément utile au travail des juridictions, puisqu'en guise de préambule, la circulaire rappelait que ce contrat permet une gestion économe des deniers publics, en allégeant la charge de travail des juridictions. Pas plus que le rapport de 1993, la circulaire n'évoquait les avantages propres de la transaction, ni même son rôle de pacification sociale.

¹¹⁹ *Ibid*, p. 77.

¹²⁰ *Ibid*, p. 78.

¹²¹ *Ibid*, p. 77.

¹²² *Ibid*.

¹²³ Elle a été abrogée et remplacée par la circulaire du 6 avril 2011 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits, *JORF* n°0083 du 8 avril 2011, p. 6248.

¹²⁴ *JORF* n° 39 du 15 février 1995, p. 2518.

Il faut souligner par ailleurs que dans le tableau relativement complet qu'elle dressait du droit applicable, la circulaire ne parlait pas de transaction administrative, ni de transaction en matière administrative, mais bien de transaction conclue par des personnes publiques. Elle poursuivait en indiquant que ce contrat revêt un caractère de droit public « dès lors que le litige auquel elle met fin a donné lieu ou aurait pu donner lieu à une action relevant de la compétence du juge administratif »¹²⁵, avant d'exposer le régime juridique : conditions de validité — capacité de transiger, licéité de l'objet de la transaction, effectivité de la contestation née ou à naître et réciprocité des concessions des parties —, effets attachés à la conclusion d'une transaction et conditions d'homologation.

La difficulté liée à la qualification de ce contrat était manifeste. Sans le dire nettement, le texte semblait distinguer, parmi toutes les transactions des personnes publiques, celles qui relèvent du droit privé et celles qui relèvent du droit public, sur la base de la nature juridique du litige en cause. Mais, de manière fort regrettable, la distinction n'était suivie d'aucun développement propre à ces différentes transactions, puisqu'il était indiqué que « lorsque la transaction est régie par le droit commun, les dispositions de l'article 2052 du Code civil sont applicables », ladite transaction présentant alors l'autorité de la chose jugée, à l'inverse de la transaction de droit public, qui « n'a pas l'autorité de la chose jugée, à moins qu'elle n'ait fait l'objet d'un jugement d'homologation »¹²⁶. Ainsi, si la circulaire de 1995 établissait une distinction entre les transactions des personnes publiques à partir de la nature juridique du litige, elle n'y attachait aucune conséquence du point de vue de leur régime juridique.

L'esquisse de la distinction, aujourd'hui devenue essentielle, ne permettait pas de lever les incertitudes quant au régime de la transaction conclue par les personnes publiques.

2. Les insuffisances du régime juridique des transactions des personnes publiques

Dans les années 1990 et malgré les mesures d'encouragement dont il a fait l'objet, on ne constate pas de développement significatif du procédé transactionnel pour la résolution des litiges des personnes publiques. En droit administratif, il demeurait relativement peu fréquent. Phénomène remarquable, la circulaire de 1995 qui est devenue une référence — jusqu'à celle de 2011 qui l'abroge et la remplace — était à l'époque passée à peu près inaperçue. Il est probable que l'administration était encore marquée par la conception de la transaction comme

¹²⁵ Circulaire du 6 février 1995, préc., § 1.2.

¹²⁶ *Ibid.*, § 1.4.

abandon de droits. Mais surtout, ce sont les incertitudes entourant la nature juridique du contrat de transaction signé par les personnes publiques qui entravaient son essor. C'était là un obstacle de taille, car des incertitudes sur la nature juridique du contrat naissaient des incertitudes sur son régime juridique et la compétence juridictionnelle en cas de litige. L'enjeu était grand : quel droit appliquer à une transaction signée par au moins une personne publique, sachant que le droit des contrats administratifs n'est pas celui des contrats de droit privé ? Certaines règles et principes, comme l'interdiction de procéder à des libéralités, étaient-ils intangibles, s'imposant ainsi à toutes les transactions des personnes publiques qu'elles puissent relever du droit public ou du droit privé ? Quel juge saisir consécutivement à un litige lié à l'exécution d'une transaction ? A quel juge adresser, hors instance juridictionnelle, une demande d'homologation d'une transaction conclue avec une personne publique, en admettant qu'elle puisse être jugée recevable¹²⁷ ?

Autant d'interrogations qui dépendent de la question fondamentale de la nature juridique des transactions des personnes publiques. Autant de doutes, aussi, pour les parties à un litige éventuellement intéressées par ce mode de règlement des litiges.

Sur cette question de la nature juridique des transactions des personnes publiques, la doctrine était partagée et la jurisprudence incertaine¹²⁸. Dans un premier temps, il a été jugé que les transactions des personnes publiques constituaient, en principe, des contrats de droit privé soumis à ce titre au juge judiciaire, analyse qui reposait sur deux considérations : le fait que la transaction soit un contrat défini et réglementé par le Code civil et la circonstance que les transactions conclues par les personnes publiques concernent essentiellement « la gestion patrimoniale de l'administration »¹²⁹. Il s'opérait alors un partage des compétences entre les deux ordres de juridiction : dès lors que la transaction présentait le caractère d'un contrat de droit privé, le juge judiciaire était réputé compétent au principal en cas de litige ; en revanche les transactions mises en cause, à titre exceptionnel, dans un litige ressortissant de la pleine compétence du juge administratif, ainsi, et à titre, tout aussi exceptionnel, que les transactions conclues en matière de travaux publics du fait du caractère attractif de la notion de travaux publics, suivant la loi du 28 pluviôse an VIII, relevaient de la compétence du juge administratif. C'est ce que J.-M. Auby était parvenu à identifier à partir des arrêts rendus :

¹²⁷ La question de l'homologation des transactions conclues en cours d'instance ne se posait pas, puisque, comme on le sait, l'homologation a été admise par le Conseil d'Etat, avec l'arrêt *Mergui*. V. *Supra*, p. 24, et sur l'homologation des transactions administratives plus généralement, partie I, titre II, chapitre II, section II, § II, B, p. 285 et s.

¹²⁸ Sur cette question, v. plus précisément, partie I, titre I, chapitre I, section II, § I, p. 86 et s.

¹²⁹ J.-M. AUBY, « La transaction en matière administrative », préc., p. 4.

« Lorsque le litige porte uniquement sur la transaction (validité et exécution), le juge judiciaire est compétent, sauf si la transaction par son lien étroit avec un contrat administratif, peut être considérée comme revêtant le même caractère que celui-ci »¹³⁰. A l'inverse, « lorsque la transaction est invoquée à titre d'exception dans un litige dont le juge administratif est compétemment saisi, il peut en apprécier la validité et la portée et rechercher, si elle met obstacle à l'exercice du recours »¹³¹.

Plus tard, au cours du XX^e siècle, l'analyse a évolué. Il a été appliqué aux transactions les critères d'identification classiques des contrats administratifs. Dès lors, les transactions n'ayant pas fait l'objet d'une qualification législative et impliquant une personne publique au moins, sont qualifiées d'administratives à condition de comporter une clause exorbitante du droit commun ou un « lien fort » avec l'exécution du service public¹³². Or, par nature, les transactions ne sauraient répondre à ces conditions. Si elles poursuivent la satisfaction de l'intérêt général, c'est uniquement en raison de leur participation à la pacification sociale, caractéristique cependant bien trop générale pour impliquer la présence de clauses exorbitantes du droit commun ou permettre l'identification d'un « lien fort » avec l'exécution d'un service public. Les clauses exorbitantes ne sont ni nécessaires, ni appropriées dans une transaction, puisqu'il importe au contraire, que les parties transigent sur un pied d'égalité.

Cette analyse ne tenait pas compte de la spécificité des transactions. Ce type de contrat a cela de particulier qu'il ne s'inscrit pas dans une situation juridique que l'on pourrait qualifier d'initiale — à l'instar des délégations de service public, par exemple —, mais procède d'une situation litigieuse dérivée des situations juridiques initiales. Aussi, ce raisonnement ne fit-il pas l'unanimité, et un nouveau critère de qualification fut dégagé, celui de la compétence juridictionnelle pour connaître du litige initial.

Ce critère alignant la nature des transactions sur la nature du litige initial a été salué par une partie de la doctrine et appliqué par certaines décisions de justice¹³³. Il se trouve, en outre, que les demandes d'homologation concernant les transactions conclues en cours d'instance répondaient déjà implicitement mais nécessairement à ce critère. Toutefois, pareille analyse n'obtint pas pleine adhésion. A titre d'exemple, dans son rapport de 1993, le Conseil

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ *Ibid.*

¹³² L'expression de « lien fort » avec l'exécution du service public, est celle de L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, coll. Manuel, 2014, 9^e éd., n° 159.

¹³³ V. plus précisément, partie I, titre I, chapitre I, section II, § I, A, p. 90 et s.

d'Etat ne l'évoque pas, se contentant des critères traditionnels d'identification des contrats administratifs qui conduisaient presque exclusivement à la qualification de droit privé des transactions¹³⁴.

Le doute demeurait donc quant à la nature juridique des transactions et partant, du droit applicable et de la compétence juridictionnelle. Or, ce flottement, qui n'était pas satisfaisant du point de vue de la rigueur et de la sécurité juridiques, portait préjudice au développement de la transaction tel que souhaité par les pouvoirs publics. Devant de telles difficultés, les parties potentiellement intéressées renonçaient bien souvent à y recourir.

c. L'avis L'Haÿ-les-Roses, la consécration d'une transaction administrative

Le 6 décembre 2002, le Conseil d'Etat rend un avis qui lui permet de clarifier l'état du droit en matière de transaction conclue pour prévenir ou régler des litiges administratifs¹³⁵. L'avis est de toute première importance, puisque la juridiction, en répondant aux différentes interrogations en suspens jusqu'alors, consacre de manière prétorienne, « une transaction administrative ». L'intérêt de cette précision est d'autant plus grand que le futur Code des relations entre le public et l'administration évoque toutes ensemble les transactions privées et administratives des personnes publiques, en son article L. 423-1, inséré dans le Livre IV, « Le règlement des différends avec l'administration »¹³⁶.

Les faits à l'origine de l'avis *L'Haÿ-les-Roses* étaient assez ordinaires. Sur déféré préfectoral, le Tribunal administratif de Melun a annulé le 8 février 2000, le marché négocié conclu, le 2 avril 1999, entre le Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Haÿ-les-Roses et la société CDI 2000 pour la réalisation de travaux sur un espace sportif intercommunal. La difficulté venait du fait que ledit marché avait été complètement exécuté. Les parties prirent alors la décision de régulariser cette situation par une transaction conclue le 16 août 2001, aux termes de laquelle, elles reconnaissaient que les travaux avaient été entièrement exécutés et la totalité des sommes liées à ces travaux, réglée à l'entreprise. Un récapitulatif des droits de l'entreprise y est aussi

¹³⁴ Régler autrement les conflits, préc., p. 61.

¹³⁵ CE, Avis, Ass., 6 décembre 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second degré du district de l'Haÿ-les-Roses*, préc.

¹³⁶ Plus précisément, le Code entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2016.

effectué : 138 842,84 francs pour les travaux et 20 000 francs, au titre du préjudice causé par le maître de l'ouvrage du fait de l'illégalité entachant le marché ; 1 003,67 francs restaient dus à la société, représentant la différence entre le décompte précédent et les sommes versées. Enfin, la société se déclarait remplie de tous ses droits et renonçait à toute réclamation ultérieure, avec une réserve pour la question de ses obligations au titre de la garantie décennale. En dernier lieu, les parties rappelaient que la convention était soumise aux dispositions de l'article 2052 du Code civil et que toute contestation sur son interprétation relèverait de la compétence du Tribunal de grande instance de Créteil¹³⁷.

A la suite d'une demande d'homologation de la convention transactionnelle portée devant lui par le syndicat intercommunal, le Tribunal administratif de Melun a décidé d'interroger pour avis le Conseil d'Etat, en application des dispositions de l'article L. 113-1 du Code de justice administrative. Plus précisément, deux questions étaient posées à la Haute juridiction. La première consistait à déterminer s'il était possible pour le juge administratif de « donner acte, approuver ou homologuer » un accord transactionnel « alors qu'aucun litige n'est introduit devant lui »¹³⁸. La seconde portait sur la compétence du juge administratif : dans la mesure où ce pouvoir d'homologation hors instance était admis, quels types de transaction pourraient en bénéficier¹³⁹ ?

Comme le note le Commissaire du gouvernement concluant sur cette affaire, « aucune de ces deux questions n'est aisée à trancher »¹⁴⁰. Elles revêtaient une dimension fondamentale, à la fois théorique et pratique, en témoigne d'ailleurs la solennité de la formation chargée de les examiner. En effet, si elles portaient sur la compétence du juge administratif aux fins d'homologation des transactions, à travers elles « s'en trouvait nécessairement impliquée la problématique plus large de la transaction sur les affaires administratives »¹⁴¹.

¹³⁷ Le contenu de la transaction signée entre les parties, le 16 août 2001, est précisé dans les conclusions du Commissaire du gouvernement G. LE CHATELIER, « L'homologation juridictionnelle des transactions en droit administratif », *RFDA* 2003, p. 291.

¹³⁸ V. l'avis du 6 décembre 2002, préc. La première question est ainsi formulée : « Si le juge administratif peut donner acte, approuver ou homologuer un accord intervenu en cours d'instance sous la forme d'une transaction entre les parties aux fins de réparation d'un dommage, peut-il être saisi aux mêmes fins, au titre de ses attributions contentieuses et en faisant application de celles des règles de la procédure ordinaire qui sont compatibles avec une telle demande, alors qu'aucun litige n'est introduit devant lui ? ».

¹³⁹ La seconde question était ainsi formulée : « S'il est répondu par l'affirmative à la question précédente, le juge administratif est-il compétent pour connaître des transactions ayant pour objet de mettre fin ou de prévenir tout différend de nature administrative, ou seulement, des transactions qui comportent des clauses exorbitantes du droit commun ou qui sont relatives à des marchés ou des dommages de travaux publics ? ».

¹⁴⁰ G. LE CHATELIER, « L'homologation juridictionnelle des transactions en droit administratif », préc., p. 291.

¹⁴¹ B. PACTEAU, « L'homologation des transactions par le juge administratif », note sous CE, Avis, Ass., 6 décembre 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second degré du district de l'Hay-les-Roses*, préc., p. 302.

Le Conseil d'Etat rend un avis organisé en trois points. Il rappelle dans un premier temps que la transaction a entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort, qu'elle est donc « exécutoire de plein droit, sans qu'y fassent obstacle, notamment les règles de la comptabilité publique », et en conclut que les demandes aux fins d'homologation d'un tel contrat, adressées devant le juge administratif, sont en principe dépourvues d'objet et par suite irrecevables. Ce principe de l'irrecevabilité n'est cependant pas absolu, puisque des réserves sont émises, dans « l'intérêt général », pour les transactions « vis[ant] 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 », et pour celles dont « [l']exécution se heurte à des difficultés particulières ». Les marchés publics et les délégations de service public sont ici expressément visés.

Ensuite, le Conseil d'Etat précise l'étendue du contrôle du juge administratif à mettre en œuvre dans l'hypothèse où les conclusions en homologation d'une transaction auraient été jugées recevables, et que ladite « transaction ait pour objet le règlement ou la prévention de litiges pour le jugement desquels la juridiction administrative serait compétente ». La formule, brève, mérite d'être soulignée car le Conseil d'Etat pose ainsi le critère de la nature du litige pour déterminer la nature juridique des contrats de transaction.

Enfin, dans un troisième et dernier temps, sont énoncées des prescriptions procédurales auxquelles la demande d'homologation devra répondre : le dépôt de la demande auprès du juge administratif, ainsi que la procédure à suivre et l'instruction à mener par le juge administratif¹⁴².

La portée de l'avis rendu en 2002 est fondamentale en matière de transaction. *A priori*, plutôt technique, l'avis présente un grand intérêt théorique, en venant « consolider la place de la transaction dans la pratique administrative »¹⁴³. S'il est remarquable que le Conseil d'Etat crée « de toutes pièces une voie d'accès au juge administratif »¹⁴⁴ en dehors de toute procédure juridictionnelle, ce n'est pas tant cette question qu'il s'agit ici de considérer, mais celle de la nature juridique du contrat transactionnel.

¹⁴² B. Pacteau parle d'un « luxe de détails », B. PACTEAU, « L'homologation des transactions par le juge administratif », préc., p. 302. Sur ce point, v. plus précisément, partie I, titre II, chapitre II, section II, § II, B, b, p. 298 et s.

¹⁴³ F. LINDITCH, « Le premier avis du Conseil d'Etat sur l'homologation des transactions », note sous CE, Avis, Ass., 6 décembre 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second degré du district de l'Hay-les-Roses*, préc., p. 374.

¹⁴⁴ F. DONNAT, D. CASAS, « Le juge administratif peut homologuer une transaction en dehors de tout litige », chron. sur CE, Avis, Ass., 6 décembre 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second degré du district de l'Hay-les-Roses*, préc., p. 280.

La seconde interrogation qui était adressée au Conseil d'Etat portait sur la compétence du juge administratif aux fins d'homologation. La réponse est laconique mais claire, le juge est compétent pour homologuer une transaction relative à un litige qui, au contentieux, aurait relevé de sa compétence. Le Conseil d'Etat a finalement tranché en faveur du critère matériel tiré de la nature juridique du litige. Si le litige avait dû relever du juge administratif, alors la transaction est qualifiée d'administrative, sans qu'il soit désormais nécessaire d'examiner le contenu du contrat, la présence d'une clause exorbitante du droit commun ou un lien fort avec le service public. Ce critère, assurément logique, élargit le champ des transactions de nature administrative au-delà de celles relatives aux travaux publics. Le Commissaire du gouvernement G. Le Chatelier avait, dans ses conclusions, développé une solide argumentation en ce sens. Faire dépendre la qualification des transactions de la nature du litige initial était, pour lui, bien plus « constructif »¹⁴⁵. D'une part, parce que cela uniformise la jurisprudence : les demandes d'homologation qu'elles soient présentées en cours ou hors instance sont toutes soumises au même régime juridique. D'autre part, ce critère permet au juge administratif de conserver une partie importante du contentieux des transactions et des demandes d'homologation. L'opportunité et la logique juridique s'accordent ici : « Il nous paraît [...] y avoir une logique évidente à considérer que le juge de la transaction doit être le même que le juge du fond du litige auquel il doit être mis un terme »¹⁴⁶. L'Assemblée du Conseil d'Etat a manifestement été sensible à la logique de cette argumentation, qui a effectivement le double avantage d'offrir aux parties une prévisibilité certaine quant à la nature juridique des transactions qu'elles concluent et de tenir compte de la nature particulière de ces contrats. Ce faisant, il a posé la dernière pierre à l'édification d'une transaction administrative et parachevé une construction jurisprudentielle plus ancienne. La doctrine avait d'ailleurs bien saisi toute l'importance et la portée de cet avis. F. Linditch y a vu la « consécration officielle de la transaction administrative »¹⁴⁷.

Il n'est plus question d'une transaction des personnes publiques ou d'une transaction en matière administrative, mais bel et bien d'une transaction administrative, c'est-à-dire d'une transaction dotée d'un champ d'intervention particulier : le règlement des litiges relevant du juge administratif. Le terme n'est plus générique et renvoie à une réalité concrète et précise qui doit être assurément distinguée des autres transactions. De même, le fait que le futur Code des relations entre le public et l'administration définisse le contrat transactionnel

¹⁴⁵ G. LE CHATELIER, « L'homologation juridictionnelle des transactions en droit administratif », concl. sur CE, Avis, Ass., 6 décembre 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second degré du district de l'Hay-les-Roses*, préc., p. 291.

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ F. LINDITCH, « Le premier avis du Conseil d'Etat sur l'homologation des transactions », préc., p. 374.

en général sans prendre soin de distinguer les transactions « de l'administration » selon la nature du litige en question, ne doit pas se comprendre comme une remise en cause de l'avis *L'Hay-les-Roses*, mais davantage comme la volonté d'informer les intéressés de l'existence de la transaction comme mode de règlement des litiges¹⁴⁸. La logique n'est pas celle du bouleversement, mais au contraire est celle de l'information générale relativement à un état du droit, sur ce point, stabilisé — la possibilité de transiger pour mettre fin aux litiges de l'administration.

B. La délimitation de la transaction administrative

Dans la continuité du droit romain, le droit privé entend la transaction comme un contrat emportant renonciation des parties à leur droit d'action et devant comporter des concessions réciproques. Aux articles 2044 et suivants du Code civil qui définissent la transaction comme un contrat « par lequel les parties terminent une contestation née ou une contestation à naître » et lui reconnaissent « entre les parties l'autorité de la chose jugée », la jurisprudence a ajouté l'exigence de concessions réciproques, comme condition de validité. Le titre XV du Code consacré à la transaction avait été rédigé à la hâte à partir des travaux de Domat, pour qui « il y a deux manières de terminer de gré à gré les procès, ou de les prévenir. La première est la voie d'une convention entre les parties qui règlent par elles-mêmes ou par le conseil et l'entremise de leurs amis, les conditions d'un accommodement, et qui s'y soumettent par un traité, et c'est ce que l'on appelle transaction »¹⁴⁹. L'exigence des concessions réciproques, parce qu'elle semble caractériser le procédé transactionnel, a été très vite posée par la jurisprudence. « Dès les premières décennies du XIX^e siècle, observe A. Jeammaud, des tribunaux ont logé cette condition de concessions réciproques empruntée au droit romain [...]. Le premier arrêt de la Cour de cassation prenant le même parti date de 1883 »¹⁵⁰.

¹⁴⁸ L'article L. 423-1 figurant dans le Livre IV consacré au « règlement des différends avec l'administration », énonce « 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 n'est fait nulle référence aux litiges administratifs ou aux litiges relevant de la compétence du juge administratif, mais aux litiges de l'administration en général.

¹⁴⁹ DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Œuvres (éd. J. Rémy), Paris, 1828, t. I, liv. I, tit. XIII, sect. 1, 9, p. 344. L'auteur indique également dans une formule restée célèbre, que la transaction est « une convention que chacun préfère à l'espérance de gagner, jointe au péril de perdre ».

¹⁵⁰ A. JEAMMAUD, « Genèse et postérité de la transaction », in *La transaction dans toutes ses dimensions : actes du colloque des 2 et 3 décembre 2005*, B. Mallet-Bricout et C. Nourissat (dir.), Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006, p. 6.

La transaction est relativement fréquente pour la résolution des litiges de droit privé, caractérisés par leur grande diversité : individuels, à l'instar des litiges de la consommation, locatifs, de voisinage, de travail, ou collectifs, comme en matière sociale, où « la négociation entre les partenaires sociaux n'est ni plus, ni moins qu'une forme de transaction qui se concrétise par l'adoption d'un texte conventionnel »¹⁵¹. Le législateur a, par ailleurs, rendu obligatoire la transaction pour le règlement de certains litiges de responsabilité civile¹⁵².

La reconnaissance du droit d'y faire recours pour les personnes publiques¹⁵³ a ouvert à la transaction de nouvelles perspectives lui permettant d'investir de nouvelles sphères juridiques qui lui sont *a priori* hostiles, parce que mettant en cause des intérêts non purement privés à l'instar des contentieux répressifs. L'évocation des transactions pénale et fiscale n'est toutefois destinée qu'à délimiter la transaction administrative, objet de l'étude, et non d'évaluer la nature véritablement transactionnelle ou non de ces instruments.

Que la transaction progresse en droit pénal est tout à fait remarquable, car, si l'Etat a la faculté de transiger, encore faut-il qu'il ait la capacité de disposer des objets compris dans la transaction. Le principe, en la matière, est celui de l'indisponibilité de l'action publique qui appartient à la société et non au ministère public, « principe élémentaire du droit pénal »¹⁵⁴. Pourtant, l'article 6 du Code de procédure pénale mentionne la transaction parmi les causes d'extinction de l'action publique, à titre exceptionnel, « quand la loi en dispose autrement ». De manière générale, la contractualisation progresse en droit pénal. Se développent, en effet, des mécanismes d'alternatives aux poursuites, distincts des alternatives à la peine, la qualification de transaction n'étant réservée qu'à certains d'entre eux.

A côté de la composition pénale, de la médiation pénale, du plaider coupable, il existe des contrats transactionnels, moyens d'extinction de l'action publique en vertu de l'article 6

¹⁵¹ C. PIZZIO-DELAPORTE, « De la transaction prévue par le Code civil à la transaction utilisée en droit du travail : réflexions sur une règle en dérive », in *1804-2004, le Code civil, un passé, un présent un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, p. 597.

¹⁵² La loi du 5 juillet 1985, dite loi Badinter, relative à la réparation des dommages subis par les victimes des accidents de la circulation, oblige l'assureur à adresser à la victime une offre de transaction dans un délai maximum de huit mois. Si la victime accepte l'offre, alors une transaction est réputée avoir été conclue. Ce faisant, le législateur « a érigé cet acte en procédure de droit commun, et en fait le passage obligé dans le processus d'indemnisation », estime S. PORCHY-SIMON, « Transaction et droit de l'indemnisation », in *La transaction dans toutes ses dimensions*, préc., p. 113. La loi du 6 juillet 1986 a créé le même mécanisme s'agissant de l'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme. En effet, « si l'article L. 422-2 du Code des assurances ne parle que d'offre d'indemnisation, et non formellement de transaction, le renvoi opéré aux articles L. 211-15 et s. du Code des assurances, qui se réfèrent quant à eux expressément à la transaction, démontre la volonté du législateur d'inciter les parties à la conclusion d'un tel acte », précise encore S. PORCHY-SIMON, « Transaction et droit de l'indemnisation », préc., p. 113.

¹⁵³ V. *Supra*, p. 20 et s.

¹⁵⁴ A.-S. CHAVENT-LECLERE, « La transaction existe-t-elle en droit pénal ? », in *La transaction dans toutes ses dimensions*, préc., p. 148.

du Code de procédure pénale. « Juridiquement, il reste ce que le législateur pénal dénomme transaction en prenant soin de renvoyer à ses dispositions expresses. Quantitativement, cela représente un vaste domaine, puisque la loi accorde à de nombreuses administrations un droit de transiger en marge de l'action publique », observe A.-S. Chavent-Lerclere¹⁵⁵. En effet, cet article de portée générale a été suivi par des dispositions spécifiques qui autorisent le règlement transactionnel de litiges bien déterminés. Finalement, « la seule forme de transaction qui existe en droit pénal est accordée non au ministère public, mais par exception, à des administrations publiques auxquelles il a été confié en amont le pouvoir d'engager des poursuites relativement à des comportements violant des intérêts dont elles ont la charge »¹⁵⁶. Ces transactions sont très particulières et relèvent du droit pénal largement entendu, la frontière entre le droit pénal et le droit administratif étant très ténue. J.-B. Perrier identifie quatre « contentieux quasi-répressifs » au sein desquels la transaction se développe¹⁵⁷. Il en est ainsi en matière des atteintes au patrimoine de l'Etat — avec notamment la transaction sur certaines infractions à la police de l'eau¹⁵⁸ —, en matière économique — avec les transactions pour le règlement de certaines infractions au droit de la concurrence¹⁵⁹ et à la législation en matière de douanes et aux opérations financières avec l'étranger¹⁶⁰ —, en matière de transport — comme le transport aérien¹⁶¹ —, et enfin les infractions commises en matières de discrimination¹⁶². Les accords sont conclus entre les auteurs de l'infraction et l'autorité administrative en charge des intérêts du secteur juridique après accord du procureur de la République, et qualifiés de transactions par la loi.

Des doutes ont pu naître quant à la nature de ces outils : s'agit-il véritablement de transactions ? La transaction définie par le Code civil complété en cela par la jurisprudence judiciaire est alors prise comme référence pour les autres transactions, comme modèle, et fait figure de transaction de droit commun à l'aune de laquelle sont examinés tous les procédés susceptibles d'être qualifiés de transaction. En l'occurrence, des auteurs ont pu estimer que la transaction pénale ne satisfaisait pas à toutes les conditions de qualification énoncées par le Code civil, notamment parce que les concessions réciproques feraient défaut. En matière

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷ J.-B. PERRIER, *La transaction en matière pénale*, préc., n° 67.

¹⁵⁸ C. de l'environnement, art. L. 216-14, s'agissant des infractions commises dans le domaine de l'eau et des milieux aquatiques.

¹⁵⁹ V. aussi sur ce point, J.-P. VIENNOIS, « Transaction et droit de la concurrence et droit de la consommation », in *La transaction dans toutes ses dimensions*, préc., p. 123.

¹⁶⁰ C. des douanes, art. 350.

¹⁶¹ C. de l'aviation, art. L. 150-16-1 et L. 330-9.

¹⁶² La loi du 29 mars 2011 accorde au Défenseur des droits le pouvoir de transiger en présence de certains faits de discrimination. V. plus précisément, J. PRADEL, *Procédure pénale*, Paris, éd. Cujas, 17^e éd., 2013, p. 210, et O. DORD, « Le défenseur des droits ou la garantie rationalisée des droits et libertés », *AJDA* 2011, p. 958.

pénale, elle ne serait qu'« un moyen bilatéral d'extinction des poursuites n'ayant qu'une lointaine ressemblance avec la transaction civile », pour R. Merle et A. Vitu¹⁶³, « un contrat pénal indemnitaire non exécutoire », pour M. Dobkine¹⁶⁴, « un contrat d'adhésion », pour J.-F. Dupré¹⁶⁵, « une procédure administrative à effet pénal », pour M. Guyomar¹⁶⁶, « une transaction dérogoratoire du droit commun de l'article 2044, une transaction *sui generis*, qui obéit à des conditions particulières », pour A.-S. Chavent-Leclere¹⁶⁷, « une sanction administrative librement consentie », pour E. Gheradi¹⁶⁸.

Les mêmes doutes ont pu être exprimés à propos de la transaction fiscale, autorisée par les articles L. 247 et suivants du Code des procédures fiscales, en matière d'impôts directs, de contributions indirectes et taxes sur les chiffres d'affaires. Elle ne peut porter que sur le montant des amendes fiscales ou sur les majorations prononcées ou simplement encourues et non sur les impositions principales, dans la mesure où « l'administration ne peut pas renoncer à la perception de l'impôt lui-même par voie de transaction »¹⁶⁹. De manière générale, les parties ne sont pas placées sur un même pied d'égalité et la marge de négociation est très faible¹⁷⁰.

Si l'objet de la transaction fiscale est assez limité, cela ne l'empêche pas de contribuer à l'amélioration, d'une certaine façon, des relations entre l'administration et les contribuables. L'administration passe ainsi pour clémente, et le contribuable a « l'impression d'obtenir des concessions d'une administration qui est réputée ne pas en faire »¹⁷¹. Cet outil permet surtout à l'administration d'éviter un contentieux long, à l'issue parfois incertaine, et d'obtenir l'accord du contribuable sur le principe du redressement dont il va commencer à acquitter le paiement immédiatement. D'autant plus qu'une fois acceptée et signée, la transaction fait

¹⁶³ R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, Paris, éd. Cujas, 5^e éd., 2001, n° 65, p. 84.

¹⁶⁴ M. DOBKINE, « La transaction en matière pénale », préc., *D.* 1994, Chron., p. 137.

¹⁶⁵ J.-F. DUPRE, *La transaction en matière pénale*, Paris, Litec, 1977, p. 167.

¹⁶⁶ M. GUYOMAR, Concl. sur CE, 7 juillet 2006, *France Nature Environnement*, préc., p. 1268.

¹⁶⁷ A.-S. CHAVENT-LECLERE, « La transaction existe-t-elle en droit pénal ? », in *La transaction dans toutes ses dimensions*, préc., p. 166.

¹⁶⁸ E. GHERARDI, « Réflexions sur la nature juridique des transactions pénales », *RFDA* 1999, p. 905.

¹⁶⁹ J. LAMARQUE, O. NEGRIN, L. AYRAULT, *Droit fiscal général*, Paris, Litec, coll. Manuel 2009, p. 368.

¹⁷⁰ Le contribuable est placé dans une situation de demandeur du début à la fin de la procédure. Il est très passif : aucune de ses décisions n'est réellement décisive ; il ne peut rien exiger de l'administration, ni tirer un quelconque droit des propositions qui lui sont faites, « la seule ressource demeurant à l'administré étant d'interrompre la procédure de transaction en refusant la proposition qui lui est faite, ou, plus tard, en n'exécutant pas [...] », selon les mots de E. SERVERIN, P. LASCOUMES, T. LAMBERT, *Transactions et pratiques transactionnelles, : sujets et objets des transactions dans les relations conflictuelles de droit privé et de droit public*, Paris, Economica, 1987, p. 174.

¹⁷¹ E. SERVERIN, P. LASCOUMES, T. LAMBERT, *Transactions et pratiques transactionnelles*, préc., p. 219.

obstacle à ce qu'une des parties remette en cause devant le juge de l'impôt le redressement et les pénalités¹⁷².

Le domaine de la transaction administrative se dessine donc en creux. Toutes les transactions qui portent sur des litiges relevant de la compétence du juge administratif, non visées, en outre, par des dispositions législatives spécifiques, constituent des transactions administratives. Il y a confusion à considérer les transactions pénale et fiscale comme administratives, au motif qu'elles impliquent les intérêts de la société, ou du moins des intérêts non purement privés. La qualification de transaction administrative désigne un mécanisme particulier intervenant dans un domaine qui lui est propre. Le législateur de 1804 avait ouvert le procédé transactionnel aux litiges des personnes publiques, le juge administratif de 2002 consacre, lui, une transaction pour les litiges relevant du juge administratif non visés par un dispositif spécial.

§III. L'OBJECTIF DE L'ETUDE

L'avis *L'Hay-les-Roses* du 6 décembre 2002 constitue l'aboutissement d'un long travail jurisprudentiel marquant la consécration d'une transaction administrative. Treize ans après, il importe de réaliser une sorte d'état des lieux de cet outil : si les pouvoirs publics ont souhaité développer le recours à la transaction administrative, leurs efforts ont-ils abouti ? Et surtout, dans quelle mesure pouvaient-ils aboutir ? En effet, au-delà du simple bilan, il convient de s'interroger sur la place que le droit administratif peut valablement offrir à la transaction administrative, c'est-à-dire à un mode de règlement contractuel des litiges. Autrement dit, comment concevoir en droit administratif que les litiges soient réglés par un accord de volontés, procédé *interpartes* et non étatique ?

La question se présente avec d'autant plus d'acuité que le droit administratif est une matière *a priori* peu favorable à cet outil. Il se trouve tout d'abord que les litiges administratifs ont souvent trait à des questions de légalité, exclusives de tout contrat, et ensuite que les intéressés, et plus particulièrement les personnes publiques, sont plus enclines à se tourner vers le juge étatique en cas de litige, au motif, notamment que le contrat est un

¹⁷² Si, en revanche, la transaction n'est pas exécutée intégralement, l'administration pourra toujours se tourner vers le juge de l'impôt pour recouvrer sa créance. Elle n'est pas liée par la transaction. V. ce point, CE, 11 mai 1977, *RJF* 7 août 1997, n° 432.

mode d'action traditionnellement moins évident pour elles¹⁷³. C'est à l'aune de ces éléments qu'il convient de mesurer la progression de la transaction en droit administratif.

Du reste, il ne faut pas s'y tromper, les pouvoirs publics ont, certes, entendu développer la transaction administrative, mais non pas en faire un mode courant de règlement des litiges. Elle n'a pas vocation à concurrencer la justice étatique. Dans son rapport de 1993, le Conseil d'Etat énonçait, à propos des modes alternatifs en général, qu'« un développement prudent et limité du recours à ces méthodes peut constituer une des voies d'amélioration du règlement des litiges administratifs, ce qui n'est déjà pas négligeable [...] »¹⁷⁴. S'agissant de la transaction, il importait de la rendre plus accessible en droit administratif, en clarifiant son régime juridique et en la valorisant. Dans cette perspective, les efforts menés ont abouti. Selon la formule, ils ne méritent ni excès d'honneur, ni indignité.

La transaction s'est effectivement développée, ne serait-ce que parce qu'elle bénéficie aujourd'hui d'un régime juridique particulier. Or, tâcher de déterminer quelle place le droit administratif lui accorde suppose de déterminer à quelle réalité la qualification de transaction administrative renvoie, et plus précisément, quel outil le juge administratif accepte de façonner, à la fois dans sa définition et dans son régime juridique.

C'est *in fine* la question de la réception de cet outil par le juge administratif qui se pose. La problématique appelle des développements plus précis quant à son degré d'administrativité : si le juge administratif qualifie de contrat administratif les transactions relatives aux litiges administratifs, cette qualification fondée sur un critère matériel s'accompagne-t-elle d'un régime autonome et distinct de celui établi par le Code civil en son titre XV, « Des transactions » ? A l'inverse, quel est le degré d'appartenance de ce contrat au régime des contrats administratifs ? Sur ce dernier point, il apparaît que l'objet de la transaction administrative, le règlement d'un litige, identique à celui qui caractérise toutes les transactions, n'appelait guère de spécificités par rapport aux règles du Code civil, que ce soit dans sa définition ou dans son régime juridique. La spécificité de la transaction administrative par rapport à la transaction de droit privé est assez faible. (PARTIE I)

¹⁷³ V. notamment, R. DENOIX DE SAINT MARC, « L'administration contractuelle », *AJDA* 2003, p. 970, L. RICHER, « La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques », *AJDA* 2003, p. 973, J.-B. AUBY, « Les problèmes posés par le développement du contrat en droit administratif comparé », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur de Michel Guibal*, Montpellier, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, coll. Mélanges, 2006, t. I, p. 411, et J. CAILLOSSE, « Interrogations méthodologiques sur le "tournant contractuel" de l'action publique. Les contrats publics entre théorie juridique et sciences de l'administration », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur de Michel Guibal*, préc., t. II, p. 469.

¹⁷⁴ *Régler autrement les conflits*, préc., p. 16.

A partir de là, c'est-à-dire de la reconnaissance d'une transaction spécifique aux litiges administratifs, l'outil juridique a pu se développer. Malgré l'impossibilité de recenser le nombre exact de contrats conclus, la transaction administrative fait pleinement partie du paysage juridique français. Plusieurs circulaires ministérielles et instructions administratives lui sont consacrées¹⁷⁵. Les manuels de droit administratif, qu'il s'agisse de manuels généraux ou d'ouvrages plus spécifiques de droit des contrats administratifs ou de contentieux administratif, lui accordent des développements toujours plus conséquents. Il faut aussi évoquer le futur Code des relations entre le public et l'administration, qui consacre un article au procédé transactionnel de règlement des litiges de l'administration. La transaction administrative n'est donc plus un mode de règlement des litiges méconnu et négligé. Elle s'est développée là où elle en avait la possibilité, mais demeure nécessairement un mode secondaire de règlement des litiges. Ce constat ne doit pas étonner, dans la mesure où il ne pouvait en être autrement compte tenu du système juridique français et du droit administratif en particulier confrontés à la nature de l'outil transactionnel. C'est en cela que les efforts menés par les pouvoirs publics en vue de l'encouragement de ce contrat ont honorablement porté leurs fruits. (PARTIE II).

PARTIE I. LA CONSECRATION DE LA TRANSACTION ADMINISTRATIVE

PARTIE II. LA PLACE SECONDAIRE DE LA TRANSACTION ADMINISTRATIVE

¹⁷⁵ V. circulaires du 6 avril 2011 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits, préc., et 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, préc., diffusée par l'instruction ministérielle N° 10-009 Mo du 12 avril 2000. Dans son avis du 31 juillet 2015, dit « Mesures relatives à la justice du XXI^e siècle », le Conseil d'Etat renouvelait son souhait de voir les modes alternatifs de règlement des litiges encore renforcés.

PREMIERE PARTIE

LA CONSECRATION DE LA TRANSACTION ADMINISTRATIVE

En 1993, dans une thèse consacrée à l'étude des *Modes non juridictionnels de règlement des litiges administratifs*, A. Ikonomou relevait « un état d'esprit défavorable aux procédés non juridictionnels » de règlement des litiges administratifs¹⁷⁶, phénomène qu'il attribuait aux pouvoirs publics qui « ne développ[ai]ent pas une vraie politique d'instauration des procédés non juridictionnels de règlement des litiges »¹⁷⁷. Il indiquait également que « le juge administratif, chargé d'interpréter les normes existantes, s'attache très souvent à des solutions qui ne contribuent pas efficacement au règlement des litiges par ces procédés, ce qui empêche indirectement le développement des procédés existants »¹⁷⁸. L'auteur allait jusqu'à conclure que « la jurisprudence paralyse le règlement non juridictionnel des litiges »¹⁷⁹.

S'agissant de la transaction administrative, le constat est aujourd'hui tout à fait différent. Depuis plus d'une dizaine d'années, les pouvoirs publics et surtout le juge administratif adoptent une attitude particulièrement volontariste en faveur de son développement, afin tout à la fois de désencombrer les juridictions et de répondre à l'attente des citoyens en matière de règlement des litiges¹⁸⁰. C'est ainsi que le Conseil d'Etat a

¹⁷⁶ A. IKONOMOU, *Les modes non juridictionnels de règlement des litiges administratifs*, thèse Paris II, 1993, p. 408.

¹⁷⁷ *Ibid.*

¹⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 410.

¹⁸⁰ V. Introduction de la thèse, p. 12 et s.

consacré dans son avis du 6 décembre 2002, *L'Hay-les-Roses*¹⁸¹, une transaction administrative, c'est-à-dire une transaction destinée à régler les litiges pour lesquels le juge administratif aurait été compétent et qualifiée à ce titre de contrat administratif relevant du droit administratif et de la compétence de la juridiction administrative en cas d'éventuels contentieux et demandes d'homologation. L'avis de 2002 marque l'aboutissement d'une jurisprudence séculaire tendant à établir des règles propres pour les transactions en matière administrative. Désormais, il existe une transaction administrative distincte de celle de droit privé et ayant vocation à régler les litiges, non pas des personnes publiques, mais de nature administrative.

Une question s'impose alors : quel est le degré d'administrativité de ce contrat qualifié d'administratif en raison des litiges qu'il permet de régler ?

Le droit administratif a toujours fait l'objet de deux acceptions. *Lato sensu*, il est compris comme l'ensemble des règles de droit applicables à l'administration, qu'elles relèvent du droit commun ou au contraire qu'elles y dérogent. Dans un sens plus restrictif, il s'agit uniquement des règles spéciales applicables à l'administration, les prérogatives et les sujétions exorbitantes du droit privé¹⁸². Ce dernier sens, qui semble emporter l'adhésion de la doctrine¹⁸³, est celui qu'il convient de considérer pour mesurer le degré d'originalité de la transaction administrative en tant que contrat administratif.

La confrontation est double. Il s'agit tout d'abord de déterminer quels liens entretient la transaction administrative avec la transaction définie par le Code civil, dont le Conseil d'Etat semble avoir voulu se départir pour les litiges relevant de sa compétence : relèvent-ils de la filiation, de l'emprunt, de l'adaptation, de la dérivation, ou même de la simple ressemblance ? Cette problématique, récurrente à propos des outils du droit administratif, s'impose avec d'autant plus d'évidence que les transactions privée et administrative présentent *a priori* le même objet, le règlement d'un litige.

Il importe ensuite d'examiner quel est le degré de soumission de la transaction administrative aux règles du droit des contrats administratifs. Ceux-ci formant une catégorie juridique assez hétérogène tant au regard de leur objet que de leur régime juridique, c'est aux

¹⁸¹ CE, Ass., 6 décembre 2002, *Synd. Intercomm. des établissements du second cycle du second degré du district de L'Hay-les-Roses*, préc.

¹⁸² Sur la question du caractère exorbitant du droit administratif, v. plus généralement, E. SAILLANT, *L'exorbitance en droit public*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, t. 109, 2011.

¹⁸³ V. notamment sur cette question, F. MELLERAY, « Existe-t-il un critère du droit administratif ? » A propos de deux articles de Jean Rivero », in *Le Professeur Rivero ou la liberté en action*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2012, p. 55.

contrats administratifs les plus exorbitants du droit commun qu'il faut confronter la transaction administrative, ceux qui sont généralement marqués par l'inégalité des parties. Or, l'objet du procédé transactionnel, indépendamment de la nature des litiges en cause, suppose que les parties soient placées sur un pied d'égalité, ce qui ne manque pas de soulever un certain nombre de questions quant à la pertinence de la théorie générale des contrats.

A tous points de vue, la transaction créée par le Conseil d'Etat pour le règlement des litiges administratifs est originale. Le paradoxe est grand et se décline : d'un côté, les règles de droit administratif qui s'imposent à la transaction administrative en font un contrat différent de la transaction de droit privé dont elle est pourtant largement inspirée, mais de l'autre, la transaction administrative demeure faiblement dérogatoire au droit commun, malgré ces mêmes règles du droit administratif. *A priori* similaire à la transaction de droit privé, la transaction administrative s'en distingue, tout en ayant peu à voir avec les contrats les plus dérogatoires au droit commun. C'est ce qu'il ressort de l'examen de ses éléments constitutifs (Titre I) et de son régime juridique (Titre II).

Titre I. La qualification de transaction administrative.

Titre II. Le régime juridique de la transaction administrative.

TITRE I

LA QUALIFICATION DE TRANSACTION ADMINISTRATIVE

La qualification d'un acte juridique est de toute première importance, en ce qu'elle conditionne le régime juridique à lui appliquer, de même que la compétence juridictionnelle en cas de contentieux ou de demandes d'homologation pour les transactions. S'agissant de la transaction administrative, l'opération est d'autant plus impérieuse que les parties usent souvent d'un vocabulaire approximatif : protocoles d'accords, protocoles transactionnels, procès-verbaux de conciliation, etc. Si les termes sont divers, celui de « transaction » renvoie à une réalité bien précise qui ne dépend pas des appellations données par les parties¹⁸⁴.

A cet égard, la jurisprudence administrative a fourni ces dernières années un remarquable effort de définition. Elle a précisé les éléments constitutifs de la transaction administrative, qui, en outre, en déterminent la nature juridique.

Le Code civil définit, en son article 2044, la transaction comme « un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître ». La jurisprudence judiciaire y a ajouté l'exigence de concessions réciproques de la part des parties. La transaction privée apparaît donc comme un contrat réglant un litige présent ou à venir et comportant des concessions réciproques. S'agissant de la transaction administrative, le Conseil d'Etat reprend les termes exacts de l'article 2044, qu'il cite parfois expressément, exigeant en outre la présence de concessions réciproques.

¹⁸⁴ Le juge administratif peut ainsi requalifier l'acte désigné comme étant une « transaction » sans en satisfaire les conditions, et inversement, cette dernière hypothèse étant toutefois plus rare. C'est là une application du pouvoir plus général de requalification des contrats que détient le juge administratif, de même que le juge judiciaire. V. respectivement, L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, préc., n° 144 et F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 11^e éd., 2013, n° 444.

Qu'elles relèvent du droit administratif ou du droit privé, les transactions semblent donc répondre à des définitions identiques, le critère de distinction étant la nature des litiges en cause.

Ce constat ne doit pas faire oublier que le traitement juridique réservé à chacun de ces éléments de définition dépend de la matière à laquelle la transaction appartient. En effet, inspirés de la transaction de droit privé, les éléments qui forment la transaction administrative voient leur substance modifiée par les règles de droit administratif qui ne manquent pas de s'appliquer. Or, si la transaction administrative répond à une conception différente de celle de la transaction de droit privé, c'est surtout du fait de la qualité des parties au contrat et bien moins d'une volonté d'autonomie de la part du Conseil d'Etat. Dans la mesure où elle règle des litiges administratifs, la transaction administrative implique le plus souvent des personnes publiques qui emportent avec elles l'application de règles de droit administratif. *In fine*, les règles qui caractérisent la transaction administrative sont surtout attachées à la qualité des parties en cause.

C'est au regard de toutes ces considérations qu'il importe d'examiner quel traitement juridique le Conseil d'Etat fait des éléments constitutifs de la transaction administrative : l'élément litigieux, attribuant en outre au contrat la nature d'un contrat administratif (Chapitre I), et les accord de volontés et concessions réciproques, lui conférant cette fois une nature contractuelle et synallagmatique (Chapitre II).

CHAPITRE I

L'ELEMENT LITIGIEUX DANS LA TRANSACTION ADMINISTRATIVE

De tous les éléments constitutifs de la transaction administrative, l'élément litigieux est celui qui s'impose avec le plus d'évidence. Comme la décision de justice, ce contrat a vocation à régler un litige. Du reste, le Code civil se contente de faire état de cet élément sans mentionner l'exigence des concessions réciproques. L'objet de la transaction est la résolution des litiges, indépendamment du contenu propre que lui donnent les parties.

Si l'objet du contrat et les obligations qui en naissent ont été longtemps assimilés l'un et l'autre¹⁸⁵, le droit reconnaît aujourd'hui à l'objet du contrat un contenu distinct¹⁸⁶. L. Marcus, qui entend faire de l'objet du contrat un critère de classification des contrats publics spéciaux, explique ainsi cette dissociation : « L'objet du contrat se définit d'abord négativement par opposition à l'objet de l'obligation et à l'objet de la prestation. L'objet du contrat se définit ensuite positivement comme désignant la relation que les parties ont entendu organiser par leur accord de volonté »¹⁸⁷. Elle observe qu'« il a un contenu propre qui exprime l'unité de la relation voulue par les parties, par-delà la diversité des obligations et des prestations qu'il produit »¹⁸⁸.

S'agissant de la transaction, cette distinction s'impose de manière évidente. Quel que soit son contenu, c'est-à-dire les droits et obligations que les parties se reconnaissent réciproquement, le contrat produit par lui-même, dès sa signature, un effet qui ne dépend plus d'elles : l'extinction du litige.

¹⁸⁵ Ceci sous l'influence du droit romain, qui réduit l'objet du droit aux obligations qu'il crée, s'intéressant davantage à la notion d'obligation qu'à celle de contrat qu'il définit comme un accord de volontés producteurs d'obligations juridiques. V. A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 441, 2005.

¹⁸⁶ L'article 1126 du Code civil indique que « tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire ». S'il fait de l'objet du contrat un élément constitutif du contrat, cet article semble toutefois confondre l'objet du contrat avec son contenu.

¹⁸⁷ L. MARCUS, *L'unité des contrats publics*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de thèses, t. 96, 2010, n° 416.

¹⁸⁸ *Ibid.*, n° 417.

Comme toutes les transactions, la transaction administrative a pour objet de régler un litige. Il n'y a pas là d'originalité, puisque cette caractéristique est inhérente au procédé transactionnel, transcendant toutes les branches du droit et créant une unité fondamentale entre toutes les transactions qu'elles soient civile, pénale, fiscale ou administrative.

Toutefois, s'il est commun à toutes, cet élément est aussi un facteur d'éclatement des transactions, dans la mesure où il conduit à les distinguer selon la nature des litiges en cause. Le contrat qui est conclu pour le règlement d'un litige relevant du champ de compétence du juge administratif, est en cela qualifié de transaction administrative.

Le règlement d'un litige est donc tout à la fois l'objet du contrat (Section I) et le critère de sa qualification juridique (Section II).

SECTION I. LE REGLEMENT DES LITIGES ADMINISTRATIFS, OBJET DE LA TRANSACTION ADMINISTRATIVE

Si toutes les transactions ont pour objet le règlement d'un litige, elles appréhendent différemment la situation susceptible de donner lieu à la conclusion d'une transaction, c'est-à-dire la « situation prétransactionnelle »¹⁸⁹. Celle-ci est nécessairement tributaire des règles de droit et problématiques de la branche du droit à laquelle elle appartient. Aussi, afin de mesurer les spécificités de la situation prétransactionnelle de la transaction administrative (§II), il convient d'examiner en premier lieu les caractéristiques de celle de la transaction de droit privé (§I).

¹⁸⁹ Le terme de « situation prétransactionnelle » est couramment utilisé dans la doctrine civiliste. L. Poulet, dans sa thèse, la désigne comme étant « la situation qui [...] précède la transaction », L. POULET, *Transaction et protection des parties*, préc., n° 149.

§I. LA SITUATION PRETRANSACTIONNELLE DANS LA TRANSACTION DE DROIT PRIVE

La formulation de l'article 2044 du Code civil, qui fait état « d'une contestation née ou à naître », est regrettable à deux titres. D'une part, parce que le terme de contestation est mal choisi, la jurisprudence et la doctrine s'accordant à lui préférer celui de litige et, d'autre part, parce que le législateur n'a pas jugé opportun de définir ce que recouvre ce type de contestation¹⁹⁰. Aujourd'hui, la situation prétransactionnelle exigée en droit privé semble correspondre à une situation litigieuse douteuse. A l'élément litigieux qui est admis par tous (A), s'ajouterait l'exigence d'une incertitude sur les droits des parties (B).

A. L'exigence d'un litige

Alors que le Code civil ne fait nulle part mention de la notion de litige, évoquant une « contestation » dans l'article 2044, puis un « différend » dans les articles 2048 et 2049, la jurisprudence et la doctrine s'accordent à juger plus approprié le terme de litige, à la fois plus précis et plus juridique. Les auteurs parlent volontiers de la *res litigiosa*, qu'ils qualifient de « cœur de la transaction »¹⁹¹.

L'étude de la situation litigieuse, en droit privé, a suscité de nombreux et riches débats. Définir cette notion et la délimiter par rapport à ses voisines « contestation », « différend », « procès », « conflit » et « conflit d'intérêts » n'est pas aisé. Le terme de litige est lui-même porteur de confusions, dans la mesure où il vient du latin *litigium* signifiant procès¹⁹². Or, si tout procès suppose un litige, l'inverse n'est pas vrai, puisque tout litige ne conduit pas nécessairement à un procès, les parties pouvant aussi choisir de le régler par la voie conventionnelle.

De même, s'ils sont généralement associés dans le langage courant, les termes de litige et de conflit ne coïncident pas. On sait que le conflit est plus large que le litige, en ce qu'il désigne des situations non-exclusivement juridiques, comme les tensions, les affrontements,

¹⁹⁰ Nul besoin de rappeler que les articles du Code civil relatifs à la transaction manquent de rigueur, et que l'article 2044, notamment, fait l'objet de récurrentes critiques, sans toutefois n'avoir jamais été modifié. V. introduction, p. 37 et s.

¹⁹¹ P. MALAURIE, L. AYNES, P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ Lextenso, 7^e éd., 2015, n° 1102.

¹⁹² V. J. DUBOIS, H. MITERRAND, A. DAUZAT, *Dictionnaire étymologique et historique du français*, Larousse, 1998.

les discordes, etc. A. Jeammaud explique à cet égard que le conflit est « une relation antagonique qui se réalise ou révèle une opposition de prétentions ou aspirations souvent complexes, plus ou moins clairement formulées entre deux ou plusieurs groupes ou individus, et qui peut connaître une succession d'épisodes, d'actions, d'affrontements », à la différence du litige, qui est une « opposition de prétentions juridiques soumise à une juridiction civile, pénale, administrative ou arbitrale, appelée à la trancher, par une décision »¹⁹³.

Le terme de différend doit être compris comme équivalent à celui de conflit, puisqu'il désigne également des tensions, désaccords, querelles dont le droit ne connaît pas nécessairement¹⁹⁴. Pas plus que les conflits familiaux, les différends familiaux ne sont des litiges juridiques.

Seul le litige relève du droit et de la résolution juridictionnelle ou alternative. La doctrine observe qu'il est formé de plusieurs éléments : une opposition d'intérêts, l'émission d'une prétention juridique, suivie par un refus d'y faire droit, voire une contestation de son bien-fondé. Le litige naît d'un enchaînement : un conflit d'intérêts opposant les parties quant à des faits matériels survient, l'une d'elles fait appel au droit en formulant des prétentions juridiques — ce qui suppose naturellement que cette situation soit réglée par le droit —, auxquelles l'autre refuse de faire droit, les conteste éventuellement, générant un litige.

La rédaction de l'article 2044 est à l'évidence regrettable : une contestation à elle seule ne peut conduire à la conclusion d'une transaction. Contestation et litige ne sont pas synonymes, la première n'étant qu'un élément du second, et encore un élément non nécessaire. L. Poulet relève, en effet, qu'« un litige peut exister indépendamment de toute contestation, par exemple, lorsqu'un débiteur, sans nier le bien-fondé de la prétention de son créancier, refuse de s'exécuter »¹⁹⁵.

C'est ce qu'énonce clairement J. Normand, en définissant le litige comme la situation dans laquelle « [la partie qui] émet une prétention d'ordre juridique se heurte au refus de la reconnaître et d'y accéder de la part de l'autre, qu'elle prétend qualifiée pour y faire droit »¹⁹⁶. Pour cet auteur, le refus de faire droit aux prétentions d'une partie par l'autre peut prendre diverses formes : « il peut prendre la forme d'une contestation effective et explicite. C'est alors un point de droit, un point de fait, voire un point mélangé de droit et de fait qui est

¹⁹³ A. JEAMMAUD, « Conflit/litige », *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy PUF, coll. Quadrige, 2003, p. 256.

¹⁹⁴ Pour G. Cornu, le différend est « la contestation entre deux ou plusieurs personnes provenant d'une divergence d'avis d'intérêts », G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris, PUF, coll. Quadrige, 10^e éd., 2013.

¹⁹⁵ L. POULET, *Transaction et protection des parties*, préc., n° 229.

¹⁹⁶ J. NORMAND, *Le juge et le litige*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1965, n° 1.

discuté. Mais la résistance à la prétention juridique peut être également purement passive et ne se manifester que par l'inertie de celui qui normalement devrait y satisfaire »¹⁹⁷.

Une fois l'exigence d'un litige définie, il convient de déterminer si toute situation litigieuse peut se prêter à la conclusion d'une transaction.

B. L'évolution de l'exigence d'un doute dans la situation litigieuse

Les controverses sur la question de la nécessité ou non d'un doute dans la situation prétransactionnelle en droit privé sont anciennes. La Cour de cassation ne semble pas y avoir apporté de réponse claire, alors même que l'enjeu est de taille puisque qu'il conditionne le champ des litiges valablement ouverts à la transaction¹⁹⁸.

La doctrine a évolué sur la question : la doctrine classique était traditionnellement attachée à l'exigence d'un doute (a), quand la doctrine moderne en conteste l'intérêt (b). Depuis quelques années, cependant, s'opère une réhabilitation de cette exigence dans un souci de protection des parties (c). Dans la mesure où les logiques du droit privé et du droit administratif s'opposent radicalement sur ce point, il importe d'évoquer, à ce sujet, l'état de la réflexion doctrinale en droit privé¹⁹⁹.

a. L'exigence classique d'une situation juridique douteuse

Les rédacteurs du Code civil ne concevaient pas la transaction sans la double condition d'un litige et d'un doute, la *res litigiosa* et la *res dubia*. En cela, le Code civil marquait une rupture par rapport à la conception romano-germanique de la transaction qui en retenait une vision très large. Dans cette perspective, la transaction permettait non seulement de mettre fin à tout litige, mais aussi à toute incertitude entre les parties au moyen de concessions réciproques. Dès le début du XVI^e siècle, les jurisconsultes se sont écartés de cette conception extensive pour ne rendre possibles que les transactions portant sur des droits litigieux. La simple incertitude ne suffisait plus. La transaction n'est plus entendue comme ayant pour

¹⁹⁷ *Ibid.*

¹⁹⁸ Un cocontractant pourrait-il, par exemple, obtenir la nullité de la transaction au motif que la situation litigieuse n'était pas douteuse et pouvait être réglée aisément en sa faveur ?

¹⁹⁹ Et non de la restituer dans son ensemble. Plusieurs thèses ont en effet été consacrées à la notion de transaction en droit privé. Seules seront évoquées celles qui vont permettre d'illustrer un courant doctrinal et qui ont été regardées comme particulièrement originales à leur époque.

objet le règlement d'un litige ou d'une incertitude, mais d'un litige à l'issue incertaine. Aussi Pont a-t-il proposé de définir la transaction comme « un contrat par lequel les parties, traitant sur un droit douteux, terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître »²⁰⁰.

Comme le signifiait L. Boyer, « partisans de la conception romano-germanique et partisans de la conception française ne parlent pas la même langue », car « dans la conception germanique, la transaction est considérée [...] comme un mode général contrat ayant pour but d'éliminer tout élément d'incertitude dans les rapports existants entre les parties ; le but de la transaction est au contraire pour la doctrine française, l'extinction définitive du litige : la transaction a sous cet aspect le même effet que le jugement auquel la compare l'article 2052 »²⁰¹. La doctrine classique des XIX^e et début XX^e siècles a entériné cette conception restrictive de la transaction. Dans son exposé au Corps législatif, Bigot-Prémeneu expliquait qu'« un droit douteux est la certitude que les parties ont entendu balancer et régler leurs intérêts, tels sont les caractères qui distinguent la nature du contrat »²⁰².

Exiger une incertitude répond à plusieurs préoccupations, théoriques et morales. D'une part, elle permet de distinguer la transaction d'autres actes juridiques. Ainsi, « si le droit est certain et qu'on en fasse le sacrifice, le contrat n'est plus une transaction, il est une vente ou une donation »²⁰³. D'autre part, elle contribue à protéger la partie faible, celle qui par ignorance ou négligence, va accepter la conclusion d'une transaction, alors même que l'issue du litige, au regard du droit positif, était certaine et en sa faveur.

La doctrine classique s'est naturellement employée à définir la nature de ce doute. Plusieurs sens ont été donnés à ce terme et, à partir de là, plusieurs théories, élaborées. Dans une approche objective, le doute tient à la difficulté de déterminer au regard du droit positif, la solution à donner au litige²⁰⁴. A l'inverse, dans une approche subjective, le doute est celui qui s'est installé dans l'esprit des parties quant à la solution retenue par le droit positif. Pour la plupart des auteurs de la doctrine classique, « il suffit que les parties aient douté de l'issue de la contestation, qu'il existe un doute subjectif, pour qu'il y ait une véritable transaction »,

²⁰⁰ P. PONT, *Des petits contrats*, t. II, Paris, Cotillon, 1867, p. 230.

²⁰¹ L. BOYER, *La transaction en droit privé : contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, Paris, Sirey, 1947, p. 23.

²⁰² P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XV, préc., p. 103.

²⁰³ R. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, Du mandat, du cautionnement et des transactions*, Liv. III, titre XV, Paris, Société typographique belge, 1846, n° 21.

²⁰⁴ « L'appréciation du doute repose sur un mode préconçu au même titre que la notion de bon père de famille », précise S. MAYOUX, *Les conventions d'abandon amiable du contrat*, Poitiers, PUJ Université de Poitiers-LGDJ, 2012, n° 173.

estimait F. Boulan²⁰⁵. Mais qu'il s'agisse de l'approche objective ou de l'approche subjective, la doctrine classique a fait l'objet de critiques²⁰⁶, et d'autres analyses ont été menées qui ont renouvelé la vision de la situation prétransactionnelle.

b. La contestation de l'exigence d'un doute

Plusieurs auteurs, qui avaient mis en avant les insuffisances de la théorie classique, ont proposé d'autres analyses. De l'aveu même de F. Boulan, toutes ces études n'occupent pas la même place dans la doctrine civiliste, et celle de L. Boyer fait référence²⁰⁷. Incontournable dans la doctrine, celle-ci ne s'est cependant pas imposée dans la jurisprudence.

Manifestement influencé par les processualistes italiens, l'auteur propose une analyse très procédurale de la notion de transaction, des éléments constitutifs, de la nature et des effets d'un tel acte.

Pour L. Boyer, la validité d'une transaction est intimement liée à l'existence ou à la possibilité d'un litige. Dans son analyse, la notion de litige est fondamentale, permettant de définir à la fois le champ et les conditions d'existence de la transaction. « L'élément objectif qui rend possible l'existence même de la transaction, en lui fournissant en quelque sorte sa matière première, est constitué non pas par le doute pouvant résulter d'un litige, mais par une

²⁰⁵ F. BOULAN, *La transaction en droit privé positif*, thèse Aix Marseille, 1971, p.28.

²⁰⁶ L. Boyer, dans sa thèse préc., soulignait l'imprécision du critère du doute, notamment. Il estimait que la théorie du doute objectif repose sur un critère imprécis, dont « la conséquence est d'envelopper d'un halo d'insécurité toutes les transactions que les parties peuvent être amenées à conclure » (p. 29), puisque « la nullité ou la validité du contrat dépendront dans une large mesure de la personnalité du juge et que la menace d'un procès continuera de peser sur des personnes qui se seront imposées des sacrifices peut-être pénibles pour éviter les ennuis et les dangers d'un débat judiciaire » (p. 30). Ses critiques sont du même ordre s'agissant de la théorie du doute subjectif. Le critère proposé manque de rigueur, dès lors qu'il est « difficile au juge de rechercher et cela de façon rétroactive, l'existence du phénomène psychologique dont dépendra la validité de la convention (p. 31). Boyer faisait aussi valoir – ce qu'il voyait comme le « vice fondamental de la théorie classique toute entière » (p. 32) –, que la jurisprudence n'exige pas que les parties aient eu des doutes sur l'issue du procès, admettant que « l'une d'elles (sinon les deux) fasse un sacrifice, afin seulement d'éviter les lenteurs et les ennuis de la procédure » (p. 32). L'auteur faisait ici référence aux transactions administratives et fiscales. F. Boulan adressait aussi dans sa thèse, préc., des critiques à l'égard de cette doctrine dite classique. Pour lui, cette doctrine exige la réunion d'un litige et d'un doute « pour écarter les hypothèses où une transaction interviendrait sur un litige téméraire, qui non seulement consacrerait l'immoralité d'un tel contrat, mais encore ne permettrait pas d'y déceler la réciprocité des concessions unanimement admises, puisqu'un seul des cocontractants renoncerait à tout ou partie de ses droits, l'autre n'en ayant pas par hypothèse » ; or, « ce faisant la théorie classique n'a pas su déceler toute l'utilité de la transaction, ni distinguer suffisamment l'objet de la contestation, de l'objet des obligations, c'est-à-dire ce sur quoi l'on transige, et ce avec quoi l'on transige », (p. 33).

²⁰⁷ F. BOULAN, *La transaction en droit privé positif*, préc., p. 35. D'autres auteurs ont cependant travaillé sur la notion de transaction, à l'instar de J. CHEVALLIER, *L'effet déclaratif de la transaction et du partage*, Paris, Dalloz, 1932, R. MERLE, *Essai de contribution générale de l'acte déclaratif*, thèse Toulouse, 1948, M. FURY-VIALLATE, *L'erreur dans la transaction*, thèse Paris, 1963, et F. BOULAN, *La transaction en droit privé positif*, préc. A la différence de L. Boyer, tous ces auteurs n'ont pas consacré entièrement leur thèse à la notion de transaction, n'envisageant que certains de ses aspects ou ne lui accordant qu'une partie de leur étude.

situation purement litigieuse », indique-t-il²⁰⁸. C'est là une « condition nécessaire et suffisante pour que le contrat soit juridiquement possible »²⁰⁹. Ainsi, « le litige est la matière du contrat et les prestations des parties, une renonciation au droit d'action »²¹⁰.

L. Boyer s'appuie sur différents arguments. Il fait notamment valoir que l'article 2054 du Code civil permet la conclusion des transactions sur l'exécution d'un titre nul, lorsque les parties ont expressément traité de la nullité, en l'absence de toute incertitude. Il est possible aussi qu'une partie renonce en toute connaissance de cause à se prévaloir d'une nullité, relative ou absolue, en échange d'une contreprestation²¹¹.

L'auteur s'attache à ce qu'il appelle « l'étude du comportement psychologique des parties »²¹². Selon lui, d'autres considérations que l'incertitude sur l'issue du litige peuvent justifier le recours à la transaction, comme le gain de temps et d'argent ou le souci de maintenir des relations sereines entre les parties. Il en conclut que le seul élément nécessaire à la conclusion d'une transaction est l'existence d'une action en justice ou la possibilité d'intenter celle-ci²¹³.

Enfin, L. Boyer entend le litige comme la majorité de la doctrine, c'est-à-dire comme la réunion d'un conflit d'intérêts et de l'émission d'une prétention juridique. C'est ainsi que « le domaine du litige épouse celui de la prétention juridique et celui de la fonction processuelle »²¹⁴, ce qui permet d'expliquer comment la transaction est possible même après un jugement définitif. Dès l'instant en effet, où une prétention peut être valablement émise tendant à l'exécution effective de la décision rendue, il y a possibilité d'un litige sur l'exécution d'un jugement et il y a donc possibilité de conclure une transaction tendant à éliminer ce litige »²¹⁵.

La théorie de L. Boyer repose ainsi sur le lien étroit qui unit, selon lui, « à travers l'idée de litige, les concepts de droit d'action et de transaction »²¹⁶. Si cette théorie a été

²⁰⁸ L. BOYER, *La transaction en droit privé : contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, préc., p. 34.

²⁰⁹ *Ibid*, p. 35.

²¹⁰ *Ibid*, p. 34.

²¹¹ *Ibid*, p. 36.

²¹² *Ibid*, p. 37.

²¹³ *Ibid*, p. 38.

²¹⁴ « Il y a possibilité d'un litige, dès lors qu'il existe le droit d'action », thèse préc., p. 45.

²¹⁵ *Ibid*, p. 43.

²¹⁶ *Ibid*, p. 47. L. Boyer résume ce lien ainsi : « chaque fois que l'existence du droit rendra possible un procès, la transaction le sera également, chaque fois que pour une quelconque raison le droit d'action manque aux parties, une transaction ne saurait avoir lieu », thèse préc., p. 46.

saluée pour sa modernité et la rigueur de sa construction, des critiques ont néanmoins été formulées²¹⁷.

c. L'actuelle réhabilitation de l'exigence du doute

De nouvelles études ont été conduites relatives à la portée de l'article 2044 du Code civil. Faute de solutions jurisprudentielles claires et pérennes, cette question anime encore aujourd'hui la doctrine. Tantôt la Cour de cassation exige que la transaction mette fin à un litige présentant un caractère douteux ou accueille le caractère douteux d'une situation ou l'existence d'une contestation sérieuse, tantôt elle définit ce contrat indépendamment de toute référence à cet élément. L. Poulet y voit non pas « la marque d'une évolution de la jurisprudence, [mais] plutôt le signe d'un embarras largement partagé pour définir la situation prétransactionnelle »²¹⁸.

Aujourd'hui, la doctrine renouvelle l'analyse, en l'envisageant du point de vue de la protection des parties, ce qui n'était pas tout à fait le cas dans les analyses précédentes. La notion de doute se trouve remise à l'honneur, puisqu'elle permet de s'opposer à la validité des transactions conclues, tandis que le droit positif consacre entièrement les prétentions de l'une des parties, insuffisamment informée.

L. Poulet, dans sa thèse, réintroduit la notion de doute, comprise dans son sens objectif²¹⁹. Il s'emploie à montrer que « le doute est consubstantiel à la transaction »²²⁰, car exiger des concessions réciproques, c'est présupposer qu'il existe un doute dans la situation prétransactionnelle. S'il admet que les contours de la notion de doute sont assez flous, il considère que le juge a un rôle à jouer et que tout est affaire de politique jurisprudentielle : c'est « le juge qui doit veiller à ce que le doute soit suffisamment caractérisé pour que les parties puissent par la conclusion d'une transaction, s'interdire de porter ensuite leur conflit devant les tribunaux »²²¹.

²¹⁷ F. Boulan lui reproche notamment de trop réduire le champ de la transaction, en contradiction avec l'essence de ce contrat et en opposition avec l'esprit de l'article 2044 du Code civil, v. F. BOULAN, *La transaction en droit privé positif*, préc., p. 38 et s.

²¹⁸ L. POULET, *Transaction et protection des parties*, préc., n° 159.

²¹⁹ V. L. POULET, *Transaction et protection des parties*, préc., n° 188 et s.

²²⁰ *Ibid*, n° 222.

²²¹ *Ibid*, p. 103.

La question de l'exigence d'une situation litigieuse douteuse reste manifestement en suspens. De telles incertitudes n'existent pas en droit administratif, où la situation prétransactionnelle est appréhendée en termes très différents.

§II. LA SITUATION PRETRANSACTIONNELLE DANS LA TRANSACTION ADMINISTRATIVE

En droit administratif, la détermination de la situation prétransactionnelle procède de préoccupations tout à fait différentes. De manière générale, la doctrine administrativiste y a consacré assez peu d'études, se concentrant davantage sur l'autre élément constitutif de ce contrat que sont les concessions réciproques. Compte tenu de l'impératif de protection des deniers publics, l'intérêt s'est cristallisé sur ce à quoi les parties consentent et bien moins sur ce sur quoi elles transigent. Pourtant, ce souci contribue également à déterminer les caractéristiques de la situation prétransactionnelle. Le droit administratif exige un litige dépourvu de tout doute quant aux droits des parties (A), pour lequel une action en justice est ouverte (B) et soumis à la compétence du juge administratif (C). Il y a manifestement un alignement de l'ouverture des transactions administratives sur l'action en justice devant le juge administratif.

A. L'exigence d'une situation litigieuse dépourvue de doute

Le droit administratif ne s'écarte pas de la définition de la transaction telle qu'elle est énoncée dans l'article 2044 du Code civil. Il pourrait difficilement en aller autrement (a). En revanche, les caractéristiques de la situation prétransactionnelle en droit administratif lui sont spécifiques (b). Il convient alors d'examiner concrètement les litiges susceptibles de donner lieu à la conclusion d'une transaction administrative (c).

a. La référence à l'article 2044 du Code civil dans la définition de la situation prétransactionnelle

Si le vocabulaire approximatif des articles du Code civil consacrés à la transaction est régulièrement dénoncé, la critique vaut aussi pour les textes et la jurisprudence relatifs à la transaction administrative. Les termes de contestation et de litige sont indifféremment utilisés.

Dans son rapport de 1993, *Régler autrement les conflits*, le Conseil d'Etat reprenait *in extenso* la définition de la transaction telle que fournie par l'article 2044 du Code civil²²². Il indiquait aussi que la « transaction implique une contestation, une situation litigieuse, le litige pouvant porter sur l'existence d'un droit ou sur son étendue »²²³.

Dans le bref paragraphe que la circulaire du 6 février 1995 consacrait à la définition de la transaction, elle évoquait une « contestation née ou à naître » et citait l'article 2044 du Code civil²²⁴. Le reste du texte utilisait indifféremment les termes de litige, de différend, de conflit, ce dernier étant repris d'ailleurs dans l'intitulé même de ladite circulaire. Peu importe le vocabulaire, il fallait une situation prétransactionnelle « où les points de vue des parties en présence sont en opposition »²²⁵. La circulaire du 6 avril 2011, qui annule et remplace celle de 1995, ne se montre pas plus rigoureuse sur ce point. Les mêmes termes de conflit, litige, différend, sont là encore employés successivement et aléatoirement. La circulaire commence par rappeler l'article 2044 du Code civil²²⁶, et indique que la transaction ne peut intervenir que pour « régler un différend né ou à naître », le recours à la transaction demeurant « cependant envisageable même en l'absence de différend sur l'évaluation du dommage faisant l'objet du litige »²²⁷. Ces mêmes vocables se retrouvent dans la circulaire du 7 septembre 2009 qui n'a pas pour objet de définir la transaction administrative, mais d'en rappeler les règles de conclusion et d'exécution pour le règlement des litiges de la commande publique²²⁸. Enfin, le futur Code des relations entre le public et l'administration qui, s'il ne porte pas spécifiquement sur la transaction administrative²²⁹, évoque les « différends » et les « contestations » de l'administration.

²²² V. *Régler autrement les conflits*, préc., p. 51.

²²³ *Ibid*, p. 54.

²²⁴ Circulaire du 6 février 1995, préc., § 1.1.

²²⁵ *Ibid*, § 1.1.3.

²²⁶ Circulaire du 6 avril 2011, préc., § 1.1.

²²⁷ *Ibid*, § 1.3.3.

²²⁸ Circulaire du 7 septembre 2009, préc.

²²⁹ V. sur ce point, introduction, p. 61.

Quant à la jurisprudence, si elle ne cite que rarement l'article 2044 du Code civil de manière expresse²³⁰, elle ne manque pas d'en reprendre la formulation. C'est ainsi qu'à titre incident l'avis *L'Hay-les-Roses* indique que le contrat de transaction est celui « par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître ». On pourrait estimer qu'en ne mentionnant pas l'article 2044 du Code civil, le Conseil d'Etat a souhaité marquer l'autonomie de la transaction administrative par rapport aux règles du Code civil, mais ce serait omettre qu'il vise l'article 2052 du même Code pour rappeler que la transaction a l'autorité de la chose jugée en dernier ressort.

Sans le citer, le Conseil d'Etat a choisi de reprendre les termes de l'article 2044, et ce faisant a inscrit la transaction administrative dans la même logique que la transaction de droit privé. Sous réserve d'adaptations, il y a une identité de la transaction entre ces branches du droit. Du droit privé au droit administratif, la notion de transaction est pareillement entendue. Il ne s'agit pas seulement d'un rapprochement entre la transaction de droit privé et la transaction administrative quant à l'élément de définition qu'est le litige, mais bien d'une même réalité : la transaction en droit français permet de prévenir ou de régler un litige, que ce litige soit de droit privé ou de droit administratif.

B. Plessix identifie ici une opération de « transposition » de la part du Conseil d'Etat²³¹ : « selon une technique bien connue, le juge administratif se réserve [...] le droit, tout en s'inspirant du droit privé, d'élaborer son propre régime jurisprudentiel de la transaction, en apportant à ce contrat régi par les articles 2044 à 2058 du Code civil, les adaptations nécessaires aux exigences de l'intérêt général et aux contraintes de la comptabilité publique »²³².

C'est ainsi que le Conseil d'Etat adopte la même conception de la transaction que le Code civil, celle d'un contrat ayant pour objet de régler une situation litigieuse, et non une simple incertitude comme en droit romain. Toute la difficulté est alors d'identifier les caractéristiques de la situation litigieuse en droit administratif.

²³⁰ L'article 2044 du Code civil est, par exemple, cité dans l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat, le 11 juillet 2008, *Société Krupp Hazemat*, RFDA 2008, p. 951, concl. Dacosta, AJDA 2008, p. 1588, note E. Geffray et S.-J. Liéber, chron. JCP G 2008, I 191, B. Plessix.

²³¹ B. PLESSIX, « Transaction et droit administratif », in *La transaction dans toutes ses dimensions*, préc., p. 133.

²³² *Ibid*, p. 134.

b. Les caractéristiques de la situation prétransactionnelle

La règle qui interdit aux personnes publiques de payer des sommes qu'elles ne doivent pas²³³, ainsi que son équivalent pour les personnes privées²³⁴, conditionnent nécessairement les éléments constitutifs de la situation prétransactionnelle en droit administratif. Ainsi, si le litige est largement entendu (1), l'exclusion du doute quant à son issue restreint quelque peu le champ des litiges susceptibles de donner lieu à un règlement transactionnel (2).

1. L'exigence d'un litige

Alors que la doctrine civiliste s'est longuement intéressée à la notion de litige, la doctrine administrativiste l'a surtout étudiée dans ses manifestations dans le cadre d'un recours en excès de pouvoir, où le litige ne résulte pas de l'opposition des prétentions de plusieurs parties, mais d'une prétention unilatérale d'une partie²³⁵. Il s'agissait alors de définir le contentieux administratif et la fonction juridictionnelle.

Il importe, concernant la transaction administrative, de rechercher quelle conception du litige est retenue, et d'examiner si elle correspond à la définition du litige généralement admise en droit civil, c'est-à-dire la réunion d'une opposition d'intérêts, de l'émission d'une prétention juridique et d'un refus de faire droit à cette prétention par l'autre partie.

Ni la jurisprudence, ni les circulaires ne procèdent à une définition du litige que la transaction administrative peut régler. La circulaire de 1995 définissait la situation litigieuse comme celle dans laquelle « les points de vue des parties en présence sont en opposition »²³⁶, et celle de 2011 indique de manière tout à fait intéressante que « le recours à la transaction est envisageable même en l'absence de différend sur l'évaluation du dommage faisant l'objet du litige. La circonstance qu'un accord ait été trouvé entre l'administration et le requérant sur le

²³³ CE, Sect., 19 mars 1971, *Mergui*, préc.

²³⁴ CE, Sect., 17 mars 1978, *SA Entreprise Renaudin*, *Leb.*, p. 140, concl. Galabert, *AJ* 1979, n°4, p. 41, note F. Chevallier, *D.* 1979, p. 5, 2^e esp., note H. Charles et F. Derrida, *AJDA* 1979, n° 4, p. 41, note F. Chevallier, *JCP G* 1979, II, 19058, note M. B. et G. F., *Revue administrative*, 1978, p. 291, note G. Darcy.

²³⁵ V. notamment sur ce point, L. DUGUIT, *Droit constitutionnel*, II, Paris, E. de Boccard, 2^e éd., 1923, p. 413 ; R. BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, Paris, Delagrave, coll. Bibliothèque de l'Institut international de droit public, 1934, p. 22 et s. ; M. HAURIOU, « Les éléments du contentieux », *Rec. de législation de Toulouse*, 1905, p. 1 et s., *Rec. de législation de Toulouse*, 1907, p. 141 et s.

²³⁶ Circulaire du 6 février 1995, préc., § 1.3.3.

montant n'a pas fait disparaître en effet, la cause du litige, qui peut tenir à l'illégalité commise par l'administration »²³⁷.

Il y a donc bien une opposition d'intérêts et une prétention juridique, mais pas nécessairement de résistance. En effet, il arrive que les parties s'accordent sur le principe d'une réparation et même sur son montant. Le plus souvent, c'est l'administration qui admet avoir provoqué un dommage. Par exemple, elle ne nie pas avoir causé un préjudice par son refus d'octroyer le concours de la force publique à un propriétaire pour l'exécution d'un jugement d'expulsion, pas plus qu'elle ne nie devoir indemniser le préjudice né d'une faute médicale commise par l'un de ses services.

Dans ces hypothèses, la personne publique reconnaît être responsable d'un dommage et accepte de procéder à la réparation sans aucune résistance. Nul besoin de chercher à la contraindre, en engageant, par exemple, une action en justice. Il se peut même que les parties s'accordent d'emblée sur le montant de la réparation.

Un litige est-il formé dans de pareilles situations, tandis que les parties prennent note d'une situation de fait et de droit, de la circonstance que les faits matériels correspondent à la situation prévue par le droit ?

Si on analyse le litige comme impliquant une résistance de la part d'une des parties, alors une telle situation n'est pas litigieuse. Pour la circulaire du 6 avril 2011, la transaction conclue alors que les parties s'accordent sur l'évaluation d'un dommage, relève de la prévention des différends²³⁸. C'est là une erreur, car en transigeant sur le principe et le montant de la réparation, les parties évitent la saisine du juge étatique, mais pas la formation d'un litige. L'opposition d'intérêts et la prétention juridique sont bien actuelles et non à venir.

Le litige, tel qu'il est exigé par la jurisprudence administrative, est donc largement compris. La situation prétransactionnelle comprend des hypothèses diverses, qui ne supposent pas nécessairement de contestation. Il suffit qu'une partie émette une prétention juridique à l'égard d'une autre aux intérêts opposés pour qu'un litige naisse.

Ainsi, le terme de « contestation » utilisé par l'article 2044 du Code civil et que le Conseil d'Etat choisit parfois de citer, ne rend pas compte de la situation prétransactionnelle en droit administratif, tant elle dépasse le cadre étroit que l'article désigne. Le litige est

²³⁷ Circulaire du 6 avril 2011, préc., § 1.3.3.

²³⁸ *Ibid.*

entendu largement comme supposant la réunion d'un conflit d'intérêts et l'émission d'une prétention juridique.

Il faut, par ailleurs, préciser que l'hypothèse dans laquelle une partie fait droit aux prétentions juridiques de l'autre sans contester ni l'imputabilité du dommage, ni l'étendue ou le montant de ce dommage, ne correspond pas à la majorité des situations prétransactionnelles. Il serait, en outre, pour le moins paradoxal d'exclure du champ des situations donnant lieu à la conclusion des transactions l'éventualité d'un accord des parties sans contestation.

Quoi qu'il en soit, si la notion de litige est largement comprise, l'exclusion du doute restreint le champ de la transaction administrative. Conception du litige et situation prétransactionnelle ne coïncident pas.

2. L'exclusion du doute

Sur ce point, les logiques du droit privé et du droit administratif diffèrent profondément, alors même qu'ils poursuivent tous deux la protection des droits des parties. C'est à cette fin, notamment, que le droit civil exige un doute sur l'issue du litige²³⁹ et que le droit administratif l'exclut, qu'il s'agisse d'un doute sur les faits à l'origine du dommage, d'un doute sur l'état du droit qui leur est applicable, ou encore des deux.

La protection des deniers publics fait obstacle à toute incertitude lors de la conclusion d'une transaction. A cet égard, le Conseil d'Etat a consacré comme principe général du droit l'interdiction pour une personne publique de payer une somme qu'elle ne doit pas²⁴⁰. Il convient de préciser d'ores et déjà que la règle d'ordre public posée par l'arrêt *Mergui* ne s'oppose pas à la conclusion d'une transaction lorsque celle-ci porte sur le montant de la dette de la personne publique, mais fait obstacle à ce qu'elle puisse se reconnaître débitrice de sommes qu'elle ne doit pas. Une transaction sur le montant de la dette est possible, mais non sur son principe même, qui doit être établi de manière certaine²⁴¹. Il faut une « obligation

²³⁹ V. *Supra*, p. 55 et s.

²⁴⁰ CE, 19 mars 1971, *Mergui*, préc.

²⁴¹ C'est d'ailleurs ce que préconisait M. Rougevin-Baville dans ses conclusions : « ce qui est d'ordre public, ce n'est pas une éventuelle exagération de l'indemnité convenue, car après tout une transaction peut-être plus ou moins bonne et la collectivité peut se montrer relativement large sur un point afin d'obtenir satisfaction sur un autre. Nous ne vous proposons donc pas d'admettre que le juge puisse refuser l'homologation de l'accord des parties par le seul motif que la somme offerte par l'administration lui paraît supérieure au préjudice subi, à moins que la disproportion ne soit telle que la

préexistante », comme l'indiquait déjà le Commissaire du gouvernement Romieu, en 1893, dans ses conclusions rendues sur l'arrêt *Chemin de fer du Nord, de l'Est et autres*²⁴².

Le Conseil d'Etat a même fixé un mode d'emploi du calcul des indemnités à verser au cocontractant de l'administration au titre des dépenses qu'il a exposées dans le cadre d'un contrat annulé pour illégalité²⁴³. Dans cette optique, les deux questions traditionnellement distinguées, ce sur quoi les parties transigent et ce à quoi elles consentent, sont liées.

Il faut ajouter que le principe équivalent à celui posé par l'arrêt *Mergui* a été reconnu par le Conseil d'Etat au profit des personnes privées²⁴⁴. Celles-ci ne peuvent donc se voir condamnées à payer des sommes qu'elles ne doivent pas.

De telles solutions ne manquent pas de restreindre le champ des situations litigieuses ouvertes à la transaction administrative. S'en trouvent ainsi exclues les situations dans lesquelles le principe de la responsabilité des intéressés ne peut être établi avec certitude.

Il en résulte que « le recours à la transaction est donc parfaitement légitime dans la mesure où celle-ci traite de questions dominées par des appréciations de fait : quantum, comportements, gravité respective des fautes [...], mais il doit être par principe écarté, dès lors qu'il convient d'interpréter les dispositions réglementaires ou contractuelles »²⁴⁵.

C'est du reste ce que rappelle la circulaire du 6 avril 2011, en indiquant que « la transaction n'a pas pour objet de résoudre les questions hypothétiques ou de réduire des incertitudes »²⁴⁶. Plus précisément, les transactions administratives n'ont pas vocation à « apporter une solution à des litiges où les questions de droit dominent les questions de fait »²⁴⁷.

Manifestement, un renversement s'est opéré depuis la fin du XIX^e et le début du XX^e siècle, où la transaction était envisagée pour régler les litiges à l'issue incertaine ou trop

prétendue transaction en devienne une libéralité [...] », M. ROUGEVIN-BAVILLE, concl. sur CE, 19 mars 1971, *Sieurs Mergui, Leb.*, p. 246.

²⁴² J. ROMIEU, concl. sur CE, 17 mars 1893, *Chemin de fer du Nord, de l'Est et autres contre ministre de la Guerre*, préc., p. 122.

²⁴³ V. partie I, titre I, chapitre II, section II, § II, B, p. 154 et s.

²⁴⁴ CE, 17 mars 1978, *SA Entreprise Renaudin*, préc. V. plus précisément, p. 138 et s.

²⁴⁵ P. SOLER-COUTEAUX, J.-J. LOUIS, « Du bon usage de la transaction administrative dans les contrats publics », *Contrats-marchés publics* 2000, chron. 2, p. 5.

²⁴⁶ Circulaire du 6 avril 2011, §. 1.3.3.

²⁴⁷ P. SOLER-COUTEAUX, J.-J. LOUIS, « Du bon usage de la transaction administrative dans les contrats publics », préc., p. 5.

coûteuse, ainsi que le révèle la lecture des conclusions des Commissaires du gouvernement²⁴⁸. Aujourd'hui, ce contrat apparaît comme un moyen de désengorger les juridictions, et se trouve encouragé dans toutes les situations litigieuses non douteuses. Encore faut-il examiner comment ces litiges nés ou à naître, susceptibles de donner lieu à un règlement transactionnel, se présentent concrètement.

c. Le règlement des litiges nés ou à naître

Suivant la formulation du Code civil, le Conseil d'Etat reconnaît à la transaction administrative deux fonctions : terminer une contestation née et prévenir une contestation à naître. Le Conseil d'Etat utilise aussi le terme de litige, de sorte qu'*a priori*, en droit administratif comme en droit privé, la transaction permet d'empêcher la survenance d'un litige non encore né et de régler celui déjà apparu.

Ces formules doivent être analysées dans le temps. Cette lecture chronologique ne fait pas l'unanimité, et il a parfois été soutenu que la transaction prévenant un litige à naître est celle qui intervient en l'absence de toute instance juridictionnelle, à la différence de la transaction terminant un litige, c'est-à-dire mettant fin à un litige déjà porté devant le juge, mais non encore jugé²⁴⁹. Cependant, il a été établi que la réunion de l'émission d'une prétention juridique et d'une opposition d'intérêts entre les parties suffit à former un litige. Peu importe donc que le litige ait été soumis à la connaissance du juge compétent. Cela ne saurait constituer un élément de définition du litige, qui pour naître, ne nécessite pas de saisine juridictionnelle — les juridictions n'ayant pas l'exclusivité du règlement des litiges. Aussi ces deux expressions semblent-elles bien revêtir une dimension chronologique au sein de laquelle la transaction permet de régler le litige né, mais non nécessairement porté devant le juge compétent (1), et de prévenir le litige à venir, cette dernière hypothèse étant toutefois difficilement concevable (2).

²⁴⁸ V. *Supra*, introduction, p. 25 et s.

²⁴⁹ V. à titre d'exemple, P. SOLER COUTEAUX, J.-J. LOUIS, « Du bon usage de la transaction administrative dans les contrats publics », préc., p. 4.

1. Le règlement des litiges nés

Le litige résultant de la réunion d'une opposition d'intérêts et de l'émission d'une prétention juridique existe indépendamment de toute instance juridictionnelle. Certains auteurs ont d'ailleurs précisé que « dès lors qu'une prétention est formulée et que l'affirmation par l'une ou l'autre partie de la détention d'une créance sur l'autre partie est sérieuse ou non sérieusement contestable, [...] le litige est suffisamment constitué pour qu'il puisse légitimement faire l'objet d'une transaction »²⁵⁰.

Il faut par ailleurs ajouter, que dans le contentieux extracontractuel, la prétention juridique peut porter sur différents types de préjudices à réparer. En effet, « l'évolution va dans le sens d'une acceptation de plus en plus large des préjudices indemnifiables, préjudices matériel, corporel, esthétique, douleur physique et morale, jusqu'à la perte d'une chance »²⁵¹. De la même manière, « les catégories de personnes pouvant prétendre à indemnisation ou réparation s'élargissent »²⁵², à l'instar des collatéraux. C'est ainsi, par exemple, que la veuve et les enfants du père de famille tué dans l'explosion accidentelle de son immeuble due à une fuite de gaz ont pu conclure une transaction avec Gaz de France pour l'indemnisation des différents préjudices subis de ce fait²⁵³.

En matière contractuelle, les hypothèses dans lesquelles les parties sont susceptibles de transiger sont nombreuses et souvent complexes. Le paragraphe introductif de la circulaire du 7 septembre 2009 prend soin de signifier clairement que « le recours à la transaction ne peut constituer un mode courant de gestion des achats et contrats par l'administration »²⁵⁴.

Le recours à la transaction est relativement circonscrit. Elle est tout d'abord exclue du contentieux de la légalité des contrats administratifs, dans la mesure où le contentieux objectif ne peut, en principe, donner lieu à un règlement transactionnel²⁵⁵. De même, elle ne saurait avoir pour objet de couvrir les infractions au Code des marchés publics afin d'éviter l'intervention du juge pénal. Celle-ci n'a pour seul objet que de régler le volet indemnitaire des manquements, et ce faisant, « il y a [...] un espace pour transiger, au plan du droit

²⁵⁰ P. SOLER-COUTEAUX, J.-J. LOUIS, « Du bon usage de la transaction administrative dans les contrats publics », préc., p. 4.

²⁵¹ CONSEIL D'ETAT, *Responsabilité et socialisation du risque*, Paris, La documentation française, 2005, p. 221.

²⁵² *Ibid*, p. 226.

²⁵³ CE, 13 octobre 2004, *Mme Junion veuve Vanhadenhoven, Leb.*, p. 372.

²⁵⁴ Circulaire du 7 septembre 2009, préc.

²⁵⁵ V. sur ce point, partie II, titre I, chapitre II, section I, § I, p. 418 et s.

administratif, mais qui ne "préjuge" en rien des suites pénales »²⁵⁶. Le recours à la transaction doit donc être réservé au règlement des conséquences de l'absence de contrats valides et des litiges relatifs à l'exécution des contrats²⁵⁷.

Dans le premier cas, les parties ont à régler la situation de fait résultant de l'absence de lien contractuel valide²⁵⁸. Il faut d'emblée rappeler avec L. Richer, que « la transaction ne doit pas apparaître comme un substitut du contrat nul, équivalant à une pure et simple régularisation »²⁵⁹. La question de la nullité du contrat relève du contentieux objectif, et à ce titre ne saurait faire l'objet d'une transaction qui voit son objet circonscrit à l'indemnisation des parties sans la régularisation du contrat nul²⁶⁰.

L'administration peut d'abord procéder au paiement des prestations effectuées par son cocontractant, en l'absence de contrat valide. L'indemnisation du cocontractant est ouverte sur le fondement de l'enrichissement sans cause aux dépenses exposées par le cocontractant qui sont utiles à la collectivité, ainsi que sur le fondement de la responsabilité quasi-délictuelle, pour la réparation du préjudice subi du fait de la faute constituée par l'illégalité ayant conduit à l'annulation du contrat.

La transaction permet également de réparer les dommages subis par les parties. Il s'agit autant des dommages subis par le cocontractant dans le cadre de l'exécution de ses engagements — réparation, qui en l'absence de contrat valide ne peut intervenir sur le fondement de la responsabilité contractuelle²⁶¹ —, que des préjudices subis par l'administration en raison de la mauvaise exécution des obligations du cocontractant, la nullité du contrat faisant alors obstacle à la réparation sur le terrain de la responsabilité contractuelle. Ni la garantie décennale, ni tout autre fondement de responsabilité dérivé de l'exécution du contrat ne pouvant plus être mis en œuvre, les parties sont autorisées à agir sur le fondement de la responsabilité quasi-délictuelle ou quasi-contractuelle.

²⁵⁶ J.-D. DREYFUS, « Transaction et commande publique : les frontières avec le délit de favoritisme », *AJCT* 2012, p. 244.

²⁵⁷ Il s'agit de contrats administratifs, la transaction administrative ayant pour objet de prévenir ou de mettre fin à des litiges administratifs. Un litige portant sur un contrat de droit privé de l'administration ne saurait constituer un litige administratif. V. présent paragraphe, C, p. 78 et s.

²⁵⁸ Le contrat peut avoir été déclaré nul ou annulé par le juge administratif. Il se peut aussi que les parties, ayant constaté une irrégularité grave et non régularisable affectant le contrat, aient décidé de le résilier.

²⁵⁹ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, préc., n° 617.

²⁶⁰ Sur la question particulière de la distinction entre la transaction et le marché de régularisation, v. G. CHAINEAU, *La transaction dans le domaine des marchés publics*, C. Maugüe (dir.), mémoire de DEA, Paris II, 2003, p. 16 et s. et la présente thèse, partie I, titre I, chapitre II, section II, § II, B, p. 154.

²⁶¹ La circulaire du 7 septembre 2009, § 1.1.2, en cite un exemple, celui dans lequel, la personne publique « ne peut procéder au versement de sommes dues [au cocontractant] sur la base de stipulations arrêtés, par exemple, des subventions prévues par une convention de délégation de service public ».

Dans le deuxième cas, la transaction règle les litiges relatifs à l'exécution du contrat. La circulaire du 7 septembre 2009 parle de la « résolution des difficultés d'exécution des contrats »²⁶². La formule est assez vague, car toute difficulté d'exécution d'un contrat ne saurait être réglée par une transaction. Dès lors, il convient de « distinguer soigneusement entre l'occurrence d'un véritable litige dont les contours se dessinent avec une netteté suffisante et l'apparition de simples difficultés d'exécution du contrat »²⁶³. Ces difficultés d'exécution du contrat doivent bien sûr constituer une situation litigieuse, que les clauses du contrat ne permettent pas en outre de régler²⁶⁴. Plus concrètement, cela renvoie à plusieurs hypothèses.

Il se peut que, dans le cadre d'un contrat valide, le cocontractant de l'administration réalise des travaux non conformes au contrat initial. Certains auteurs ont considéré que de tels ouvrages ne pouvaient être indemnisés sur le fondement de l'enrichissement sans cause, la responsabilité contractuelle du cocontractant devant ici être engagée, à moins que l'administration a eu un comportement équivoque, puisque « par sa passivité ou par ses encouragements, elle s'est en quelque sorte fait le complice de l'exécution de tels travaux »²⁶⁵. Dans cette situation particulière, le recours à la transaction est possible pour indemniser le cocontractant sur le fondement de l'enrichissement sans cause.

Il arrive également que le cocontractant de l'administration ait eu à effectuer des prestations supplémentaires non prévues dans le contrat, comme un dépassement des quantités arrêtées, des prestations effectuées au-delà de la durée du contrat ou même sans lien avec l'objet dudit contrat. Si les prestations ont déjà été exécutées, la conclusion d'un avenant n'est pas possible, de même que celle d'un marché complémentaire²⁶⁶. Traditionnellement, la jurisprudence distingue les travaux supplémentaires nécessaires, de ceux, seulement utiles²⁶⁷. A l'égard des premiers, les travaux nécessaires²⁶⁸, plusieurs solutions ont été envisagées, qui

²⁶² *Ibid*, § 1.2.

²⁶³ P. SOLER COTEAUX, J.-J. LOUIS, « Du bon usage de la transaction administrative dans les contrats publics », préc., p. 4. Ils relèvent aussi, p. 6, que « l'incident de parcours contractuel que l'on entend ainsi régler ne [doit] pas se résumer à ne simple difficultés d'exécution du contrat [...] ».

²⁶⁴ S'il apparaît, en effet, que le contrat apporte une réponse au litige opposant les parties, celles-ci devront se conformer à ces prescriptions ou alors de les modifier par voie d'avenant.

²⁶⁵ La formule est empruntée à P. SOLER COTEAUX, J.-J. LOUIS, « Du bon usage de la transaction administrative dans les contrats publics », préc., p. 6. V. aussi sur cette question, F. MODERNE, *Les quasi-contrats administratifs*, Sirey, coll. Droit public, 1995, p. 77 et s.

²⁶⁶ V. circulaire du 7 septembre 2009, préc., n° 1.1.1.

²⁶⁷ Même si la terminologie jurisprudentielle n'est pas des plus précises, une telle distinction ressort des arrêts CE, 12 mai 1926, *Commune de Teyran, Leb.*, p. 487, CE, 22 mai 1935, *Sieur Foyer, Leb.*, p. 582, CE 1^{er} juillet 1936, *Sté des Etablissements Quillery, Leb.*, p. 718, notamment.

²⁶⁸ F. Moderne définit les travaux supplémentaires nécessaires, comme « ceux qui n'avaient pas été prévus dans le marché initial, mais dont l'accomplissement se révèle, en cours d'exécution, nécessaire pour assurer, selon les règles de l'art, la bonne réalisation du travail ou de l'ouvrage public ». Il poursuit, « pour que le contrat soit correctement exécuté, ces

ne laissent pas toutes une place à la transaction. Certains membres de la doctrine ont estimé que l'indemnisation du cocontractant pouvait avoir lieu sur le fondement de l'enrichissement sans cause²⁶⁹ ; d'autres ont aussi proposé de donner un fondement contractuel à cette indemnisation, la réalisation de ces travaux étant, selon eux, nécessairement comprise dans les prévisions contractuelles des parties²⁷⁰.

S'agissant de la réalisation de travaux simplement utiles, l'indemnisation de l'entrepreneur, et consécutivement, le recours à la transaction ne sont pas évidents. MM. Soler-Couteaux et Louis notent que, lorsque les travaux ont été exécutés dans le cadre d'un ordre de service, « l'existence d'un ordre de service suffit à rattacher suffisamment l'exécution de travaux utiles aux clauses du contrat »²⁷¹. En l'absence de tout ordre de service, si les travaux ont été exécutés spontanément par le cocontractant, la jurisprudence refuse que ce dernier puisse être indemnisé²⁷².

La possibilité de transiger pour régler les litiges nés de difficultés d'exécution des contrats, et plus précisément, ceux ayant trait à l'indemnisation de prestations excédant le cadre contractuel, apparaît donc relativement limitée. Pour MM. Soler Couteaux et Louis, cela « peut sans doute s'expliquer par la méfiance du juge, qui ne souhaite pas voir le droit des contrats se vider de sa substance, par le fait de l'utilisation désordonnée d'accords transactionnels des parties »²⁷³.

La circulaire du 7 septembre 2009 recommande aussi aux services de recourir à la transaction pour régler les difficultés nées de l'annulation des actes préparatoires d'un contrat demeuré, lui, dans l'ordonnancement juridique. Cette situation est évoquée, de manière relativement laconique, dans le cadre de la résolution des difficultés d'exécution des contrats. La transaction a alors « pour objet de mettre fin à un contrat pour régler la situation juridique délicate née de l'annulation des actes préparatoires du contrat, sans que le contrat n'ait été lui-même annulé »²⁷⁴.

Une telle situation, qui se situe à la marge de la légalité, est assez complexe à appréhender du point de vue de la transaction. Le lien contractuel existe certes, mais n'est pas

travaux auraient dû de toute manière être entrepris et l'initiative éventuelle de l'entrepreneur ne ferait que suppléer ici celle de l'administration », F. MODERNE, *Les quasi-contrats administratifs*, préc., p. 85.

²⁶⁹ V. G. BAYLE, *L'enrichissement sans cause en droit administratif*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 111, 1973, p. 86.

²⁷⁰ V. A. DE LAUBADERE, P. DELVOLLE, F. MODERNE, *Traité des contrats administratifs*, t. II, Paris, LGDJ, 2^e éd., 1984, n° 1070, p. 268.

²⁷¹ P. SOLER COTEAUX, J.-J. LOUIS, « Du bon usage de la transaction administrative dans les contrats publics », préc., p. 6.

²⁷² *Ibid.*

²⁷³ *Ibid.*

²⁷⁴ Circulaire du 7 septembre 2009, préc., n° 1.2.

parfait. Il se peut que les parties aient à résilier le contrat et conclure une transaction pour en régler les conséquences.

Au terme de ces développements, le champ de la transaction en matière contractuelle semble assez borné, et consécutivement, la liberté de recourir à la transaction limitée. Pareil constat ne doit pas étonner compte tenu du fort encadrement des contrats publics. Les parties ne sauraient voir dans la transaction un moyen de contourner les règles de la commande publique.

2. La prévention des litiges à naître

La fonction de prévention des litiges attribuée à la transaction administrative est assez délicate à appréhender. Dans son commentaire de l'avis *L'Hay-les-Roses*, F. Linditch regrettait que le Conseil d'Etat « [n'ait pas fait] avancer la définition du litige à naître » et se « résign[ait à] attendre la jurisprudence à venir pour connaître le degré d'exigence du juge administratif sur ce point »²⁷⁵. A vrai dire, la jurisprudence n'a guère apporté de précisions à ce sujet. Or, définir un litige à naître, c'est aussi définir le champ de la transaction administrative.

Si l'on admet qu'un litige se caractérise par l'apparition d'une opposition d'intérêts entre des parties, suivie de l'émission de prétentions juridiques, se pose alors la question de savoir si ces deux éléments peuvent être envisagés de manière suffisamment nette pour qu'il y soit remédié par les parties avant leur survenance. D'autant que les transactions sur les litiges à naître doivent également satisfaire la règle selon laquelle les personnes publiques ne peuvent payer des sommes qu'elles ne doivent pas, ce qui suppose nécessairement que les droits des parties puissent être identifiés.

Rares sont les arrêts mettant en cause des transactions sur des litiges prétendument à naître. Deux d'entre eux doivent retenir l'attention.

C'est d'abord le cas de l'arrêt *Commune de Jonquières*, rendu par le Conseil d'Etat le 17 mai 2006²⁷⁶. Alors que le juge administratif avait annulé le refus de la commune de

²⁷⁵ F. LINDITCH, « Le premier avis du Conseil d'Etat sur l'homologation des transactions », préc., p. 374.

²⁷⁶ CE, 17 mai 2006, *Commune de Jonquières*, AJDA 2006, p. 1390, concl. Glaser, JCP G 2006, I 170, chron. B. Plessix, JCP A 2006, 1174, note P. Billet, BJDU avril 2006, p. 274, obs. J.-C. B.

Jonquères de rapporter la délibération relative à la préemption et la délibération autorisant le maire à expulser l'ancien propriétaire d'un bien immobilier, la collectivité et les acquéreurs évincés ont conclu une transaction par laquelle ces derniers s'engageaient à renoncer à tout droit sur le bien préempté. Pour le Conseil d'Etat, le contrat avait pour objet de « prévenir un litige au sujet de la revente d'un bien préempté par la commune »²⁷⁷.

Il est permis de douter d'une telle qualification. En l'occurrence, les parties avaient des intérêts opposés à l'égard de ce bien et la collectivité a entendu défendre ses droits. N'y a-t-il pas là suffisamment d'éléments pour qu'un litige soit considéré comme formé ? Certes, le couple acquéreur évincé n'avait pas manifesté son intention de faire valoir ses droits, mais cette circonstance n'empêche pas le litige d'être déjà formé, dans la mesure où la commune s'était déjà manifestée pour défendre les siens. Les parties n'ont pas évité la survenance d'un litige en transigeant, elles ont mis fin à un litige né et actuel.

C'est aussi ce qu'il ressort des faits de l'arrêt *Préfet des Alpes-Maritimes*, rendu par la Cour administrative d'appel de Marseille, le 16 juillet 2012²⁷⁸. Une transaction avait été conclue entre la Communauté d'agglomération de Nice Côte d'Azur et les sociétés Eiffage TP, Eiffage construction Côte d'Azur, Spie fondations et Eiffage travaux publics Méditerranée, afin de permettre le paiement de travaux effectués par ces entreprises en vue de la construction d'un complexe immobilier²⁷⁹, en vertu d'un marché signé le 11 août 2004. A la suite, notamment, de l'annulation par le Tribunal administratif de Nice de la délibération attribuant le marché au groupement d'entreprises, le 2 février 2007, et du refus de paiement du receveur principal, le 11 décembre 2007, les parties ont, par une transaction, résilié le marché litigieux et arrêté le décompte général et définitif des travaux et prestations réalisés, constaté l'engagement des entreprises à lever certaines réserves à la réception des travaux et renoncé à toute réclamation, instance ou action, née ou à naître, à raison de l'ensemble des relations contractuelles. Pour la Cour, la transaction concernait « un différend » non encore né entre les parties, appréciation peu convaincante cependant. Il semblerait plutôt que les parties se soient entendues pour mettre fin aux difficultés rencontrées, dans un contexte amiable de surcroît. L'absence de contestation de l'une des parties à l'égard des prétentions de l'autre

²⁷⁷ *Ibid.*

²⁷⁸ CAA Marseille, 16 juillet 2012, *Préfet des Alpes-maritimes*, N° 09MA00879.

²⁷⁹ Ce complexe comprenait, plus précisément, le centre de maintenance et d'exploitation du tramway de Nice, un parc auto-relais et les aménagements associés, les aménagements spécifiques de la station terminus, le viaduc d'accès au centre de maintenance et différents ouvrages de consolidation et de soutènement.

n'empêche pas l'existence d'un litige. En l'occurrence, le litige est ni éventuel, ni futur, mais bel et bien formé.

Plus largement, ces deux cas d'espèce soulèvent la question de ce qui peut véritablement être qualifié de litige à naître en droit administratif. Il apparaît, en réalité, que les litiges à naître n'existent pas en droit administratif. En cette matière, les exigences de la situation prétransactionnelle ne permettent pas la conclusion de transactions sur de tels litiges. Comment, en effet, des parties pourraient-elles avoir connaissance avec certitude qu'une opposition d'intérêts va apparaître et que des prétentions juridiques pourront être valablement formulées, et ce de manière suffisamment précise pour satisfaire aux principes posés par les arrêts *Mergui* et *SA Entreprise Renaudin* ? N'est-ce pas parce que les éléments constitutifs du litige sont en réalité déjà réunis ?

La transposition de l'article 2044 du Code civil à la transaction administrative rencontre donc quelques limites. La situation prétransactionnelle en cette matière ne peut se présenter dans les mêmes conditions qu'en droit privé. Une autre exigence semble s'imposer : celle d'un litige pour lequel une action en justice est ouverte.

B. L'exigence d'un litige susceptible d'être porté en justice

La formulation générale de l'article 2044 ne permet pas d'identifier les litiges susceptibles d'être réglés par une transaction : s'agit-il de tous litiges ou seulement de ceux pour lesquels une action en justice est ouverte ? Entendre le litige comme résultant d'un conflit d'intérêts entre les parties suivi de l'émission de prétentions juridiques implique nécessairement qu'une action en justice existe. Mais qu'advient-il quand les délais de recours sont forclos ?

En droit administratif, cette question semble recevoir un traitement particulier. L'interdiction faite aux intéressés de payer des sommes qu'ils ne doivent pas conduit *a priori* à aligner les litiges ouverts à la transaction sur les règles de recevabilité des recours contentieux. Comment déterminer si une somme est due si ce n'est au regard des règles permettant de saisir le juge étatique pour la faire reconnaître ? Dans cette perspective, les litiges ouverts à la transaction seraient ceux pour lesquels une action en justice existe. Il y aurait une corrélation entre l'existence d'une action en justice et le droit de transiger. C'est ce

que semble imposer l'interdiction posée par les arrêts *Mergui* et *SA Entreprise Renaudin*²⁸⁰. En cela, la transaction représente une alternative au juge, mais non au droit en vigueur.

La question est délicate et n'a pas reçu de réponse claire de la part du juge administratif, alors même qu'il y va de la possibilité de transiger et de la légalité de l'accord transactionnel qui ne doit pas constituer une libéralité.

Un jugement du Tribunal administratif de Melun, rendu en matière de marchés publics, avait considéré que le fait qu'un décompte accepté par l'entreprise soit devenu définitif n'empêchait pas les parties de transiger sur un litige survenu postérieurement²⁸¹. La transaction n'est pas considérée comme une libéralité, car si l'entreprise n'a pas les moyens de soutenir son action en justice, sa créance, elle, existe bien. Pour R. Rouquette, il y a là une « analogie avec la théorie des obligations naturelles du droit civil, c'est-à-dire des obligations privées d'action dont l'exécution n'ouvre donc pas droit à répétition de l'indu »²⁸².

Cette analyse n'a toutefois pas été suivie par la Cour administrative d'appel de Paris dans une autre affaire, où elle refusa de procéder à l'homologation d'une transaction au motif que l'action du titulaire était éteinte, faute pour lui d'avoir formulé une réclamation dans les conditions contractuelles²⁸³. Dans la lignée de l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris, un jugement du Tribunal administratif de Clermont-Ferrand admet la légalité du retrait d'une décision illégale dans la mesure où l'autre partie — un maître d'œuvre — avait formulé tardivement sa demande d'indemnisation²⁸⁴.

Ces solutions tendant à aligner l'ouverture des transactions administratives sur les règles de procédure administrative contentieuse sont assez convaincantes. L'équité y perd ce que la sécurité juridique y gagne. Cela correspond, en outre, à l'esprit de l'article 2052 du Code civil qui confère à la transaction les mêmes effets qu'au jugement²⁸⁵. Ce point n'est pas toutefois pas clairement tranché par la jurisprudence.

²⁸⁰ Ce constat fait écho à la considération plus générale selon laquelle, « Les droits dont dispose un homme ne sont en réalité que ceux qui se trouvent protégés par l'ouverture d'une action », exprimée par un magistrat anglais, Sir Nicholas Browe-Wilkinson et citée par A. Garapon, *Juger en Amérique et en France*, Paris, Odile Jacob, 2003, p. 60.

²⁸¹ TA Melun, 5 décembre 2003, *Ministère de la défense et société Miege et Pollet*, *BJDCP* 2004, n° 34, p. 321.

²⁸² R. ROUQUETTE, « IV. 600, Résolution amiable des litiges », *Droit des marchés publics et contrats publics spéciaux*, coll. Moniteur Référence, t. III, p. 13.

²⁸³ CAA Paris, 18 mai 2006, N° 03PA03626, *Société Imay Graphic*, *Contrats-marchés publics* 2006, comm. 219, obs. F. Llorens.

²⁸⁴ TA Clermont-Ferrand, 6 décembre 2007, *SA BI*, *CP-ACCP* 83/2008, p. 25, chron. L. Vidal.

²⁸⁵ Sur la portée de l'article 2052 du Code civil, v. partie I, titre II, chapitre II, section I, p. 235 et s.

La question se décline à propos de la possibilité de transiger alors qu'une instance juridictionnelle a été engagée. L'action en justice existe sans doute aucun et la requête a été déclarée recevable. La difficulté est de déterminer si une transaction est possible alors qu'une instance juridictionnelle est en cours et, plus précisément, à quel stade de la procédure. La jurisprudence s'est, cette fois, prononcée en termes précis.

Il a été jugé que la saisine du Tribunal administratif ne constitue en rien un obstacle à la conclusion d'une transaction²⁸⁶, pas plus que la saisine du Tribunal des conflits²⁸⁷. Mais qu'en est-il au niveau de la cassation, alors que les juges du fond se sont prononcés ? A supposer que litige existe toujours, les parties peuvent-elles en disposer et passer outre la solution rendue par les juges du fond pour transiger ?

Sur cette question, la jurisprudence opère une distinction entre les contentieux de l'excès de pouvoir et du plein contentieux. Dans le cadre du contentieux de l'excès de pouvoir, il n'est pas possible en principe pour les parties de renoncer au bénéfice de l'autorité de chose jugée qui présente un caractère absolu. C'est là une jurisprudence constante du Conseil d'Etat. Dans un arrêt de 1986, il pose un considérant de principe clair : « eu égard aux effets qui s'attachent à l'annulation pour excès de pouvoir d'un acte administratif, la circonstance que la personne qui a poursuivi et obtenu cette annulation déclare ultérieurement renoncer à se prévaloir du jugement intervenu est sans effet sur l'annulation prononcée qui ne peut être regardée comme ayant disparu du seul fait de cette renonciation »²⁸⁸. S'agissant précisément de la possibilité de renoncer au bénéfice de l'annulation d'un acte administratif dans le cadre d'une transaction, la Cour administrative d'appel de Bordeaux a eu l'occasion de rappeler clairement qu'une telle possibilité n'est pas ouverte aux parties²⁸⁹. De ce fait, une transaction ne saurait être envisagée une fois la décision des juges du fond rendue. Mais plus généralement, il faut préciser que, quel que soit le stade de la procédure juridictionnelle, le contentieux de l'annulation se trouve en principe exclu du champ de la transaction²⁹⁰. Le recours à la transaction est plus généralement ouvert pour le règlement des conséquences d'une annulation contentieuse.

²⁸⁶ « Trop souvent, pourtant, les collectivités considèrent qu'une action contentieuse est une "déclaration de guerre", qui exclut une solution amiable. Cette approche est regrettable : une transaction est tout aussi efficace, et opportune, voire mieux fondée, lorsque l'action contentieuse a permis de "cristalliser le débat" », explique Y. GOUTAL, « Conseils pour bien transiger », *AJCT* 2012, p. 241.

²⁸⁷ TC, 3 juin 1996, N° 02921, *Maison de retraite de Sommevoire*. Le Tribunal juge « dans ces conditions, il n'y a pas lieu pour le Tribunal des conflits de statuer sur la question de compétence posée par ledit jugement ».

²⁸⁸ CE, 19 décembre 1986, N° 66006, *Ministre de l'agriculture contre M. X*.

²⁸⁹ CAA Bordeaux, 6 novembre 2008, *Centre hospitalier Saint-Nicolas de Blaye*, *AJDA* 2009, p. 487, note J.-D. Dreyfus.

²⁹⁰ V. partie II, titre I, chapitre II, section I, § I, B, p. 418 et s.

Il en va tout autrement s'agissant du plein contentieux. Dans l'affaire qui opposait la société Krupp Hazemag à la Communauté de communes de Sarreguemines, le Conseil d'Etat a clarifié l'état du droit en la matière : quel que soit l'état de la procédure, le litige peut être réglé par une transaction²⁹¹.

Dans cette affaire, les parties au litige avaient conclu une transaction, alors que la Cour administrative d'appel avait déjà rendu sa décision et qu'un recours en cassation était formé. Elles demandèrent au Conseil d'Etat de procéder à l'homologation de l'accord trouvé. Pour ce faire, il fallait d'abord déterminer si le litige qui opposait les parties n'avait pas été éteint par l'arrêt de la Cour, et ensuite, si les parties étaient légalement en mesure de donner une autre solution au litige que celle rendue par les juges du fond. En d'autres termes, les parties pouvaient-elles encore disposer de leur litige ? Le Conseil d'Etat n'a pas vu d'obstacle de principe à ce que les parties transigent même au stade de la cassation. Il juge, d'une part, que tant qu'un recours juridictionnel est possible, le litige n'est pas clos. La contestation, indique le Commissaire du gouvernement B. Dacosta, est susceptible de se poursuivre en cassation, et ainsi l'arrêt d'appel, d'être annulé ou modifié²⁹². Certes, la décision rendue en appel est passée en force de chose jugée, transformant des prétentions en des droits, mais l'autorité attachée aux décisions rendues en matière de plein contentieux est relative et non absolue. En outre, un désistement suite à la conclusion d'une transaction, même au niveau de la cassation, est de nature à offrir aux parties un gain de temps et d'argent, participant ainsi à la bonne gestion des deniers publics, et aux juridictions, un allègement certain de leur rôle, contribuant par là même à l'amélioration du fonctionnement du service public de la justice.

Les parties ont donc bien la libre disposition de leur litige, de même que celle de la solution juridictionnelle qu'elles peuvent choisir de laisser de côté. Il reste que la transaction ne doit pas constituer une libéralité, la personne publique renonçant non à des prétentions, mais à des droits reconnus par une décision de justice. « La personne publique ne peut [...] renoncer librement à sa créance, sauf lorsqu'un texte l'y autorise, comme en matière fiscale ou douanière : en l'absence de telles dispositions, il faut à cette renonciation une contrepartie, ou au moins un motif d'intérêt général », indique B. Dacosta²⁹³. Le contenu des concessions

²⁹¹ CE, 11 juillet 2008, *Société Krupp Hazemag*, préc. Si l'arrêt apporte plusieurs précisions intéressantes concernant l'état du droit des transactions administratives, c'est ici sa contribution à la définition du droit de transiger qu'il faut considérer.

²⁹² B. Dacosta indique notamment dans ses conclusions : « A notre sens, la possibilité ouverte aux personnes publiques de transiger doit leur permettre le cas échéant, de donner au litige une autre solution que celle donnée, par les juges du fond, même lorsqu'une Cour administrative d'appel s'est prononcée, dès lors qu'il existe une possibilité que soit remise en cause par voie du pourvoi en cassation l'arrêt rendu », B. DACOSTA, « L'homologation d'une transaction en cassation », *RFDA* 2008, p. 956.

²⁹³ *Ibid.*

réciproques ne peut donc être disproportionné au regard de la créance telle que reconnue par les juges du fond.

La solution est résolument tournée vers l'encouragement de la transaction administrative. C'est là un parti pris de la part du Conseil d'Etat que préconisait le Commissaire du gouvernement : « Il convient de favoriser ce mode alternatif de règlement des litiges que constitue la transaction [...]. La transaction permet aux parties de terminer une contestation ; elles doivent être en mesure de terminer cette contestation sans être nécessairement liées par une décision juridictionnelle non irrévocable »²⁹⁴. Ainsi, la possibilité de transiger est assez largement ouverte pour les litiges administratifs²⁹⁵.

C. L'exigence d'un litige relevant de la juridiction administrative

Tandis qu'il précise le régime juridique de l'homologation des transactions dans l'avis *L'Hay-les-Roses*, le Conseil d'Etat lève les incertitudes relatives à la nature juridique des transactions impliquant des personnes publiques : une demande d'homologation peut être portée devant le juge administratif, à titre tout à fait exceptionnel, et « sous réserve que la transaction ait pour objet le règlement ou la prévention de litiges pour le jugement desquels la juridiction administrative serait compétente »²⁹⁶.

C'est ainsi que le Conseil d'Etat a posé le critère permettant de déterminer la nature juridique du contrat de transaction. Il ne s'agit pas d'un critère d'ordre organique, mais matériel, puisque reposant sur la nature du litige initial. Or, ce qui permet de déterminer la nature juridique du contrat de transaction est aussi un élément constitutif de la transaction administrative. On ne saurait qualifier comme tel un contrat qui n'aurait pas vocation à régler ou prévenir un litige « relevant de la compétence de la juridiction administrative ».

La formule utilisée par le Conseil d'Etat appelle quelques explications. Il convient en premier lieu de déterminer ce que signifie cette formule de litige « relevant de la juridiction administrative » (a), et de définir ensuite le champ de la transaction administrative au regard de celui de la compétence du juge administratif (b).

²⁹⁴ B. DACOSTA, « L'homologation d'une transaction en cassation », préc., p. 956.

²⁹⁵ Remarquable, la solution du Conseil d'Etat n'est cependant pas tout à fait originale. Ainsi, la Cour de cassation juge qu'une transaction pénale peut intervenir tant qu'une décision revêtue de la chose jugée n'a pas été rendue. V. Cass., crim., 14 février 1956, *Bull. crim.* n° 154 ; Cass. Crim. 3 octobre 1957, *Bull. crim.* n° 602 ; Cass. Crim. 12 février 1990, *Bull. crim.* n° 72. V. aussi, C. LANDAIS, F. LENICA, « Le régime de la transaction pénale », *AJDA* 2006, p. 2053.

²⁹⁶ CE, Ass., 6 décembre 2002, *Synd. Intercomm. des établissements du second cycle du second degré du district de L'Hay-les-Roses*, préc.

a. La correspondance entre litige administratif et litige relevant de la juridiction administrative

En 2002, le Conseil d'Etat avait à répondre à des questions très précises : les demandes d'homologation des transactions présentées devant le juge administratif sont-elles recevables et dans l'affirmative, pour quel type de transactions, le juge administratif est-il compétent ? C'est donc pour arrêter la compétence du juge administratif, intervenant ici dans un cadre gracieux, que le Conseil d'Etat a utilisé cette formule de « litige relevant de la juridiction administrative ».

La conclusion selon laquelle la transaction administrative règle un litige administratif est-elle alors exacte ? Autrement dit, tout litige relevant de la juridiction administrative est-il un litige administratif ?

En l'occurrence, la notion de « litige administratif » a fait l'objet de plusieurs analyses doctrinales, qui l'envisagent généralement pour délimiter le champ de la compétence du juge administratif²⁹⁷.

Certains auteurs assimilent litige administratif et compétence du juge administratif, les définissant l'un par rapport à l'autre. Le critère est juridictionnel, et conduit à regarder comme administratif tout litige porté devant la juridiction administrative. Encore faut-il identifier ce qui relève de la juridiction administrative. Pour Laferrière, « le contentieux administratif comprend l'ensemble des réclamations fondées sur un droit ou sur la loi, et qui ont pour objet, soit un acte de puissance publique émané de l'autorité administrative, soit un acte de gestion des services publics déferé à la juridiction administrative par des dispositions de lois générales ou spéciales »²⁹⁸.

Il est possible aussi de définir un litige administratif à partir de considérations organiques, c'est-à-dire comme un litige auquel une personne publique est partie. La notion de litige administratif transcende alors la répartition des compétences entre le juge judiciaire et le juge administratif, puisqu'un litige impliquant une personne publique est susceptible de relever de la compétence du juge judiciaire²⁹⁹. Cette conception du litige administratif est manifestement très large.

²⁹⁷ V. *Supra*, p. 63.

²⁹⁸ E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault et cie, 1887, t. I, p. 8.

²⁹⁹ La loi peut en avoir disposé ainsi, comme la loi du 31 décembre 1957, qui pose la compétence du juge judiciaire pour les accidents causés par les véhicules. Mais cette question se présente dans les mêmes termes, s'agissant de ce que recouvre

A l'inverse, le litige administratif peut être entendu comme mettant en cause le service public — compris au sens d'activité, de mission, et non d'institution³⁰⁰. Cette analyse présente aussi des limites, dès lors qu'il y a un éclatement du contentieux des services publics entre les deux ordres de juridiction, puisque certaines activités relèvent de la compétence du juge judiciaire et du droit commun, à l'instar de la gestion du domaine privé des collectivités territoriales ou de certains contentieux des services publics à caractère industriel et commercial. L'inconvénient de cette analyse est donc du même ordre que celui de la précédente reposant sur des considérations organiques. Dans les deux cas, la notion de litige administratif dépasse la dualité de juridiction.

Il existe aussi le critère matériel des prérogatives de puissance publique, un litige administratif résultant alors de la mise en œuvre de pouvoirs exorbitants du droit commun.

Enfin, des auteurs, à l'instar de Bonnard ou Auby, ont retenu plusieurs critères. Ainsi, pour le premier, « la notion [de contentieux administratif] peut s'établir de deux points de vue différents. On peut tenir compte soit des personnes qui sont parties à la contestation, soit des règles de droit qui sont en jeu dans la contestation »³⁰¹, et pour le second, il faut entendre par litige administratif, « d'une part, au point de vue organique, celui dans lequel une personne publique est partie, réserve faite du cas où le litige concerne une activité non administrative, d'autre part, au point de vue matériel, celui qui concerne une activité administrative, quelles que soient les parties au litige »³⁰².

Derrière l'expression de litige administratif, apparaît le spectre d'une problématique ancienne et récurrente consistant à déterminer quel critère permet de rendre compte du champ du droit administratif et par suite de la compétence du juge administratif.

Pour ce qui concerne l'objet de cette étude, il importe de préciser que la situation prétransactionnelle en droit administratif nécessite un litige administratif au sens de litige relevant de la compétence de la juridiction administrative sous réserve de dispositifs législatifs. Litige administratif et litige relevant de la compétence du juge administratif sont

le droit administratif : s'agit-il de l'ensemble des règles applicables à l'administration ou des règles exorbitantes du droit commun régissant l'administration ?

³⁰⁰ Pour Appleton, le contentieux administratif est « l'ensemble des litiges intéressant les services publics, ou plus largement ceux concernant les activités administratives », J. APPLETON, *Traité élémentaire de contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 1927, n° 1. V. aussi Hauriou, pour qui le terme de contentieux administratif, compris comme « substantif », est « l'ensemble des règles relatives aux litiges organisés que suscite l'activité des administrations publiques, quelles que soient par ailleurs les juridictions devant lesquelles les litiges sont portés », M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Sirey, 12^e éd., 1933, p. 394.

³⁰¹ R. BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, Paris, Delagrave, coll. Bibliothèque de l'Institut international de droit public, 1934, p. 26.

³⁰² J.-M. AUBY, R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, Paris, LGDJ, 1975, t. I, p. 15.

entendus ici comme équivalents, la difficulté étant alors d'identifier ce qu'est un litige relevant de la compétence de la juridiction administrative.

b. La détermination du champ de la transaction administrative

La reconnaissance par l'avis *L'Hay-les-Roses* d'une transaction spécifique aux litiges administratifs fait naître une transaction administrative à côté de la transaction de droit privé, ayant pour objet le règlement des litiges d'ordre privé, de la transaction pénale, pour les litiges opposant l'administration et les auteurs d'une infraction, et la transaction fiscale, pour les litiges opposant l'administration fiscale et les contribuables³⁰³.

Il convient de suppléer à l'imprécision de l'avis *L'Hay-les-Roses* : toute transaction sur un litige relevant du juge administratif n'est pas nécessairement une transaction administrative. On sait que pour le contentieux fiscal, pourtant soumis en partie à la compétence de la juridiction administrative, une transaction particulière, la transaction fiscale, a été instaurée par le Livre des procédures fiscales³⁰⁴. Dès lors, il faut écarter du champ de la transaction administrative ce type de contentieux et ainsi préciser l'avis de 2002 : la transaction administrative a pour objet de régler des litiges qui auraient relevé du juge administratif, exception faite de ceux concernés par des dispositifs spécifiques.

A partir de là, il reste à délimiter la compétence du juge administratif, ce qui permet de définir les litiges administratifs susceptibles de faire l'objet d'une transaction administrative. L'opération est délicate, car les règles de répartition des compétences juridictionnelles reposent sur plusieurs données. En effet, la qualité des parties ne permet pas à elle seule de déterminer le juge compétent pour un litige précis : « cette *summa divisio* [la dualité de juridictions en droit français] pourrait signifier que les litiges concernant les particuliers relèvent exclusivement de la juridiction de l'ordre judiciaire tandis que les litiges entre personnes publiques et particuliers relèvent exclusivement eux aussi des juridictions administratives »³⁰⁵, mais « une telle séparation absolue serait difficilement concevable et l'évolution qui s'est produite depuis l'époque révolutionnaire montre que les interférences

³⁰³ Sur la délimitation de la transaction administrative par rapport aux autres transactions, v. introduction, p. 37 et s.

³⁰⁴ LPF, art. L. 247 et s. V. sur ce point, *Supra*, p. 40.

³⁰⁵ J.-M. AUBY, R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, préc. t. I, p. 111.

sont fréquentes et qu'aujourd'hui l'administration est fréquemment jugée par les tribunaux de l'ordre judiciaire », observaient J.-M. Auby et R. Drago³⁰⁶.

Un double mouvement s'est en effet opéré, depuis le début du XX^e siècle, faisant définitivement obstacle à toute répartition des compétences sur des considérations exclusivement organiques. Il a été admis, d'une part, que les personnes privées puissent assurer des missions de service public³⁰⁷ et, d'autre part, que les personnes publiques pénètrent dans la sphère du droit privé, en exerçant des activités relevant majoritairement de ce droit et de la compétence du juge judiciaire, à l'instar de la gestion des services publics à caractère industriel et commercial et de la gestion du domaine privé des collectivités.

L'article 34 de l'actuelle Constitution confie au législateur la définition des règles de répartition des compétences juridictionnelles, sous réserve de la compétence constitutionnellement protégée de la juridiction administrative. La décision du 23 juillet 1987 du Conseil constitutionnel a, en effet, consacré un domaine de compétence exclusivement réservé au juge administratif³⁰⁸. S'il est dénié toute valeur constitutionnelle au principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires, il est reconnu que, conformément à « la conception française de séparation des pouvoirs »³⁰⁹, figure au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République le principe en vertu duquel « à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative, l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle »³¹⁰.

Toutefois, l'incidence de cette décision sur les règles de répartition des compétences ne doit pas être surestimée. Comme l'a signifié R. Chapus, il faut comprendre cette décision « comme conférant une valeur constitutionnelle à la fonction que remplit la juridiction

³⁰⁶ *Ibid.*

³⁰⁷ Assez rare au XIX^e siècle, avec la concession, le recours aux personnes privées pour assurer des missions de service public va se généraliser au XX^e siècle, et ce, même pour les services publics administratifs. La jurisprudence participe de ce mouvement, en reconnaissant à certaines structures de droit privé le bénéfice de prérogatives exorbitantes du droit commun (CE, 20 décembre 1935, *Etablissements Vézia*, RDP 1936, p. 119), puis en les qualifiant d'« organismes chargés de l'exécution d'un service public » (CE, 13 mai 1938, *Caisse primaire aide et protection*, *Leb.*, p. 417) et enfin, en leur accordant le pouvoir de prendre des actes administratifs (CE, 31 juillet 1942, *Monpeurt*, *Leb.*, p. 239 ; CE, 13 janvier 1961, *Magnier*, *Leb.*, p. 33).

³⁰⁸ CC, 23 juillet 1987, *Conseil de la Concurrence*, n° 86-224 DC, AJDA 1987, p. 345, note J. Chevallier, D. 1988, jurispr. p. 117, note F. Luchaire, JCP G 1987, II, 20854, note J.-F. Sestier ; *Rev. adm.* 1988, p. 29, note J.-M. Sorel ; RDP 1987, p. 1341, note Y. Gaudemet ; RFDA 1987, p. 287, notes B. Genevois et L. Favoreu.

³⁰⁹ *Ibid.*

³¹⁰ *Ibid.*

administrative en matière de contrôle de légalité de l'action administrative [...] »³¹¹. Ladite décision n'a pas pour effet de fixer un cadre général de la répartition des compétences, et se contente de délimiter « un minimum garanti de contentieux au profit du juge administratif »³¹².

Le même constat s'impose à propos de la loi des 16-24 août 1790 et du décret du 16 fructidor an III, qui se bornent à énoncer des domaines dans lesquels le juge judiciaire ne peut intervenir.

Plusieurs classifications des règles de répartition des compétences juridictionnelles ont été établies. Si intéressantes et rigoureuses soient-elles, il ne s'agit pas ici de les évoquer, et il ne serait pas davantage pertinent de procéder par énumération ou d'envisager pour chaque type de litige, la juridiction compétente. Cette méthode qui aurait l'avantage de la précision, serait relativement fastidieuse et sans doute vaine, faute de pouvoir envisager tous les litiges susceptibles de se présenter. Plus raisonnablement, il convient de rappeler que les règles de répartition des compétences sont fixées par la loi et la jurisprudence à partir de considérations non exclusivement organiques.

En matière de litiges contractuels, différentes lois consacrent la compétence du juge administratif, et ce, quelles que soient les parties au litige³¹³. C'est le cas de l'article L. 2331-1 du Code général de la propriété des personnes publiques³¹⁴, ou encore de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics³¹⁵. Quant aux litiges extracontractuels, le législateur a consacré la compétence du juge judiciaire pour certains litiges qui impliquent l'administration, à l'instar des règles de responsabilité du

³¹¹ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit public, 13^e éd., 2008, n° 167.

³¹² J.-F. BRISSON, A. ROUYERE, *Droit administratif*, Paris, Montchrestien, coll. Pages d'amphi, 2004, p. 141. Ces auteurs précisent aussi que « le critère de la compétence constitutionnellement réservée au juge administratif par la décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987 n'est pas la prérogative de puissance publique en général, mais seulement l'une de ses traductions à travers l'acte administratif unilatéral quand il émane de personnes publiques ».

³¹³ Le législateur a deux possibilités : soit il attribue compétence à l'un des deux ordres juridictionnels pour connaître d'un litige consécutif à un certain type de contrat, soit il qualifie directement un certain type de contrat de contrat administratif. La méthode diffère, mais l'effet est le même dans les deux cas.

³¹⁴ Aux termes de cet article, qui codifie le décret-loi du 17 juin 1938 : « sont portés devant la juridiction administrative les litiges relatifs : 1° Aux autorisations ou contrats comportant occupation du domaine public, quelle que soit leur forme ou leur dénomination, accordées ou conclus par les personnes publiques ou leurs concessionnaires [...] ».

³¹⁵ L'article 1^{er} de ladite ordonnance – qui s'inscrit dans la continuité de la loi du 28 pluviôse an VIII – dispose ainsi que « Les contrats de concession de travaux publics sont des contrats administratifs dont l'objet est de faire réaliser tous travaux de bâtiment ou de génie civil par un concessionnaire dont la rémunération consiste soit dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit de ce droit assorti d'un prix ». Le caractère attractif de la notion de travail public n'est sans doute pas indifférent, ici.

fait des fautes commises par les membres de l'enseignement public³¹⁶ — le juge judiciaire est compétent, que la faute soit personnelle ou de service — ou de celles relatives à la responsabilité du fait des accidents causés par des véhicules résultant de la loi du 31 décembre 1957³¹⁷. Les lois du 9 septembre 1986 et du 31 décembre 1991 pourraient également être citées³¹⁸.

En matière de répartition des compétences juridictionnelles, les règles sont surtout d'origine jurisprudentielle — émanant du Conseil d'Etat, du Tribunal des conflits et de la Cour de cassation — et reposent sur plusieurs considérations : la nature des parties en présence, l'usage de prérogatives de puissance publique, la prise en charge d'un service public.

La distinction entre personnes morales de droit public et personnes privées contribue à délimiter le champ de compétence du juge administratif, même si elle est insuffisante à elle seule, les personnes privées pouvant aussi assurer une mission de service public et disposer de prérogatives de puissance publique, et ainsi relever du juge administratif en cas de contentieux. La distinction entre les services publics est aussi un élément de répartition des compétences juridictionnelles : si le contentieux des services publics administratifs est porté à la compétence du juge administratif, celui des services publics à caractère industriel et commercial relève, en grande partie, du juge judiciaire.

C'est pourquoi la doctrine a échoué dans ses tentatives en vue de dégager un critère unique permettant de rendre compte du champ de compétence du juge administratif. Il semble qu'un critère unique soit insuffisant. A titre d'exemple, on peut citer la distinction qui a été élaborée entre les actes se rattachant à l'exercice de la puissance publique, actes d'autorité, et les actes de gestion à caractère patrimonial, accomplis par l'administration pour satisfaire ses intérêts³¹⁹. Seuls les premiers relèvent de la compétence du juge administratif³²⁰. De même, la

³¹⁶ C. de l'Education, art. L. 911-4, codifiant la loi du 5 avril 1937 et modifié par l'article 15 de la loi du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures.

³¹⁷ L. du 31 décembre 1957 attribuant compétence aux tribunaux judiciaires pour statuer sur les actions en responsabilité des dommages causés par tout véhicule et dirigées contre une personne de droit public.

³¹⁸ La loi du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme instaure un fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme et autres infractions. Les indemnités sont attribuées par des commissions instituées auprès des Tribunaux de grande instance intervenant en qualité de juridiction civile statuant en premier et dernier ressort. La loi du 31 décembre 1991 a également mis en place un fonds d'indemnisation, à l'intention cette fois, des personnes atteintes de sida post-transfusionnels. Les décisions d'indemnisation sont prises par la commission d'indemnisation du fonds et peuvent faire l'objet d'un recours devant le Cour d'appel de Paris. La loi permet aussi aux victimes d'agir en réparation selon les règles du droit commun devant le juge administratif ou le juge judiciaire, selon le statut juridique de l'établissement à l'origine du dommage.

³¹⁹ On se souvient des querelles qui ont longtemps animé la doctrine, et qui trouvent encore des échos aujourd'hui. Duguit et l'Ecole du service public défendaient la notion de service public comme critère de compétence du juge administratif, tandis que Hauriou et l'Ecole de la puissance publique retenaient la notion de prérogative de puissance publique. V. R. CHAPUS, « Le service public et la puissance publique », *RDP* 1968, p. 235 et s. ; P. AMSELEK, « Le service public et la

jurisprudence a admis que le contentieux de certaines personnes privées soit porté devant le juge administratif, soit parce qu'elles ne sont que « le déguisement d'une personne publique »³²¹, soit parce qu'« elles se comportent en personnes publiques »³²².

Ainsi, si des litiges opposant deux personnes privées sont susceptibles de relever de la compétence du juge administratif et, inversement, des litiges opposant deux personnes publiques, relever de la compétence du juge judiciaire, alors une transaction conclue entre deux personnes privées peut être qualifiée de transaction administrative et une transaction conclue entre deux personnes publiques, qualifiée de transaction de droit privé.

La question de la nature du litige comme élément constitutif de la transaction administrative est évidemment intimement liée à celle de la nature juridique du contrat de transaction administrative, la première déterminant la seconde. De la nature du litige en cause dépend en effet la qualification de la transaction comme contrat administratif.

SECTION II. LE REGLEMENT DES LITIGES ADMINISTRATIFS, CRITERE DE LA NATURE JURIDIQUE DE LA TRANSACTION ADMINISTRATIVE

Comme pour tout contrat, la qualification du contrat transactionnel est essentielle, puisqu'elle détermine à la fois le droit applicable et le juge compétent pour connaître d'un éventuel contentieux ou d'une toute aussi éventuelle demande d'homologation, particularité de ce type de contrat.

En l'occurrence, cette qualification dépend de la nature du litige initial : si le contrat règle un litige relevant de la juridiction administrative, alors il sera qualifié de transaction administrative. Ce critère de qualification exclusivement matériel admis (§I), il convient d'examiner ce qu'il reste des considérations organiques tenant à la nature des parties en cause dans le traitement juridique des transactions (§II).

puissance publique. Réflexions autour d'une étude récente », *AJDA* 1968, p. 492 et s. ; T. FORTSAKIS, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 152, 1987.

³²⁰ On sait que tout litige ayant trait à la gestion des biens du domaine privé des collectivités est soumis au juge judiciaire, comme pour tout litige d'un propriétaire particulier.

³²¹ D. CHABANOL, *La pratique du contentieux administratif*, Paris, Lexis-nexis, coll. Droit & Professionnels Procédures, 11^e éd., 2015, n° 31.

³²² *Ibid*, n° 34.

§I. LE CRITERE DE LA NATURE DU LITIGE DANS LA QUALIFICATION DES TRANSACTIONS

L'originalité de l'objet du contrat transactionnel commande un critère de qualification particulier. Rompant avec les critères anciennement utilisés (A), le Conseil d'Etat a retenu celui de la nature du litige initial : l'objet de la transaction étant de prévenir ou de terminer un litige, sa qualification doit dépendre de la nature du litige en cause (B).

A. Les anciens critères de qualification

Jusqu'à l'avis *L'Hay-les-Roses*, la nature juridique des contrats transactionnels était incertaine, et le fait même qu'ils puissent relever du droit administratif n'était pas évident. De la première grille d'analyse à l'évocation du critère de la nature du litige, l'état du droit a connu plusieurs évolutions, souvent insuffisantes et toujours incertaines.

Pendant longtemps, la jurisprudence et la doctrine se sont accordées à juger que les transactions conclues par les personnes publiques constituaient des contrats de droit privé soumis à la compétence du juge judiciaire³²³.

Cette solution reposait en premier lieu sur la considération, quelque peu insuffisante, que ce contrat était défini et réglementé par le Code civil. Comme il a été signalé, « le critère légal tiré de la définition d'un contrat par le droit privé n'est pas nécessairement opérant [...] ». L'autonomie du droit administratif est telle qu'il est fréquent que le juge administratif se soit inspiré du droit privé pour élaborer sa propre jurisprudence [...] »³²⁴. En second lieu, il était avancé que les transactions conclues par les personnes publiques concernaient essentiellement « la gestion patrimoniale de l'administration »³²⁵.

³²³ Plusieurs arrêts qui remontent au XIX^e siècle peuvent être cités sur ce point. Des arrêts du Conseil d'Etat : CE, 15 février 1833, *Commune de Saint-Pierre-en-Val*, S. 1834 II 500 ; CE, 21 novembre 1834, *Commune de Trois-Serens*, S. 1835 II 497 ; CE, 20 juillet 1850, *Commune de Languinet*, S. 1851 II 58 ; CE, 6 juillet 1877, *Commune de l'Etang-Vergy*, Leb. p. 666 ; CE, 7 mai 1897, *Commune de la Bouresse*, S. 1899 III 51. Du Tribunal des conflits : TC, 11 juillet 1908, *Caisse d'Epargne de Caen*, S. 1910 III 154. Et de la Cour de cassation : Cass., civ., 31 janvier 1837, S. 1837 I 897 ; 13 mai 1872, S. 1872 I 405 ; Cass., 30 juin 1875, S. 1876 I 423 ; Cass., 21 janvier 1895, D. 1896 I 111 ; Cass., 12 mai 1924, S. 1924 I 32.

³²⁴ A. NOURY, « Les alternatives au règlement par les juridictions étatiques des litiges intéressant l'administration », préc., p. 94.

³²⁵ La formule est ici empruntée à J.-M. AUBY, « La transaction en matière administrative », préc., p. 4.

Le contentieux des transactions administratives était soumis à un partage des compétences entre les deux ordres de juridiction que J.-M. Auby est parvenu à systématiser. Cette répartition s'organisait, semble-t-il, ainsi : « Lorsque le litige porte uniquement sur la transaction (validité et exécution), le juge judiciaire est compétent, sauf si la transaction par son lien étroit avec un contrat administratif, peut être considérée comme revêtant le même caractère que celui-ci »³²⁶ ; à l'inverse, « lorsque la transaction est invoquée à titre d'exception dans un litige dont le juge administratif est compétemment saisi, il peut en apprécier la validité et la portée et rechercher, si elle met obstacle à l'exercice du recours »³²⁷. La transaction présentant donc le caractère d'un contrat de droit privé, le juge judiciaire était, en principe, compétent en cas de litige, sauf pour les transactions ayant trait à un litige de travaux publics ou mises en cause, à titre exceptionnel, dans un litige ressortant de la pleine compétence du juge administratif.

Il a été, en effet, reconnu de longue date, conformément à la loi du 28 pluviôse an VIII, que seul le juge administratif est compétent pour connaître des litiges en matière de travaux publics. Le caractère attractif de cette notion joue en faveur de la compétence du juge administratif, si bien que la transaction se rattachant à une telle opération n'est plus qualifiée de contrat de droit privé, mais de contrat administratif, et relève, à ce titre, de la compétence du juge administratif qu'il s'agisse d'en interpréter le contenu, d'en apprécier la régularité, ou encore de trancher les litiges relatifs à leur exécution³²⁸. Une nuance doit être apportée, puisque la Cour de cassation a d'abord cherché à limiter la compétence de la juridiction administrative pour statuer sur les litiges relatifs à des transactions sur des marchés de travaux publics, en refusant de l'étendre aux dommages extracontractuels de travaux publics³²⁹, solution admise également par le Conseil d'Etat³³⁰.

De même, il a été assez tôt jugé qu'il appartenait au juge administratif, dans le cadre d'une action en responsabilité, d'apprécier la validité et la portée de la renonciation à son

³²⁶ *Ibid.*

³²⁷ *Ibid.*

³²⁸ V. les arrêts du Conseil d'Etat : CE, 9 mai 1884, *Ville de Nîmes, Leb.*, p. 365 ; CE, 3 décembre 1897, *Bord, Leb.*, p. 753 ; CE, 27 janvier 1899, *Dinet et Monmerqué, Leb.*, p. 62 ; CE, 3 août 1910, *Sté Gille, Brahic et Thomas, Leb.*, p. 687 ; CE, 27 novembre 1912, *Oranie, Leb.*, p. 1105 ; CE, 16 février 1919, *Ville de Nanterre, Leb.*, p. 165 ; CE, 23 juillet 1919, *Delchaux, Leb.*, p. 661 ; CE, 29 mars 1939, *Ville de Saint-Jean-de-Luz, Leb.*, p. 241. La compétence du juge administratif pour connaître des litiges nés à la suite de transactions conclues en matière de marchés de travaux publics est rappelée dans l'arrêt CE, 23 octobre 1970, *Sieur Clot et Sté Oréfice, Leb.*, p. 617 : « les travaux exécutés sous la direction des architectes Clot et Leonard par les entreprises Oréfice et Herbert ont été entrepris sous le régime institué par l'ordonnance du 8 septembre 1945 ; qu'ils ont le caractère de travaux publics ; que les litiges résultant de leur exécution relèvent de la compétence de la juridiction administrative ; que le "protocole" sur lequel les premiers juges ont fondé leur décision constitue une convention passée entre architectes et entrepreneurs pour régler de tels litiges et qu'il appartient, dès lors, à la juridiction administrative d'en déterminer la portée et d'en interpréter les termes ».

³²⁹ Cass. civ., 12 mai 1924, *S.* 1924, I, 362.

³³⁰ CE, 7 mai 1897, *Cimestière, Leb.*, p. 345. Le Conseil d'Etat y rappelle expressément que « la transaction constitue un contrat de droit civil, que dès lors l'autorité judiciaire est seule compétente pour se prononcer sur sa validité ».

droit au recours contre une indemnité effectuée par un administré qui, malgré la conclusion de la transaction, saisit le juge administratif³³¹.

La question de la nature juridique d'une transaction impliquant au moins une personne publique s'est ensuite posée en des termes différents. Plus exactement, les critères de détermination de la nature juridique de ce type de contrat ont évolué. Aux motifs initiaux conduisant à regarder les transactions des personnes publiques comme des contrats de droit privé, ont été substitués les critères d'identification des contrats administratifs³³².

Ces critères ont été développés par la jurisprudence, au cours du XX^e siècle, pour les contrats conclus par au moins une personne publique et n'ayant pas fait l'objet d'une qualification législative. Il s'agit de la présence de clauses exorbitantes du droit commun ou d'un « lien fort »³³³ avec l'exécution d'un service public, critères tous deux d'ordre matériel. La clause exorbitante de droit commun est, en principe, celle qui ne se retrouve pas dans les contrats passés entre particuliers, soit parce qu'elle serait illégale, soit parce qu'elle serait contraire à l'égalité entre les parties, qui doit prévaloir dans les contrats de droit privé³³⁴. L'inégalité entre les parties est donc la marque des contrats administratifs, du moins de certains types de contrats administratifs.

Par ailleurs, un contrat présentant « un lien suffisamment fort »³³⁵ avec le service public sera qualifié d'administratif³³⁶. Ce critère renvoie à plusieurs hypothèses consacrées

³³¹ CE, 17 mars 1937, *Ghezala ben Omar, Leb.*, p. 350.

³³² On peut, à cet égard, noter que les difficultés tenant à l'identification des contrats des personnes publiques ne sont pas propres aux transactions. Comme le souligne A. HASTINGS-MARCHANDIER, dans son article « Les contrats de droit privé des personnes publiques et la liberté contractuelle », *AJDA* 1998, p. 683, « la délimitation des deux catégories contractuelles des personnes publiques, contrats administratifs et contrats de droit privé, est à la fois floue, fluctuante et incertaine. Elle est floue parce que le législateur ne procède que ponctuellement à des qualifications expresses et impératives des contrats. Elle est dès lors fluctuante parce qu'elle repose de façon complémentaire sur les critères mis en œuvre par la jurisprudence et intégrant des éléments aléatoires de qualification. Elle est enfin incertaine car elle n'est jamais à l'abri de revirements jurisprudentiels ».

³³³ La formule est empruntée à L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, préc., n° 159.

³³⁴ Ce critère de la clause exorbitante de droit commun a été expressément consacré par le Conseil d'Etat, dans l'arrêt *Société des Granits Porphyroïdes des Vosges*, du 31 juillet 1912, *RDP* 1914, p. 145, note G. Jèze. Comme le note L. RICHER dans son manuel, *Droit des contrats administratifs*, préc., n° 154, c'est « l'idée de normalité [qui] est à la base des solutions jurisprudentielles : la clause exorbitante est celle qui ne se trouve pas dans un contrat de droit privé. Elle ne peut pas s'y trouver normalement parce qu'elle y serait illégale. [...] La plupart du temps, la clause exorbitante est une clause qui est soit impossible, soit inusuelle dans les relations entre particuliers. Impossibles sont les clauses qui prévoient l'exercice par la partie publique de pouvoirs sans équivalent en droit privé (état exécutoire, engagement à ne pas donner autorisation à des tiers, etc.). Inusuelles sont les clauses qui instaurent une inégalité marquée entre les parties (pouvoir de contrôle, droit d'utilisation de locaux, etc.) ». Il ne fait cependant pas l'objet d'une définition absolue. V., notamment, G. VEDEL, « Remarques sur la notion de clause exorbitante », *L'évolution du droit public : études en l'honneur d'Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1956, p. 559, J. LAMARQUE, « Le déclin du critère de la clause exorbitante », *Le juge et le droit public : Mélanges offerts à Marcel Waline*, Paris, LGDJ, 1974, p. 497.

³³⁵ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, préc., n° 159.

³³⁶ Ce critère a été consacré par le Conseil d'Etat, dans les arrêts rendus le 20 avril 1956, *Epoux Bertin et Consorts Grimouard, Leb.*, p. 167-168, *AJDA* 1956, p. 272, concl. Long, p. 221, chron. Fournier et Braibant, *RDP* 1956, p. 869, note M. Waline, *D.* 1956, p. 433, note A. de Laubadère, *Rev. Administrative* 1956, p. 496, note Liet-Veaux.

par la jurisprudence : le contrat constitue l'exécution même du service public³³⁷, il permet de procurer des moyens aux services — achats de matériels, construction, etc. — et de faire participer à l'exécution du service public³³⁸, il confie l'exécution même du service³³⁹, ou encore l'organise³⁴⁰.

En l'absence de l'un ou de l'autre de ces critères, le contrat conclu par une personne publique est réputé relever du droit privé et de la compétence du juge judiciaire. Or, ces critères furent appliqués aux transactions qui, par leur nature même, ne répondent à aucun d'eux.

Il serait, en effet, contraire à l'esprit de la transaction qu'elle contienne des clauses exorbitantes du droit commun réservant des pouvoirs spéciaux à la personne publique au détriment de son cocontractant. Au contraire, les parties doivent pouvoir transiger sur un pied d'égalité. Rien, par ailleurs, ne justifie la reconnaissance au profit des personnes publiques de pouvoirs spéciaux, comme ceux permettant de résilier ou de modifier unilatéralement un contrat. Certes, les transactions des personnes publiques répondent à l'intérêt général, mais au même titre que celles des personnes privées, en tant qu'instrument de paix sociale.

Quant au lien avec l'exécution d'un service public, s'il peut effectivement être identifié, c'est au terme d'une appréciation très large. En aucun cas, les transactions ne participent directement à l'exécution du service public. Ce n'est pas leur objet. Ainsi, les transactions des personnes publiques ne pouvaient que relever du droit privé.

Dès lors, cette analyse n'était guère satisfaisante. C'était méconnaître l'objet particulier des transactions, même conclues par des personnes publiques, que de les soumettre aux mêmes critères que ceux des contrats administratifs, qui visent à assurer la bonne marche des services publics et plus généralement de l'administration. Il y a une différence d'objet, et partant, de nature entre ces contrats et la transaction. Si les premiers s'inscrivent dans une situation juridique que l'on pourrait qualifier d'initiale — fournir l'administration en services, biens, travaux, déléguer l'exécution d'un service public, etc. —, les secondes règlent des

³³⁷ V. notamment, CE, 20 avril 1956, *Ministre de l'agriculture contre consorts Grimouard*, préc.

³³⁸ TC, 25 mars 1996, *Préfet de la région Rhône-Alpes contre Conseil prud'hommes de Lyon-Berkani*, RFDA 1996, p. 808, concl. Martin.

³³⁹ V. notamment, CE, 20 avril 1956, *Epoux Bertin.*, préc.

³⁴⁰ Les contrats organisant les services publics constituent une nouvelle forme de lien avec le service public. Ils participent à l'organisation du service public, et sont des actes d'organisation du service public. A à ce titre, ils sont soumis au droit public. CE, 14 janvier 1998, *Syndicat national du personnel des affaires sanitaires et sociales FO*, LPA 18 décembre 1998, n° 151, p. 20.

situations juridiques litigieuses dérivées des situations juridiques initiales. Les transactions sont donc intimement liées au litige à régler.

Cette particularité de l'objet des transactions s'est progressivement imposée dans la détermination de la nature juridique de ce type de contrats.

Déjà en 1956, J.-M. Auby regrettait que « la solution assurément logique », consistant à « considérer que la transaction revêt un caractère administratif ou civil selon que le litige qu'elle prévient ou auquel elle met fin relève des juridictions administratives ou judiciaires », ne soit pas consacrée par la jurisprudence³⁴¹. L'idée de la qualification juridique des transactions en fonction de la nature du litige était donc déjà posée. Elle fut ensuite développée par la doctrine qui a proposé de faire de la nature juridique du litige initial, le véritable critère de distinction entre les transactions des personnes publiques relevant du droit privé et celles relevant du droit public.

La jurisprudence ne fut pas non plus indifférente à ce critère, que l'on retrouve à la base de décisions admettant la compétence du juge administratif pour les contentieux nés de l'exécution d'une transaction, en témoigne l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat, le 5 mai 1971, *Ville de Carpentras contre Sieur Delhomme*³⁴².

La Haute juridiction avait été saisie d'un recours relatif à l'exécution d'une transaction concernant un dommage extracontractuel de travaux publics³⁴³. Alors que ce contentieux relevait jusque-là du juge judiciaire, le Conseil d'Etat opère un revirement de jurisprudence en se reconnaissant implicitement compétent. Il choisit, en effet, de ne pas soulever d'office le moyen d'ordre public tiré de l'incompétence de la juridiction administrative, et d'examiner directement le bien-fondé de la demande. Comme le signalent MM. Labetoulle et Cabanes, « en statuant au fond, le Conseil d'Etat l'a [la question de la compétence juridictionnelle] implicitement mais nécessairement tranchée dans le sens de la compétence de la juridiction

³⁴¹ J.-M. AUBY, « La transaction en matière administrative », préc., p. 4.

³⁴² CE, 5 mai 1971, *Ville de Carpentras contre Sieur Delhomme*, AJDA 1971, p. 415, chron. D. Labetoulle et P. Cabanes.

³⁴³ Les faits étaient les suivants : des travaux publics concernant l'alimentation en eau menés par la municipalité de Carpentras ayant causé un dommage à la propriété de M. Delhomme, pépiniériste, une transaction fut conclue le 25 septembre 1965 pour réparer le préjudice subi. Aux termes de cet accord, la ville s'engageait à rétablir l'alimentation en eau à partir du 31 mars 1966. Or, les travaux prévus n'ayant commencé que le 31 mars 1966 pour durer plusieurs mois, le particulier a porté un recours devant la juridiction administrative afin d'engager la responsabilité contractuelle de la commune. Le Tribunal administratif de Marseille a admis le recours et condamné ladite commune à payer à la victime du dommage, une somme de 41 850 francs en réparation du préjudice subi du fait d'une exécution incomplète et tardive des engagements pris par la ville. Celle-ci a fait appel devant le Conseil d'Etat, qui rejette le recours.

administrative »³⁴⁴. « Implicitement », car « fidèle à ses habitudes, le Conseil d'Etat n'a pas motivé sa réponse à une question qui ne lui avait pas été soumise par les parties »³⁴⁵.

Naturellement, s'est posée la question de la portée de cette solution — consistant à retenir la compétence du juge administratif pour un litige relatif à l'exécution d'une transaction passée en matière de dommages extracontractuels, eu égard au critère de la nature du litige initial : était-elle limitée à ce qui a trait aux travaux publics, s'expliquant uniquement par le caractère attractif de la notion de travaux publics, ou devait-elle être généralisée, et ce faisant, consacrer le critère de la nature juridique du litige initial pour déterminer la nature juridique des transactions conclues par les personnes publiques ?

Cette dernière solution est envisagée par MM. Labetoulle et Cabanes, qui analysent l'arrêt *Ville de Carpentras contre sieur Delhomme* à la lumière de l'arrêt *Mergui* rendu la même année. Il y aurait une contradiction à admettre l'homologation par le juge administratif des transactions conclues en cours d'instance et la possibilité de recourir aux contrats judiciaires³⁴⁶ et à limiter la compétence de ce même juge pour connaître du contentieux de l'exécution des transactions conclues par une personne publique, venant éventuellement régler des litiges qui auraient relevé de sa compétence. Il restait à la jurisprudence de préciser la portée du critère du litige initial pour déterminer la nature juridique d'une transaction, et consécutivement, la compétence juridictionnelle pour connaître des litiges y ayant trait.

Or, ce critère n'était ni unanimement admis, ni systématiquement appliqué. Le Conseil d'Etat ne l'évoquait d'ailleurs pas dans son rapport de 1993, s'en tenant à l'analyse plus classique faisant des transactions des personnes publiques des contrats de droit privé. Il affirmait de manière péremptoire et laconique qu'il s'agissait d'« un contrat civil ; sauf exception, son contentieux relève donc des juridictions judiciaires »³⁴⁷. Curieusement, il ne prenait pas soin d'expliquer cette position. Sans doute était-il influencé par les critères traditionnellement évoqués en la matière.

³⁴⁴ D. LABETOULLE, P. CABANES, chron. sous CE, 5 mai 1971, *Ville de Carpentras contre Sieur Delhomme*, préc., p. 404.

³⁴⁵ *Ibid.*

³⁴⁶ Dans l'arrêt *Mergui*, il s'agissait plus exactement d'un contrat judiciaire, mais « la différence n'est pas considérable : pour l'essentiel, la transaction est normalement conclue avant toute saisine d'un juge, tandis que le contrat judiciaire intervient après le début d'une procédure. Y a-t-il vraiment là de quoi justifier deux solutions distinctes ? », signalent MM. Labetoulle et Cabanes, qui se demandent aussi « pourquoi l'intervention d'une transaction entraînerait-elle un transfert de compétence qui ne résulterait pas d'un contrat judiciaire ? », chron. sous CE, 5 mai 1971, *Ville de Carpentras contre Sieur Delhomme*, préc., p. 404. Sur la définition du contrat judiciaire, v. présente partie, pp. 286-287.

³⁴⁷ *Régler autrement les conflits*, préc., p. 61.

A l'exception de certaines transactions conclues pour régler des litiges ayant trait à des « activités spécifiquement publiques »³⁴⁸, absorbées en quelque sorte par le litige initial, comme les travaux publics, la nature juridique des transactions restait incertaine, et avec elle le droit applicable et la compétence juridictionnelle. Ces incertitudes n'étaient évidemment pas satisfaisantes, ni du point de vue de la rigueur juridique, ni de celui de la sécurité juridique des parties, qui pouvaient en outre se détourner de ce mode de règlement des litiges, dont le développement était pourtant encouragé par les pouvoirs publics.

B. L'actuel critère de qualification

Le Conseil d'Etat s'est employé à remédier à ces incertitudes en consacrant un critère définitif pour la qualification des transactions. Désormais, pour qualifier un contrat de transaction administrative, il faut se référer au litige initial (a), analyse que le Tribunal des conflits a suivie, tout en la formulant en des termes différents (b).

a. L'analyse du Conseil d'Etat

Suivant les recommandations d'une partie de la doctrine, le Conseil d'Etat fait dépendre la nature juridique du contrat transactionnel, et ce faisant, la compétence juridictionnelle en cas de litige ou demande d'homologation, de la nature du litige initial (1). Cette méthode correspond à celle de l'identification directe (2).

1. Le critère de la nature du litige initial

Le Conseil d'Etat a profité d'une demande d'avis qui lui était adressée par le Tribunal administratif de Melun, sur le fondement de l'article L. 113-1 du Code de justice administrative, pour clarifier l'état du droit en la matière.

³⁴⁸ La formule est empruntée à A. HASTINGS-MARCHADIER, « Les contrats de droit privé des personnes publiques et la liberté contractuelle », préc., p. 683.

Comme on le sait, deux questions lui étaient adressées³⁴⁹. Il s'agissait d'abord de déterminer s'il est loisible au juge administratif de donner acte, d'approuver ou d'homologuer un contrat de transaction, indépendamment de toute instance ouverte devant lui. Et en admettant que le juge dispose effectivement de ce pouvoir, il convenait de définir le type de transaction à l'égard duquel il pouvait être mis en œuvre. Cette seconde question était ainsi formulée : « s'il est répondu par l'affirmative à la question précédente, le juge administratif est-il compétent pour connaître des transactions ayant pour objet de mettre fin ou de prévenir tout différend de nature administrative, ou seulement des transactions qui comportent des clauses exorbitantes du droit commun ou qui sont relatives à des marchés ou des dommages de travaux publics ? »³⁵⁰.

Après avoir posé l'irrecevabilité de principe des demandes d'homologation des transactions conclues hors de toute instance devant le juge administratif, le Conseil d'Etat prévoit deux exceptions, sous réserve en outre que la transaction ait « pour objet le règlement ou la prévention des litiges pour le jugement desquels la juridiction administrative serait compétente »³⁵¹.

C'est ainsi qu'il a été mis fin aux incertitudes relatives à la nature juridique des transactions. Des différentes thèses qui s'affrontaient jusqu'alors, la Haute juridiction a tranché en faveur du critère matériel tiré de la nature juridique du litige initial. Le Conseil d'Etat exclut l'analyse du contenu du contrat, c'est-à-dire de la présence de clauses exorbitantes du droit commun et d'un lien fort avec un service public, critères traditionnels en matière d'identification des contrats administratifs. De ce fait, le champ des transactions de nature administrative n'est plus limité aux seuls litiges de travaux publics.

Dans ses conclusions, G. Le Chatelier jugeait l'analyse de la nature du litige initial « plus constructive »³⁵². Plusieurs considérations motivaient cette inclination. La première tenait au fait qu'elle semblait déjà avoir été « validée implicitement, mais nécessairement par [la] jurisprudence »³⁵³. Le Commissaire du gouvernement faisait référence ici à l'arrêt *Mergui*, par lequel le Conseil d'Etat s'était implicitement reconnu compétent pour connaître de la validité d'une transaction intervenue lors d'un litige mettant en cause la responsabilité

³⁴⁹ Pour un rappel des faits et de la procédure à l'origine de la demande d'avis contentieux adressée au Conseil d'Etat, v. introduction, pp. 33-34.

³⁵⁰ CE, Avis, 6 décembre 2002, *Synd. Intercommunal des établissements du second degré du district de l'Hay-les-Roses*, préc.

³⁵¹ *Ibid.*

³⁵² G. LE CHATELIER, « L'homologation juridictionnelle des transactions en droit administratif », concl. sur CE, Ass., 6 décembre 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Hay-les-Roses*, préc., p. 300.

³⁵³ *Ibid.*, p. 301.

de l'administration³⁵⁴. La seconde raison relevait de l'« opportunité »³⁵⁵ et au souci de ne pas « transférer le contentieux de l'ordre administratif à l'ordre judiciaire »³⁵⁶ par la circonstance que le juge judiciaire pourrait se reconnaître compétent pour homologuer des transactions pourtant conclues sur des litiges soumis initialement au juge administratif. L'opportunité rejoint le souci de cohérence et d'uniformisation. « Il nous paraît [...] y avoir une logique évidente à considérer que le juge de la transaction doit être le même que le juge du fond du litige auquel il doit être mis un terme », indiquait enfin G. Le Chatelier³⁵⁷.

L'Assemblée du Conseil d'Etat a manifestement été sensible à la logique de cette argumentation qui a effectivement l'avantage d'introduire une cohérence certaine dans le régime juridique de la transaction en matière administrative, en alignant notamment les règles relatives aux transactions conclues hors instance sur celles des transactions conclues en cours d'instance. Cela permet, en outre, au juge administratif d'exercer un contrôle plus approfondi que celui du juge judiciaire sur toutes les transactions ayant pour objet de régler un litige qui aurait relevé de sa compétence³⁵⁸.

La qualification juridique des transactions est désormais déterminée par la nature du litige qu'elles sont destinées à régler, sans que des considérations organiques fondées sur la nature des parties au contrat n'aient d'incidence.

2. La méthode de l'identification directe

La solution de l'avis *L'Hay-les Roses* est remarquable à de nombreux égards. Le Conseil d'Etat crée une transaction administrative, et ce faisant, un nouveau contrat administratif à partir des dispositions du Code civil. G. Le Chatelier évoquait « une nouvelle catégorie de contrats administratifs par détermination de la jurisprudence »³⁵⁹, et B. Plessix précise une « nouvelle catégorie de contrats administratifs par détermination de la

³⁵⁴ *Ibid.* Le Commissaire du gouvernement poursuivait : « Or, devant ce qui constituait une difficulté d'interprétation de la convention transactionnelle, vous auriez dû la renvoyer aux juges judiciaires si vous aviez estimé être en présence d'un contrat de droit privé ».

³⁵⁵ *Ibid.*

³⁵⁶ *Ibid.*

³⁵⁷ *Ibid.*

³⁵⁸ V. p. 286 et s.

³⁵⁹ G. LE CHATELIER, Concl. sur CE, Ass., 6 décembre 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Hay-les-Roses préc.*, p. 301.

jurisprudence, à raison de leur objet »³⁶⁰. En effet, la méthode d'identification utilisée est particulièrement originale et correspond à celle de l'identification directe, puisque la nature juridique des transactions n'est pas déterminée par le contenu du contrat, mais directement par son objet, à savoir le règlement d'un litige qui aurait relevé de la compétence du juge administratif. S'il est original, ce procédé n'est pas tout à fait inédit dans la jurisprudence administrative.

A propos des contrats d'achat liant Electricité de France aux producteurs autonomes d'électricité, P. Amssek jugeait « inhabituelle » la méthode utilisée par le Conseil d'Etat pour qualifier ces contrats d'administratifs³⁶¹. En l'absence de qualification législative, la jurisprudence recourt, expliquait-il, à « une méthode d'identification indirecte ou indiciaire, c'est-à-dire qu'elle se réfère à certains critères (forgés par elle-même), permettant de reconnaître en pratique les contrats administratifs ou les contrats de droit privé de l'administration [...] »³⁶².

Dans l'arrêt du 19 janvier 1973, *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant*³⁶³, le Conseil d'Etat avait fait usage de la méthode dite de l'identification directe des contrats administratifs. « Peu importe [...] l'épreuve des indices ou critères : dès lors que sont donnés, à propos d'un contrat de l'administration, les éléments même de constitution des contrats administratifs, les éléments correspondant à la notion de contrat administratif, c'est-à-dire la soumission à un régime exorbitant du droit commun »³⁶⁴. En l'occurrence, le contrat ne comportait pas de clause exorbitante du droit commun et n'avait pas pour objet de confier au cocontractant de l'administration l'exécution d'un service public. Mais dans la mesure où il était soumis à un régime exorbitant du droit commun, il se voyait qualifié de contrat administratif. « Le juge administratif ne déduit pas comme à l'accoutumée le régime du contrat de sa nature ; il infère au contraire la nature administrative du contrat de son régime exorbitant, de ce que la convention "baigne" dans un environnement de droit public », a-t-il été encore expliqué³⁶⁵.

³⁶⁰ B. PLESSIX, « Transaction et droit administratif », in *La transaction dans toutes ses dimensions*, préc., p. 136.

³⁶¹ P. AMSELEK, « Une méthode peu usuelle d'identification des contrats administratifs : l'identification directe », *Rev. Administrative* 1973, p. 634.

³⁶² *Ibid.*, p. 636.

³⁶³ CE, Sect., 19 janvier 1973, *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant*, *Leb.*, p. 48, *AJDA* 1973, p. 353, chron. Léger et Boyon, *CJEG* 1973, p. 239, concl. Rougevin-Baville, note Carron, *JCP G* 1974, n° 17629, note Pellet, *Rev. Administrative*, p. 633, note P. Amssek.

³⁶⁴ *Ibid.*

³⁶⁵ P. YOLKA, *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, coll. Systèmes, 2013, n° 87.

La logique qui gouverne la qualification des transactions dans la jurisprudence du Conseil d'Etat est assez similaire : dès lors que le litige, objet de la transaction, relève de la compétence du juge administratif, le contrat est lui-même administratif, sans qu'il faille en examiner les caractéristiques propres ou les parties en cause. La nature du litige absorbe en quelque sorte la nature du contrat. C'est en cela que l'on peut parler d'identification directe à propos de la qualification de la transaction administrative.

Il a parfois été avancé que le Conseil d'Etat utilisait la théorie de l'accessoire. Séduisante à première vue, cette thèse doit cependant être écartée. Illustrée par l'adage, *Accessorium sequitur principale*, l'accessoire suit le sort du principal, la théorie trouve à s'appliquer dans toutes les branches du droit français, en droit privé comme en droit public. Elle permet ainsi de faire relever du droit public des actes ou des biens unis à un acte ou à un bien principal, lui-même soumis à un régime exorbitant du droit commun. A titre d'exemple, un bien, qui par ses caractéristiques propres ne fait pas partie du domaine public, peut y être rattaché en application de cette théorie. De même, un contrat pourra être qualifié d'administratif, et donc être affecté par la nature de l'acte principal, si ce dernier présente le caractère de contrat administratif³⁶⁶. S'agissant de l'application de cette théorie aux contrats administratifs, G. Mollion évoque « une relation de dépendance qui unit l'accessoire au principal »³⁶⁷, que manifeste d'ailleurs l'étymologie du terme accessoire, issu du latin *accedere*, joindre. Il observe aussi que « cette dépendance est, de plus, unilatérale et se départit en cela d'une relation de réciprocité entre les parties à des contrats alors considérés comme indivisibles ou interdépendants »³⁶⁸, avec pour conséquence, « une assimilation des règles lorsque l'accessoire est estimé dépendant du principal »³⁶⁹.

Certains auteurs considèrent que c'est en tant qu'accessoire du contrat administratif litigieux ou, plus généralement, du litige relevant de la juridiction administrative à régler, que la transaction est qualifiée de contrat administratif³⁷⁰.

³⁶⁶ En droit des contrats administratifs, la théorie de l'accessoire est assez peu utilisée. V. sur ce point, G. MOLLION, « La théorie de l'accessoire dans les contrats publics », *Contrats-marchés publics* 2009, ét. 10 ; F. BRENET, « Qualification jurisprudentielle du contrat administratif », fasc. 603, *J.-Cl. Administratif*, n° 10.

³⁶⁷ G. MOLLION, « La théorie de l'accessoire dans les contrats publics », préc., n° 2.

³⁶⁸ *Ibid.*

³⁶⁹ *Ibid.*

³⁷⁰ V. à titre d'exemple, F. LINDITCH, « Le premier avis du Conseil d'Etat sur l'homologation des transactions », préc., p. 374, qui indique : « en tant qu'accessoire, elle [la transaction] suit le régime juridique du principal, c'est-à-dire du litige qu'elle cherche à régler ».

Toutefois, l'application de cette théorie à la transaction administrative ne convainc guère. Elle présente tout d'abord quelques limites, puisque, si la transaction est perçue comme l'accessoire du contrat litigieux, alors elle laisse de côté le contentieux de la responsabilité extracontractuelle. La transaction administrative ne saurait être regardée comme l'accessoire d'un contrat par nature absent de ce type de contentieux. Par ailleurs, même si la transaction est regardée comme l'accessoire d'un litige et non plus d'un contrat administratif, la théorie manque de pertinence. C'est en effet omettre que le contrat transactionnel a une existence juridique propre. Il s'agit, comme le soulignait G. Le Chatelier, d'un « contrat totalement distinct de celui à la suite duquel elle est intervenue »³⁷¹. Le contrat transactionnel a, certes, vocation à régler un litige administratif, mais il répond à des éléments de définition et à des règles qui lui sont propres. De même, il produit des effets juridiques spécifiques et se voit attribuer une force juridique particulière, l'autorité de chose jugée en vertu de l'article 2052 du Code civil que le Conseil d'Etat a choisi d'appliquer à la transaction administrative³⁷². Il n'y a donc pas d'assimilation des règles applicables au litige à celles des transactions ayant pour objet de le régler.

La transaction administrative présente une certaine indépendance par rapport au litige initial, et en cela, ne saurait être regardée comme l'accessoire du principal. Le Conseil d'Etat applique la méthode de l'identification directe pour qualifier une transaction de contrat administratif, se fondant directement sur la nature du litige initial. Le Tribunal des conflits, qui a été amené à se prononcer lui aussi sur la question de la qualification des transactions s'inscrit finalement dans la même logique.

b. L'analyse du Tribunal des conflits

Dans la décision *Société Biançon Bus et M. B. contre Commune de Briançon* du 18 juin 2007, le Tribunal des conflits aligne sa jurisprudence sur celle du Conseil d'Etat³⁷³. Certes, le raisonnement du Tribunal y est des plus déroutants, mais la décision mérite d'être signalée, ne serait-ce qu'au regard du considérant de principe qu'elle contient, preuve du caractère solennel que le Tribunal a entendu lui conférer.

³⁷¹ G. LE CHATELIER, concl. sur CE, Ass., 6 décembre 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Hay-les-Roses*, préc., p. 301.

³⁷² Sur ce point, v. p. 235 et s.

³⁷³ TC, 18 juin 2007, n° 3600, *Sté Briançon Bus et M. B. contre Commune de Briançon*, préc.

Un litige opposait depuis de nombreuses années la Ville de Briançon et la Semitub à la société Briançon Bus et à son gérant, M. B. La ville avait décidé de confier la gestion de deux lignes de transport public de voyageurs à une société d'économie mixte, nommée Semitub, concurrençant directement la ligne dont la Société Briançon Bus avait auparavant acquis la propriété. Afin de régler leur litige, la ville et la SEM d'une part et la société privée d'autre part ont conclu une transaction. Le contrat prévoyait le versement d'une indemnité à la société privée et à son gérant, et organisait la cession du fonds de commerce de la société privée à la SEM contre la prise de participation de la première dans le capital social de la seconde. Le gérant semblait considérer que la ville s'était aussi engagée à le faire nommer directeur de la SEM.

Estimant que les termes de la transaction avaient été mal exécutés, la société privée et son gérant ont saisi le juge judiciaire aux fins de résolution du contrat. Parallèlement, un recours a été formé devant le juge administratif par le gérant, agissant en sa qualité de gérant de la société et en son nom personnel, pour obtenir la condamnation de la commune au paiement des intérêts de retard sur les indemnités convenues, ainsi qu'à une indemnité supplémentaire en réparation du préjudice subi du fait qu'il n'ait pas été retenu comme directeur de la SEM.

Alors que le Tribunal administratif de Marseille s'était déclaré incompétent, la Cour administrative d'appel de Marseille juge la requête recevable et la rejette au fond. Saisi en cassation, le Conseil d'Etat confie au Tribunal des conflits la détermination du juge compétent pour connaître du contentieux. De son côté, la Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'appel de Grenoble et renvoie l'affaire à celle de Chambéry, avant d'attendre la décision du Conseil d'Etat de saisir le Tribunal des conflits. Il revenait donc à ce dernier de désigner la juridiction compétente s'agissant du contentieux d'une transaction impliquant une personne publique.

Le Tribunal des conflits raisonne en trois temps. Il consacre, à titre principal, la nature privée du contrat de transaction conclu par une personne publique au moins : « la transaction par une personne morale de droit public est, en principe, un contrat de nature civile ». Il réserve ensuite le cas où la transaction « met en œuvre des prérogatives de puissance publique ou aboutit à la participation du cocontractant à une mission de service public ». Enfin, il conclut, « sous cette réserve [celle de la mise en œuvre de pouvoirs exorbitants du droit commun et de la participation à une mission de service public], l'homologation de la transaction et les litiges nés de son exécution relèvent de la compétence du juge judiciaire,

hormis le cas où il est manifeste que les différends qui s'y trouvent compris ressortissent principalement à la compétence du juge administratif ».

En l'espèce, le Tribunal des conflits juge que « les litiges, consécutifs à la mise en œuvre par la commune de ses pouvoirs d'organisation du service public de transport de voyageurs, ressortissaient à la compétence administrative », et que, par conséquent, « le contentieux relatif aux conditions d'exécution de cette transaction relève de la compétence du juge administratif ».

La décision laisse perplexe, puisque le Tribunal des conflits évoque tout à la fois les anciens critères de qualification des transactions et celui récemment consacré par le Conseil d'Etat. A première vue, il semble avoir cherché à combiner tous ces critères, pour finalement accorder une place prépondérante et même déterminante à celui de la nature du litige initial. Il en ressort que la transaction signée par une personne publique est en principe un contrat de droit privé, sauf quand elle révèle l'usage de prérogatives de puissance publique ou un lien avec un service public, ou encore quand elle porte sur le litige qui aurait relevé du juge administratif. Dans ces dernières hypothèses, elle constitue un contrat administratif.

Sans doute est-ce par tradition que le Tribunal des conflits a fait mention des critères utilisés pour la qualification des contrats administratifs, alors même qu'ils sont inopérants s'agissant des transactions. La circonstance que la transaction soit définie par le Code civil ne fait en rien obstacle à ce qu'elle puisse être qualifiée de contrat administratif. Quant à la réserve tirée de l'usage de prérogatives de puissance publique — le terme de clauses exorbitantes du droit commun aurait d'ailleurs été approprié — ou de lien avec une mission de service public, on sait qu'elle ne présente aucune incidence pratique³⁷⁴. Seul le critère de la nature du litige, véritablement adapté à l'objet particulier des transactions, est appliqué. Cela revient donc à rendre purement déclaratif le principe faisant de la transaction un contrat de droit privé.

Il faut convenir avec F. Melleray que, ce considérant particulièrement maladroit, semble « être davantage le résultat d'une sédimentation historique que celui d'un raisonnement logique et parfaitement rigoureux »³⁷⁵. Le Tribunal des conflits a tenu à mentionner les anciens critères, tout en entérinant le critère matériel consacré par le Conseil d'Etat dans l'avis *L'Hay-les-Roses*. Il ne faut pas douter que le Tribunal des conflits a été

³⁷⁴ V. *supra*, p. 89.

³⁷⁵ F. MELLERAY, « La répartition des compétences juridictionnelles en matière de transactions conclues par une personne publique », *Dr. Adm.* 2007, comm. 156.

sensible à la logique du critère matériel, puisqu'il en avait fait usage dans une décision moins solennelle rendue quelques mois plus tôt à propos de l'homologation d'une transaction³⁷⁶. Il avait aussi retenu ce critère pour déterminer la compétence juridictionnelle relativement aux sentences arbitrales³⁷⁷.

Quant à la portée de la décision du 18 juin 2007, plusieurs précisions s'imposent. Il faut d'emblée mentionner que la solution retenue concerne à la fois la compétence en matière d'homologation et le contentieux des litiges nés de l'exécution d'une transaction, comme c'était le cas en l'espèce.

Surtout, il faut analyser la décision de 2007 au regard de l'avis *L'Hay-les-Roses*, les deux solutions ne semblant pas *a priori* coïncider parfaitement. Deux éléments attirent l'attention. Tout d'abord, il apparaît que le considérant de principe de la décision *Société Briançon Bus*, en ce qu'il comporte l'adverbe « manifeste », est susceptible de restreindre le champ de compétence du juge administratif³⁷⁸. Toutefois, il est peu probable qu'une telle restriction se réalise : « peut-on [en effet] imaginer un zèle du juge administratif dans la détermination de ce caractère manifeste ? Il est à prévoir qu'il se trouvera conforté par cette décision du Tribunal des conflits pour se déclarer compétent dès lors qu'une personne

³⁷⁶ V. TC, 15 janvier 2007, *Cité urbaine de Bordeaux* : Juris-Data n° 2007-326419, *Contrats-marchés publics* 2007, comm. 119. La décision du 18 juin 2007 est remarquable en ce que le Tribunal des conflits y expose dans un considérant de principe, la ligne à suivre s'agissant de la répartition juridictionnelle en matière de transaction. Elle n'est toutefois pas une révolution, puisque la décision du 15 janvier 2007 se fondait uniquement sur la nature du litige. Une transaction avait été conclue entre la Communauté Urbaine de Bordeaux, en qualité d'exploitante des abattoirs municipaux, et une société privée, usagère de ce service public, la Société Aquitaine Périgord Viandes, pour réparer le préjudice qu'avait causé à cette dernière un incendie. Les parties avaient souhaité faire homologuer ladite transaction par l'autorité judiciaire, sans toutefois qu'un ordre juridictionnel ne se reconnaisse compétent. Le Tribunal des conflits tranche le conflit négatif de compétence en faveur du juge judiciaire, observant que la transaction a pour but, ici, de réparer des litiges industriels et commerciaux, la gestion et l'exploitation des abattoirs étant un service public à caractère industriel et commercial. Ce type de litiges appartenant à la compétence du juge judiciaire, les transactions conclues pour les régler en relèvent également. Peu importe que la société privée soit par ailleurs liée par une convention d'occupation du domaine public s'agissant de l'emplacement du marché. Le Tribunal des conflits s'est manifestement fondé sur la nature du litige initial pour trancher le conflit de compétence sans faire référence à la nature particulière du contrat de transaction, c'est-à-dire sans rechercher s'il comporte des clauses exorbitantes du droit commun ou fait participer le cocontractant à une mission de service public. Cette décision est toutefois une décision d'espèce ne contenant aucun considérant de principe.

³⁷⁷ « Ce n'est pas la procédure d'arbitrage, mais la nature du litige qui détermine le droit applicable et, par conséquent, l'ordre de juridiction compétent pour l'exercice des voies de recours », énonçait *Le Rapport sur la promotion de l'arbitrage pour le règlement des litiges intéressant les personnes publiques*, préc. C'est déjà la solution qu'avait posée le Tribunal des conflits dans une décision de 2006. V. TC, 16 octobre 2006, *Caisse centrale de réassurance c/ Mutuelle des architectes français*, *BJDCP* n°49, décembre 2006, p. 41, *RJEP* janvier 2007, p. 30, concl. Stahl. S'agissant toutefois de la compétence juridictionnelle pour connaître du contentieux des sentences arbitrales tranchant des litiges nés de contrats mettant en jeu les intérêts du commerce international, le Tribunal des conflits a consacré, dans une décision de 2010, le principe de la compétence du juge judiciaire, même pour les contrats qui seraient qualifiés d'administratifs selon les critères du droit français, sauf si le recours implique « le contrôle de la conformité de la sentence au regard des règles impératives de droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou à celles qui régissent la commande publique et applicables aux marchés publics, aux contrats de partenariat et aux contrats de délégation de service public ». V. TC, 17 mai 2010, *INSERM*, n°C 3754, *Leb.*, p. 580.

³⁷⁸ « [...] hormis le cas où il est manifeste que les différends qui s'y trouvent compris ressortissent principalement à la compétence du juge administratif », énonce précisément la décision *Briançon Bus et M. B.*

publique est en cause dans une transaction qui prévient ou met fin à un litige »³⁷⁹. L'incidence pratique de cet adverbe semble nulle.

De même, l'évocation de considérations organiques dans la décision de 2007 marque une rupture avec l'avis de 2002. Le considérant de principe s'adresse en effet aux « transaction[s] conclue[s] par une personne morale de droit public », alors qu'à aucun moment l'avis de 2002 ne fait référence à la qualité des parties à la transaction. La conclusion à en tirer n'est pas aisée : faut-il considérer que le critère de la nature du litige ne s'applique que pour autant que le contrat implique une personne publique ? Il y aurait alors un cumul de critères, à la manière des critères jurisprudentiels pour les contrats administratifs plus classiques — critère organique et critères matériels alternatifs : lien avec un service public ou mise en œuvre de prérogatives de puissance publique. Au critère organique essentiel, viendrait s'ajouter un critère matériel déterminant. Cela supposerait alors que la transaction impliquant une personne publique pourrait relever du droit privé si le litige en cause ressortissait de la compétence du juge judiciaire. A l'inverse, une transaction conclue par des personnes privées pour régler un litige relevant du juge administratif serait qualifiée de contrat de droit privé.

Ce n'est sans doute pas ainsi qu'il faut comprendre le considérant de principe de cette décision de 2007. De toutes les lectures possibles, il faut préférer celle consistant à considérer que le Tribunal des conflits a consacré le principe du caractère de droit privé des transactions, sauf hypothèse de règlement d'un litige relevant de la compétence du juge administratif. Cette lecture a l'avantage d'aligner la jurisprudence du Tribunal des conflits sur celle du Conseil d'Etat et, partant, de ne pas restreindre le champ de la transaction administrative. En cela, elle est plus probable que la précédente, même si le Tribunal des conflits aurait pu l'énoncer directement et plus simplement.

Le critère de qualification des transactions fondé sur la compétence juridictionnelle pour connaître du litige initial admis, il convient d'examiner concrètement comment il est appliqué. Il est peu probable, en effet, qu'il puisse exclure toute considération liée à la nature des parties au contrat dans le traitement juridique des transactions.

³⁷⁹ H. KENFACK, « Répartition des compétences en matière de transaction conclue par une personne publique », *JCP G* 2008, II, 10017, p. 35.

§II. L'ARTICULATION DES CONSIDERATIONS MATERIELLES ET ORGANIQUES DANS LA QUALIFICATION DES TRANSACTIONS

Dans la majorité des cas, la qualification des transactions ne soulève pas de difficulté. Une transaction conclue par une personne publique au moins, relativement à un litige né de l'annulation d'un contrat administratif, sera être aisément qualifiée de transaction administrative. La question est moins évidente si la transaction met en cause deux personnes privées. A l'inverse, il est loisible de s'interroger sur la nature juridique du contrat transactionnel signé entre deux personnes publiques à l'occasion d'un litige de droit privé.

C'est donc la question de l'incidence des considérations organiques dans l'opération de qualification des transactions qui se pose (A), étant entendu qu'au-delà de la qualification selon la nature du litige initial, des règles incompressibles du droit administratif s'appliquent nécessairement aux transactions des personnes publiques (B).

A. L'application du critère matériel par delà la nature juridique des parties

De tous les critères de qualification des transactions envisagés, celui de la nature du litige est le plus approprié, puisque le plus cohérent au regard de l'objet de ce contrat. Toutefois, en de rares hypothèses, ce critère peut se révéler délicat à appliquer. C'est le cas des transactions qui, bien que conclues entre personnes privées sont susceptibles d'être qualifiées de transactions administratives (a), et à l'inverse, de celles conclues entre personnes publiques, qui peuvent relever du droit privé (b).

a. Le cas des transactions administratives conclues entre personnes privées

Les grilles d'analyse du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits ne font pas obstacle à ce qu'une transaction signée par deux personnes privées puisse être qualifiée de transaction administrative, dès lors que le litige en cause est de ceux pour lesquels le juge administratif est compétent.

En matière contractuelle, la place du critère organique est telle que les contrats signés entre deux personnes privées sont, en principe, des contrats de droit privé. Il est certes des

exceptions, mais la jurisprudence récente vient de les restreindre quelque peu et avec elles, la possibilité de voir des transactions administratives impliquant deux personnes privées.

La présence d'une personne publique au contrat est une condition nécessaire à la qualification de contrat administratif. Sur ce point, la jurisprudence est bien établie : un contrat conclu entre personnes privées ne peut être administratif, alors même qu'il fait référence à des règles de droit public et contient des clauses exorbitantes du droit commun³⁸⁰, que l'une des parties au contrat est chargée d'une mission de service public³⁸¹, ou qu'il a pour objet l'exécution de travaux publics³⁸², l'effet attractif de la notion de travail public ne jouant pas ici³⁸³. Malgré ce lien avec un travail public, la jurisprudence considère que les contrats conclus par un concessionnaire avec des entreprises de travaux sont des contrats de droit privé³⁸⁴. Consécutivement, les transactions conclues pour mettre fin à des litiges nés de contrats entre personnes privées sont, en principe, des contrats de droit privé.

Toutefois, il existe des exceptions à ce principe, qui sont autant de possibilités de transactions administratives entre personnes privées. D'une part, la loi a consacré la nature administrative des contrats d'occupation du domaine public conclus par des concessionnaires privés de service public³⁸⁵ et des contrats de concessions de travaux³⁸⁶. D'autre part, la jurisprudence a jugé que si l'une des personnes privées agit comme mandataire ou pour le compte d'une personne publique, alors le contrat conclu entre deux personnes privées est un contrat administratif. Dans la première hypothèse, compte tenu du contrat de mandat³⁸⁷, la personne privée est réputée agir au nom de la personne publique, la représenter et consentir, pour elle, aux effets d'un contrat. Dans la mesure où « les effets de son consentement se produisent directement sur la tête du mandant »³⁸⁸, les contrats sont qualifiés d'administratifs.

³⁸⁰ TC, 26 mars 1990, *AFPA, Dr. Adm.* 1990, n° 341.

³⁸¹ CE, 13 décembre 1963, *Syndicat des praticiens de l'art dentaire du département du Nord, D.* 1964, J, p. 55, concl. Braibant ; TC, 3 mars 1969, *Société Interlait, AJDA* 1969, p. 307, concl. Kahn et note A. de Laubadère.

³⁸² TC, 17 janvier 1972, *SNCF contre Entreprise Solon, RDP* 1972, p. 465, concl. Braibant.

³⁸³ « L'effet traditionnellement attractif de la notion de travail public trouve donc ici sa limite dans la règle selon laquelle les contrats conclus par des personnes privées avec d'autres personnes privées ne sont pas administratifs quels que soient leur objet ou leur contenu », C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, PUF, coll. Thémis droit, 3^e éd., 2011, n° 158.

³⁸⁴ TC, 17 décembre 2001, *Société rue impériale de Lyon, BJDCP* 2002, n° 21, p. 127, concl. Bachelier.

³⁸⁵ Décret-loi de 1938, codifié aujourd'hui à l'article L. 2331-1 du CGCT. La jurisprudence a cependant limité la portée de cette exception législative au critère organique, v. F. BRENET, « Qualification jurisprudentielle du contrat administratif », fasc. préc., n° 34.

³⁸⁶ Article 1^{er} de l'ordonnance n°2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics. V. notamment, G. CLAMOUR, « Ombre et lumières de l'ordonnance relative aux concessions de travaux publics », *Contrats-marchés publics* 2009, ét. 9 ; F. LINDITCH, « L'ordonnance relative aux contrats de concession de travaux publics, nouvel instrument de la commande publique », *JCP A* 2009, p. 2214 ; P. PROOT, « L'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics » *Dr. Adm.* 2009, comm. 128.

³⁸⁷ Le contrat de mandat est défini par les articles 1984 et s. du Code civil : « le mandat est [...] un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom ». S'agissant du mandat administratif, v. M. CANEDO, *Le mandat administratif*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 216, 2001, p. 69 et s.

³⁸⁸ C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, préc., n° 163.

Dans la seconde hypothèse, les contrats conclus avec une autre personne privée par une personne privée agissant pour le compte d'une personne publique sont qualifiés d'administratifs. C'est le cas des contrats « passés par des sociétés d'économie mixte avec des entrepreneurs portant sur des travaux d'aménagement urbain » — remis dès leur achèvement à la collectivité concédante, qui se substituera ensuite à la personne privée pour toute action en garantie décennale —³⁸⁹ et des contrats « passés par des personnes privées transparentes »³⁹⁰. Les arrêts récents du 9 mars 2015 du Tribunal des conflits sont revenus sur ce qui pouvait apparaître comme la troisième dérogation jurisprudentielle : la qualification administrative des contrats « ayant pour objet la réalisation d'infrastructures routières et autoroutières », cet objet étant alors présenté comme une mission appartenant par nature à l'Etat depuis l'arrêt *Entreprise Peyrot*³⁹¹. Il est au contraire jugé aujourd'hui que les contrats conclus pour la réalisation des ouvrages d'art et pour le dépannage et le remorquage sur les autoroutes sont conclus au nom et pour le compte de la personne privée concessionnaire d'autoroute, et relèvent à ce titre du droit privé³⁹². Ce faisant, le Tribunal des conflits est revenu sur une hypothèse de transaction administrative entre personnes privées. Le contentieux de la transaction entre la société AREA, société concessionnaire des autoroutes en Rhône-Alpes, et la société Redland relèverait aujourd'hui de la compétence du juge judiciaire, puisque relatif à une transaction ayant pour objet de mettre fin au litige né lors de l'exécution d'un contrat de travaux autoroutiers³⁹³.

En 2003, le Tribunal administratif de Grenoble, suivant les conclusions de son Commissaire du gouvernement s'était implicitement reconnu compétent sur le fondement des arrêts anciens *Clot, société Oréfice et société Hébert contre Dame Tourmente*³⁹⁴ et *Ville de Carpentras contre Sieur Delhomme*³⁹⁵, aux termes desquels le contentieux des transactions conclues en matière de travaux publics relève de la compétence du juge administratif. Le raisonnement du Commissaire était fort contestable, puisque l'on sait depuis l'avis *L'Hajj-les-*

³⁸⁹ CE, 30 mai 1975, *Société d'équipement de la région montpelliéraine, Leb.*, p. 326 et TC, 7 juillet 1975, *Commune d'Agde, JCP* 1975, II, 1871, note F. Moderne.

³⁹⁰ CE, 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt, AJDA* 2007, p. 915 : « lorsqu'une personne privée est créée à l'initiative d'une personne publique qui en contrôle l'organisation et le fonctionnement et qui lui procure l'essentiel de ses ressources, cette personne privée doit être regardée comme transparente et les contrats qu'elle conclut pour l'exécution de la mission de service public qui lui est confiée sont des contrats administratifs ».

³⁹¹ TC, 8 juillet 1963, *Société Entreprise Peyrot, Leb.*, p. 787. Il était question d'un marché de travaux d'une SEM concessionnaire de la construction et de l'exploitation d'une autoroute.

³⁹² TC, 9 mars 2015, *Société Autoroutes du Sud de la France contre Société Garage des Pins*, et TC, 9 mars 2015, *Mme Rispal contre Société Autoroutes du Sud de la France, RFDA* 2015, p. 273, note M. Canedo-Paris, *JCPA A* 2015, p. 2156, note J.-F. Sestier, *AJDA* 2015, p. 601, note G. Clamour.

³⁹³ TA Grenoble, 14 novembre 2003, *Société des Autoroutes Rhône-Alpes (AREA), RFDA* 2004, p. 1179, concl. Sauveplane.

³⁹⁴ CE, 23 octobre 1970, *Clot, société Oréfice et société Hébert contre Dame Tourmente*, préc.

³⁹⁵ CE, 5 mai 1971, *Ville de Carpentras contre Sieur Delhomme*, préc.

Roses que la qualification des transactions repose sur la compétence juridictionnelle pour connaître des litiges réglés par la transaction, et qu'un contrat signé entre personnes privées, même relatif à un travail public, ressort de la compétence du juge judiciaire³⁹⁶. Partant, les arrêts évoqués n'étaient plus pertinents. Si la transaction litigieuse relevait effectivement de la compétence du juge administratif, c'était sur le fondement de la jurisprudence *Entreprise Peyrot*.

Quoi qu'il en soit, des transactions administratives entre personnes privées, bien que rendues encore plus rares par les arrêts du 9 mars 2015, demeurent possibles.

S'agissant du contentieux de la responsabilité extracontractuelle, le juge administratif peut aussi, à titre exceptionnel, être saisi d'un litige opposant deux personnes privées. Si les services publics sont gérés par des personnes privées, qu'il s'agisse de services publics administratifs ou de services publics industriels et commerciaux, ce sont en principe les règles du droit privé qui s'appliquent.

Concernant les services publics industriels et commerciaux, plusieurs situations doivent être distinguées. La responsabilité de ce type de service public à l'égard des usagers, n'ayant pas conclu de contrat, ressort du juge judiciaire, compte tenu de la nature des liens de droit privé qui opposent les parties en présence. Cette solution vaut même en cas de dommages de travaux publics³⁹⁷. Si la victime est un tiers par rapport au service, le juge judiciaire est également compétent, sauf quand la personne privée a fait usage de prérogatives de puissance publique³⁹⁸ ou que le tiers a été victime d'un dommage de travaux publics³⁹⁹.

Les mêmes distinctions s'imposent aussi dans le régime de la responsabilité des services publics administratifs gérés par une personne privée. En principe, le droit privé et la compétence du juge judiciaire régissent les contentieux de ce type de services publics, sauf si le litige est lié à la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique⁴⁰⁰ ou a trait à des dommages de travaux publics.

Dans la mesure où certains litiges opposant les services publics gérés par une personne privée à d'autres personnes privées sont réputés relever du droit administratif et du juge administratif, l'existence de transactions administratives entre personnes privées est envisageable.

³⁹⁶ TC, 17 décembre 2001, *Société rue impériale de Lyon*, préc.

³⁹⁷ TC, 10 octobre 1966, *Dame Canasse*, *Leb.*, p. 834.

³⁹⁸ TC, 22 novembre 1993, *Matisse*, *Leb.*, p. 410.

³⁹⁹ CE, 25 avril 1958, *Dame Veuve Barbaza*, *Leb.*, p. 228.

⁴⁰⁰ CE, 23 mars 1983, *Soc. Bureau Veritas*, *Leb.*, p. 133.

La jurisprudence témoigne assez peu de transactions administratives entre personnes privées. Outre que leur exécution ne soulève peut-être pas de difficulté nécessitant de recourir au juge, il est probable aussi que de telles transactions soient plutôt rares.

b. Le cas des transactions de droit privé conclues entre personnes publiques

Le principe est celui de la nature administrative des contrats conclus entre personnes publiques. Plus exactement, c'est là une présomption posée par le Tribunal des conflits dans la décision dite *UAP*⁴⁰¹, où il est étai question de la nature juridique d'un contrat conclu entre un établissement public industriel et commercial et l'Etat. Réputé être « à la rencontre de deux gestions publiques »⁴⁰², le contrat conclu entre deux personnes publiques est qualifié de contrat administratif. La présomption peut être renversée, si « eu égard à son objet, le contrat ne fait naître que des rapports de droit privé entre les parties »⁴⁰³. Si la décision du Tribunal des conflits ne donne guère d'indications sur ces hypothèses, il ressort des conclusions du Commissaire du gouvernement et de la jurisprudence postérieure qu'un contrat conclu entre deux personnes publiques peut être qualifié de droit privé dans trois cas distincts : les contrats conclus entre les services publics à caractère industriel et commercial et leurs usagers, les contrats commerciaux et les contrats passés par les collectivités pour la gestion de leur domaine privé.

Il est de jurisprudence constante, en effet, que les contrats liant les services publics à caractère industriel et commercial à leurs usagers relèvent du droit privé, alors même qu'ils comporteraient des clauses exorbitantes du droit commun⁴⁰⁴. Cette jurisprudence a été étendue au cas où l'utilisateur est une personne publique⁴⁰⁵.

Quant aux contrats conclus entre deux personnes publiques qui ont trait aux relations commerciales les unissant, ils sont également qualifiés de contrats de droit privé⁴⁰⁶.

Enfin, la gestion du domaine privé des collectivités est traditionnellement considérée comme une activité relevant du droit privé⁴⁰⁷. Dès lors, les contrats relatifs à la gestion du

⁴⁰¹ TC, 21 mars 1983, *Union des assurances de Paris*, *AJDA* 1983, p. 356, concl. Labetoulle, *D.* 1984, p. 33, note J.-B. Auby et H.-G. Hubrecht, *Rev. Adm.* 1983, p. 368, note B. Pacteau.

⁴⁰² D. LABETOULLE, *Concl. sur TC*, 21 mars 1983, *UAP*, préc.

⁴⁰³ TC, 21 mars 1983, *UAP*, préc.

⁴⁰⁴ CE, 13 octobre 1961, *Etablissements Compagnon-Rey*, *Leb.*, p. 567 ; TC, 17 décembre 1962, *Dame Bertrand*, *Leb.*, p. 831, concl. Chardeau.

⁴⁰⁵ CAA Bordeaux, 8 février 1994, *Commune d'Ardin*, *Leb.*, p. 852.

⁴⁰⁶ V. à titre d'exemple, CE, 3 novembre 2003, *UGAP*, *AJDA* 2003, p. 2323, note J.-D. Dreyfus.

domaine privé des personnes publiques sont qualifiés de contrats de droit privé au regard de leur seul objet, indépendamment de la présence de clauses exorbitantes du droit commun⁴⁰⁸. Telle était du moins la solution initiale, car la jurisprudence a évolué, « admet[tant] le caractère opératoire de la clause exorbitante du droit commun dans ce type de contrat »⁴⁰⁹. Il ressort, en effet, de l'arrêt *Grosy*, rendu par le Conseil d'Etat en 1954, qu'un contrat portant occupation du domaine privé, conclu entre une personne publique et une personne privée, comportant des clauses exorbitantes du droit commun, peut être qualifié d'administratif⁴¹⁰. La jurisprudence procède cependant à une analyse relativement stricte de ce qui doit être regardé comme une clause exorbitante du droit commun en la matière⁴¹¹. Quoi qu'il en soit, il est possible de penser, à l'instar de C. Guettier, qu'il en va de même s'agissant des contrats passés entre deux personnes publiques et comportant des clauses exorbitantes du droit commun⁴¹².

C'est ainsi qu'en application du critère de la nature du litige initial, les transactions conclues entre des personnes publiques présentent le caractère de transactions de droit privé, dès lors qu'elles viennent régler un litige ayant trait à un contrat passé entre un établissement public industriel et commercial et son usager-personne publique, ou à un contrat commercial, ou encore à un contrat passé pour la gestion de son domaine privé par une collectivité, sous réserve toutefois de subtilités jurisprudentielles.

En outre, il faut préciser que depuis quelques années, les contrats entre personnes publiques tendent à se développer. Dans le domaine de la commande publique, par exemple, il

⁴⁰⁷ Il a été admis que la gestion de son domaine privé par une personne publique ne constitue pas une mission de service public (TC, 15 janvier 2007, *M^{me} Ourahmoune c/ Ville de Paris, Leb.*, p. 591). Dès lors, par principe, les actes qui se rattachent à la gestion de ce domaine doivent être regardés comme des actes de droit privé relevant du juge judiciaire (CE, 7 décembre 1844, *Finot, Leb.*, p. 629 ; TC, 24 octobre 1994, *Duperray et SCI Les Rochettes, Leb.*, p. 606, *RDI* 1995, p. 93, obs. J.-B. Auby et C. Maugué), les agents affectés à des activités de gestion du domaine privé sont régis par le droit du travail (TC, 15 janvier 2007, *Ourahmoune, préc.*), la responsabilité contractuelle ou quasi délictuelle de la personne publique ne peut être mise en cause que devant le juge judiciaire (TC, 22 octobre 2007, *M^{lle} Doucedame c/ Département des Bouches-du-Rhône, Leb.*, p. 607, *AJDA* 2008, p. 1145, note M. Canedo-Paris) et enfin, implicitement, les documents s'y rapportant ne sont pas communicables sur le fondement de la loi du 17 juillet 1978 (CE, Sect., 26 juillet 1985, *Amadou, Leb.*, p. 243).

⁴⁰⁸ CE, 26 janvier 1951, *SA Minière, Leb.*, p. 49 ; TC, 24 janvier 1952, *Conservateur des eaux et forêts de la Corse, Leb.*, p. 613.

⁴⁰⁹ F. BRENET, « Les contrats relatifs au domaine privé peuvent être administratifs », note sous TC, 19 novembre 2010, *ONF, Dr. Adm.* 2011, comm. 19. C'est aussi le cas quand le contrat a pour objet même l'exécution d'une mission de service public se déployant sur le domaine privé, CE, 25 octobre 1961, *Géronimi, Leb.*, p. 592.

⁴¹⁰ CE, Sect., 17 décembre 1954, *Grosy, Leb.*, p. 674, *D.* 1956, p. 527, note M. Rougevin-Baville, *RJPUF* 1955, p. 623, note J. Chardeau.

⁴¹¹ V. sur ce point, Cass., 24 mars 1987 ; TC, 20 février 2008, *Verrière contre communauté urbaine de Lyon, Contrats-marchés publics* 2008, comm. 122, note G. Eckert, *Dr. Adm.* 2008, comm. 64, note F. Melleray, *JCP A* 2008, p. 2117, note P. Yolka ; CE, 19 novembre 2010, *Dr. Adm.* 2011, comm. 19, note F. Brenet, *BJDCP* 2011, p. 64, concl. Dacosta, *JCP A* 2011, p. 2020, note J. Moreau, *RJEP* 2011, comm. 12, *AJDA* 2011, p. 281, note J.-D. Dreyfus, *Contrats-marchés publics* 2011, comm. 36, P. Devillers. Il faut aussi mentionner la décision du Tribunal des conflits du 28 mars 2011, *Groupement forestier de Beaume Haie contre ONF, Dr. Adm.* 2011, comm. 59, note F. Melleray.

⁴¹² C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, préc., n° 151.

a été admis qu'une personne publique puisse se porter candidate à une délégation de service public⁴¹³. Celle-ci doit alors se soumettre à la concurrence sans utiliser les avantages qui peuvent résulter de son statut. De la même façon, le prestataire d'un marché public peut être une personne publique. L'article 1^{er} du Code des marchés publics dispose, en effet, que le marché public est un contrat passé avec des « opérateurs publics ou privés »⁴¹⁴.

Naturellement, cet état de fait est de nature à favoriser le développement du recours à la transaction pour régler les litiges nés de ces contrats. Ces litiges relèvent sans aucun doute de la compétence du juge administratif, si bien que la transaction conclue entre la personne publique, délégante ou acheteur public, et la personne publique, délégataire ou prestataire, est de nature administrative.

Par ailleurs, il se peut qu'une collectivité publique cause un dommage à une autre indépendamment de tout lien contractuel entre elles. Là encore, il faut se référer aux règles de répartition des compétences juridictionnelles pour déterminer la nature juridique des contrats transactionnels éventuellement conclus pour régler le litige. Dans de rares hypothèses, la transaction signée entre deux personnes publiques va relever du droit privé.

Dans le contentieux de la responsabilité, par exemple, il a été admis que les collectivités territoriales ont droit à la protection de leur statut, c'est-à-dire de leur nom, de leur renommée et de leur image. Même si leur protection est assurée par le Code de la propriété intellectuelle⁴¹⁵, ces éléments relèvent du droit public et non du droit privé. Pour identifier la compétence juridictionnelle en cas d'atteinte causée au statut d'une collectivité, il faut distinguer selon que l'auteur du dommage est une personne privée ou une personne publique. Dans le premier cas, le litige sera porté devant le juge judiciaire, puisqu'« en l'absence de dispositions analogues à celles qui existent en matière de contravention de grande voirie, une collectivité publique ne peut en effet, assigner une personne privée devant la juridiction administrative »⁴¹⁶, et compte tenu du fait que « les dispositions de l'article L. 711-4 du Code de la propriété intellectuelle ne sont pas sanctionnées pénalement »⁴¹⁷. Dans le second cas, si l'auteur du dommage est une personne publique, le litige sera porté devant la juridiction administrative, et la transaction éventuellement conclue, administrative.

⁴¹³ V. CE, Avis, 8 novembre 2000, *Sté Jean-Louis Bernard Consultants, Leb.*, p. 492, *AJDA* 2000, p. 987, *RFDA* 2001, p. 112, concl. Bergeal, *Dr. Adm.* 2001, n° 4, chron. Y. Laidié, *CJEG* 2001, p. 58, note Degoffe et J.-D. Dreyfus, *Contrats-marchés publics* 2001, n° 2, 4, comm. G. Eckert.

⁴¹⁴ Cette innovation date de 2001. Il s'agissait d'harmoniser le Code des marchés publics et les directives communautaires. V. sur ce point, L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, préc., n° 493.

⁴¹⁵ C. de la propriété intellectuelle, art. L.711-4, 4, H.

⁴¹⁶ F.-P. BENOIT, « La commune-la collectivité communale », *Encyclopédie des collectivités locales*, n° 36.

⁴¹⁷ *Ibid.*

L'alignement de la qualification des transactions sur les règles de répartition des compétences relatives au litige qu'elles terminent peut donc aboutir à des transactions de droit privé entre personnes publiques. Le phénomène est remarquable, mais il ne doit pas occulter l'irréductibilité des règles liées à la nature des parties au contrat.

B. L'irréductibilité des règles liées à la qualité des parties

Quelle que soit leur qualification, les transactions des personnes publiques n'échappent pas entièrement aux règles du droit administratif et à la compétence du juge administratif. Il apparaît tout d'abord que le critère matériel posé en 2002 est insuffisant à lui seul à déterminer tout le contentieux des transactions, puisqu'il faut aussi compter sur le mécanisme de la détachabilité, qui conduit à soumettre au juge administratif le contentieux de certains contrats de droit privé (a). De même, il est des règles incompressibles du droit administratif qui s'imposent à tout acte des personnes publiques et notamment aux transactions (b).

a. Le mécanisme de la détachabilité, limite au critère matériel dans le contentieux des transactions de droit privé des personnes publiques

Le critère matériel de qualification des transactions doit être combiné avec les mécanismes et principes du contentieux administratif, à l'instar de la théorie de la détachabilité. Le coup d'arrêt porté à cette théorie par l'arrêt *Département de Tarn-et-Garonne* du 4 avril 2014 ne concerne pas les contrats de droit privé des collectivités publiques. Ainsi, si la question de l'application de cet arrêt aux transactions administratives ne manque pas de se poser⁴¹⁸, ce mécanisme de la détachabilité pour les transactions de droit privé des personnes publiques demeure donc assurément. Par ce biais, les actes entourant la conclusion des transactions de droit privé des personnes publiques sont portés à la connaissance du juge administratif. Il n'y a donc pas d'étanchéité absolue entre les compétences judiciaire et administrative s'agissant de ce type de transactions.

⁴¹⁸ Sur les incidences de cet arrêt s'agissant du contentieux de la transaction administrative, v. plus précisément, p. 479 et s.

Un contentieux illustre ce phénomène, celui de la transaction conclue entre la ville de Paris, l'Union pour un mouvement populaire et J. Chirac⁴¹⁹. La transaction avait été conclue le 19 avril 2005, lors du procès en correctionnel dit des « emplois fictifs de la ville de Paris ». Il ne s'agissait évidemment pas de mettre fin au volet pénal de l'affaire, mais d'en régler le volet civil, en s'accordant sur l'indemnisation des préjudices que ces pratiques irrégulières ont pu causer à la collectivité. La contestation de la légalité de la décision du maire de Paris de signer la transaction a été fort logiquement portée devant le juge administratif. En effet, bien que relative à une transaction de droit privé, puisque mettant fin à un litige relevant de la compétence du juge judiciaire⁴²⁰, l'acte administratif qu'est la décision de signer le contrat relève du juge administratif. Le jugement du Tribunal administratif de Paris énonce à cet égard : « Considérant [...] qu'il appartient au juge administratif, saisi d'un recours dirigé contre un acte détachable de la conclusion d'une convention de droit privé, d'examiner les moyens que tire le requérant du défaut de validité de ladite convention ; qu'il n'y a lieu à question préjudicielle devant le juge judiciaire que si ces moyens soulèvent une difficulté sérieuse qui conditionne l'issue du litige ».

Il est aussi possible d'évoquer le contentieux des actes détachables des transactions conclues dans le domaine très particulier de la gestion du domaine privé de certaines collectivités. Même si son champ de compétence en la matière a été singulièrement réduit, le juge administratif demeure compétent pour connaître de certains actes détachables de la gestion du domaine privé des personnes publiques. Il a ainsi été jugé par l'arrêt du Tribunal des conflits du 22 novembre 2010, *Brasserie du théâtre*, que « la contestation par une personne privée de l'acte, délibération ou décision du maire, par lequel une commune ou son représentant, gestionnaire du domaine privé [immobilier, mobilier, corporel ou incorporel], initie avec cette personne, conduit ou termine une relation contractuelle, quelle qu'en soit la forme, dont l'objet est la valorisation ou la protection de ce domaine et qui n'affecte ni son périmètre ni sa consistance, ne met en cause que des rapports de droit privé et relève, à ce titre, de la compétence du juge judiciaire »⁴²¹. Une partie du contentieux de la gestion du

⁴¹⁹ TA Paris, 28 juin 2011, *Association Anticor, M. Bayou et autres*, concl. Le Broussais, *RFDA* 2012, p. 1142.

⁴²⁰ Le Tribunal applique ainsi le critère matériel : « Considérant que la transaction conclue par une personne publique qui termine ou prévient un litige relevant principalement de la compétence de l'ordre judiciaire est un contrat de droit privé ; que le protocole approuvé par la délibération attaquée a pour objet de mettre fin à l'action civile engagée par la ville de Paris devant la juridiction pénale, contre M. Chirac et de prévenir une action de même nature à l'encontre de l'UMP ; que, par suite, cette transaction présente le caractère d'un contrat de droit privé ».

⁴²¹ TC, 22 novembre 2010, *Sarl Brasserie du théâtre*, N° 10-03764.

domaine privé des collectivités se trouve donc attribué pleinement au juge judiciaire. En effet, comme le souligne N. Foulquier, « ce considérant ne se prononce en faveur du juge judiciaire qu'en ce qui concerne les actions intentées par une personne privée qui se plaint des actes par lesquels des autorités locales engagent, entretiennent ou mettent fin à des relations contractuelles avec elle »⁴²². Le juge administratif demeure compétent pour un certain nombre de contentieux. C'est d'abord le cas de certaines actions engagées par les parties, puisque le juge administratif « retrouve sa compétence si la personne privée conteste un refus de la collectivité de s'engager dans des relations contractuelles », et « statue sur les actes de disposition (ceux qui concernent l'existence ou la consistance du domaine privé). Ainsi, les décisions du conseil municipal de céder une parcelle de son domaine privé ou d'acheter un bien relèvent du juge administratif »⁴²³. C'est aussi le cas des actions des tiers, pour lesquelles la jurisprudence antérieure à l'arrêt *Brasserie du théâtre* continue à s'appliquer. « Dès lors incombent au juge administratif de l'excès de pouvoir les actions des tiers, c'est-à-dire, des contribuables, des autres personnes publiques, les candidats avec lesquels la collectivité refuse d'initier des relations contractuelles ou du préfet, contre les actes unilatéraux d'acceptation ou de refus de vente ou de location d'immeubles du domaine privé, ainsi que d'achat de biens qui tomberaient dans ce domaine »⁴²⁴. L'arrêt de 2010 connaît une autre limite, dans la mesure où il ne concerne pas le contentieux des actes relatifs au domaine privé de l'Etat⁴²⁵.

C'est ainsi qu'un acte entourant la passation d'une transaction conclue par une collectivité publique et qui a trait à la gestion de son domaine privé, pourtant constitutive d'une transaction de droit privé, est susceptible d'être porté à la connaissance du juge administratif. Ainsi, ce qui avait fait dire à B. Plessix, en 2006, à propos de l'arrêt *Commune de Jonquières* — aux termes duquel le Conseil d'Etat s'était prononcé, en référé, sur la demande de suspension de la décision du maire de signer une transaction pour mettre fin à un contentieux survenu dans le cadre de la gestion du domaine privé de la commune — qu'il faut « compter sur la pérennité d'un principe fondateur du droit administratif : la gestion privée n'a jamais empêché l'emploi d'actes en la forme administrative, l'existence de décisions unilatérales exécutoires, administratives par le seul jeu du critère organique »⁴²⁶ demeure encore dans une certaine mesure.

⁴²² N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, Paris, Lexisnexis, coll. Manuel, 3^e éd., 2015, n° 300.

⁴²³ *Ibid*, n° 301.

⁴²⁴ *Ibid*, n° 302.

⁴²⁵ V. sur ce point, *ibid*, n° 303.

⁴²⁶ B. PLESSIX, chron. sur CE, 17 mai 2006, *Commune de Jonquières*, préc.

Le critère matériel de qualification des transactions rencontre manifestement quelques limites. Si les transactions ne sont pas *ipso facto* qualifiées d'administratives en raison de la seule présence d'une personne publique, il n'en demeure pas moins que les actes détachables de ces contrats relèvent de la compétence du juge administratif. De même, quelle que soit la nature du contrat, des règles de droit administratif s'imposent nécessairement à la personne publique qui y est partie.

b. Les règles applicables à toutes les transactions des personnes publiques

L'éclatement du contentieux des transactions conclues par les personnes publiques qui résulte du critère dégagé par l'avis *L'Hay-les-Roses* n'exclut pas l'existence de règles communes à celles-ci. Il faut en effet compter sur « les exigences incompressibles du droit public »⁴²⁷, qui s'appliquent dès lors qu'une personne publique est partie au contrat. Cette « particularité organique »⁴²⁸ est la source de règles communes pour toutes les transactions conclues par une personne publique au moins, relativement à la formation et à l'exécution de ces contrats. Pareille situation n'est pas propre aux transactions et se présente dans les mêmes termes pour tous les contrats impliquant une personne publique au moins. Les limites de la liberté contractuelle des personnes publiques dépassent en effet la distinction entre contrats de droit privé et contrats administratifs⁴²⁹.

La plus fondamentale de ces exigences, s'agissant de la transaction, réside dans l'interdiction pour les personnes publiques de payer des sommes qu'elles ne doivent pas ou de renoncer à des sommes qui leur sont dues⁴³⁰. Ce principe général du droit, visant à protéger les deniers publics, s'impose aux personnes publiques parties à une transaction de droit privé⁴³¹ comme de droit public. Les règles de la propriété publique, le principe d'incessibilité

⁴²⁷ La formule est empruntée à A. HASTINGS-MARCHADIER, « Les contrats de droit privé des personnes publiques et la liberté contractuelle », préc., p. 683.

⁴²⁸ L'expression est empruntée à L. MARCUS, *L'unité des contrats publics*, préc., n° 320.

⁴²⁹ La liberté contractuelle des personnes publiques a été consacrée par l'arrêt CE, 28 janvier 1998, *Sté Borg Warner*, AJDA 1998, p. 287, CJE 1998, p. 269, note F. Moderne. Elle ne bénéficie cependant pas d'une valeur constitutionnelle. Elle peut par ailleurs être définie comme « la faculté reconnue à une personne juridique de se lier avec l'individu de son choix et d'aménager l'étendue et la portée de son obligation dans ses moindres détails dont la méconnaissance entrainera une sanction juridiquement organisée », M. MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, PUAM, 2002, p. 20.

⁴³⁰ La règle équivalente a été posée, pour les personnes privées, par le Conseil d'Etat dans l'arrêt *SA Entreprise Renaudin* du 17 mars 1978, préc. V. sur ce point plus précisément, p. 138 et s.

⁴³¹ La Cour de cassation a, par exemple, fait application de ce principe dans les arrêts : Cass., civ. 2^e, 18 mai 1982, Cass., civ. 3^e, 14 février 1990, N° 88-17178 et Cass., civ. 1^e, 13 mai 2014, N° 12-16784.

des biens publics à vil prix et celui de l'insaisissabilité de ces mêmes biens, doivent aussi être cités⁴³².

De même, le fait qu'une transaction relève du droit privé n'a pas pour effet d'affranchir la collectivité de l'obligation de respecter les règles de passation des contrats, et notamment celles qui déterminent les organes habilités à les engager contractuellement⁴³³.

La personne publique ne peut pas non plus disposer librement de ses compétences et s'engager par une transaction à user de ses prérogatives de puissance publique dans un sens déterminé. Il s'agit de protéger les prérogatives d'action unilatérale de l'administration. Seuls les droits disponibles peuvent faire l'objet d'une transaction⁴³⁴.

Toutes ces règles s'imposent aux personnes publiques indépendamment de la nature juridique des transactions conclues. Au-delà de la qualification de contrat de droit privé ou de droit administratif, il y a bien une unité dans les règles applicables aux transactions des personnes publiques. Mais, naturellement, à côté de ces règles incompressibles, l'opération de qualification des transactions demeure essentielle pour déterminer le droit applicable et le juge compétent pour connaître d'éventuels contentieux ou demandes d'homologation.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

La transaction administrative se définit d'abord comme un contrat permettant de régler les litiges administratifs.

L'élément litigieux est un élément de définition de la transaction administrative tout à fait essentiel. Il l'est pour toutes les transactions, qu'il s'agisse de la transaction administrative, de la transaction de droit privé, de la transaction pénale et de la transaction fiscale. Il serait d'ailleurs difficile d'en être autrement : n'est-ce pas, en effet, l'essence même de la transaction que de régler les litiges ? Il y a sur ce point une unité dans la notion de transaction. Toutes les transactions, à l'instar de la transaction administrative, supposent l'existence d'un litige, c'est-à-dire une opposition d'intérêts entre des parties et l'émission

⁴³² Sur ce point, v. S. BOUSSARD, C. LEBERRE, *Droit administratif des biens*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. Manuel, 2014, n° 116 et s. et n° 95 et s., respectivement.

⁴³³ S'agissant des contrats publics, v. L. MARCUS, *L'unité des contrats publics*, préc., n° 322 et s. ; s'agissant des transactions des personnes publiques, v. partie I, titre II, chapitre I, section II, p. 205 et s.

⁴³⁴ V. sur ce point, partie II, titre I, chapitre I, section I, § I, B, p. 423.

d'une prétention juridique de la part de l'une d'elles. Toutefois, les exigences du droit administratif conditionnent différemment la situation prétransactionnelle. Alors que le droit privé semble réserver la transaction aux situations litigieuses à l'issue douteuse, le droit administratif, en interdisant aux personnes publiques et privées de payer des sommes qu'elles ne doivent pas, n'ouvre la transaction qu'aux litiges dépourvus de doute quant aux droits des parties. Leur logique diffère à l'évidence, car chacun de ces deux droits entend par là préserver les intérêts des parties.

Objet de la transaction administrative, le règlement d'un litige administratif en permet aussi l'identification. En indiquant, en 2002, dans l'avis *L'Hay-les-Roses*, que le juge administratif peut, à titre tout à fait exceptionnel, homologuer une transaction, sous réserve que le litige en cause relève de la compétence du juge administratif, le Conseil d'Etat a levé les incertitudes qui pesaient jusque-là sur la spécificité ou non d'une transaction pour la matière administrative, sur son champ d'intervention et sur son existence même. Désormais, il est admis qu'il existe une transaction administrative, destinée au règlement des litiges pour lesquels le juge administratif aurait été compétent. Sans exclure toute considération liée à la nature juridique des parties au contrat, cette analyse conduit à qualifier de transactions administratives des contrats conclus entre personnes publiques, entre personnes publiques et privées, mais aussi entre personnes privées. A l'inverse, il est des transactions de droit privé impliquant pourtant deux personnes publiques.

L'existence d'un litige administratif est tout à la fois une condition préalable à la formation d'une transaction administrative, un élément de détermination de son champ d'intervention et le critère de sa nature juridique. Evoquer la situation prétransactionnelle en droit administratif revient *in fine* à évoquer aussi le critère de la nature juridique du contrat transactionnel. Ce faisant, le Conseil d'Etat a créé une catégorie particulière de contrats administratifs, « les contrats administratifs par détermination de la jurisprudence à raison de leur objet »⁴³⁵. Le critère de qualification des transactions administratives est assez original et correspond à une méthode d'identification directe des contrats. Ceci ne doit pas faire oublier que pour qu'un acte mettant fin à un litige administratif soit qualifié de transaction administrative, il doit par ailleurs résulter d'un accord de volontés et comporter des concessions réciproques.

⁴³⁵ B. PLESSIX, « Transaction et droit administratif », in *La transaction dans toutes ses dimensions*, préc., p. 136.

CHAPITRE II

LA DIMENSION CONTRACTUELLE DE LA TRANSACTION ADMINISTRATIVE

Si le Code civil se contente en son article 2044 de définir la transaction comme un contrat terminant ou prévenant une contestation, la jurisprudence judiciaire a aussitôt ajouté l'exigence de concessions réciproques qui en fait un contrat conclu à titre onéreux, et même synallagmatique, c'est-à-dire un contrat qui procure à chacune des parties un avantage et crée même, entre elles, des obligations réciproques⁴³⁶.

Le Conseil d'Etat, qui a choisi de reprendre la définition de la transaction telle qu'exprimée par le Code civil et précisée par le juge judiciaire, entend donc la transaction administrative comme un contrat ayant pour objet de régler un litige administratif et comportant des concessions réciproques. Elle suppose également un échange des consentements, constituant alors un contrat onéreux et synallagmatique. Cette définition du contrat transactionnel a été entérinée par le futur Code des relations entre le public et l'administration aux termes duquel « [...] 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 »⁴³⁷.

Si la transaction administrative est composée des mêmes éléments de définition que ceux de la transaction de droit privé, il reste à examiner plus précisément comment le Conseil d'Etat les appréhende : les principes du droit administratif n'impriment-ils pas un caractère particulier à ces éléments, de sorte que la transaction administrative est inspirée de la transaction de droit privé, sans lui être tout à fait identique ? Ce contrat administratif qu'est la transaction administrative suppose d'examiner plus précisément comment se déroule

⁴³⁶ V. partie I, titre II, chapitre II, section II, p. 252 et s.

⁴³⁷ C. des relations entre le public et l'administration, art. L. 423-1.

l'échange des consentements et dans quelles conditions sont établies les concessions réciproques, tous deux nécessaires à sa qualification.

Effectivement, l'objet original de la transaction administrative ne saurait conduire à soustraire ce contrat aux règles du droit administratif. A partir de là, s'ils sont inspirés du droit privé, les éléments constitutifs de la transaction administrative que sont l'échange des consentements (Section I) et les concessions réciproques (Section II) se présentent en termes propres à ce contrat.

SECTION I. L'ÉCHANGE DES CONSENTEMENTS DANS LA TRANSACTION ADMINISTRATIVE

La rencontre des consentements relativement à une solution au litige marque la naissance de la transaction administrative. Il faut non seulement que les parties s'accordent sur le recours à la transaction, mais aussi et surtout sur sa teneur⁴³⁸. En cela, le consentement est une condition nécessaire à sa formation. Sur ce point, le droit administratif n'a pas fait œuvre d'originalité empruntant cette notion au droit privé (§I). La spécificité est ailleurs : dans la formalisation de l'expression du consentement, ce qui soulève la question de la nature de la transaction administrative, celle-ci s'apparentant davantage à un contrat formel que consensuel (§II).

§I. LA NECESSITE D'UN ECHANGE DES CONSENTEMENTS

L'article 2044 du Code civil qualifie la transaction de « contrat », ce qui suppose qu'elle résulte d'un accord de consentements, contrairement à d'autres modes de règlement des litiges.

Le consentement revêt plusieurs significations. Il apparaît d'abord comme « la manifestation de volonté de chacune des parties, l'acquiescement qu'elle donne aux

⁴³⁸ Si les parties donnent leur consentement au contrat projeté, cela ne signifie pas pour autant que les discussions préalables aient été nécessairement menées par elles directement. La transaction administrative est le fruit d'un accord de volontés, mais les procédures permettant d'y aboutir sont diverses. V. sur ce point, *infra*, partie I, titre II, chapitre I, section I, § II, p. 178 et s.

conditions du contrat projeté »⁴³⁹ et désigne aussi « l'accord de volonté, le concours de deux volontés, celle du débiteur qui s'oblige, celle du créancier envers lequel il s'oblige »⁴⁴⁰. Comme tout contrat, la transaction administrative naît de la rencontre de la volonté de chaque partie au contrat. Elle se distingue, cependant, des autres contrats, en ce qu'elle ouvre aux parties un horizon contractuel similaire. L'extinction du litige, l'un des effets de ce contrat, s'impose à toutes les parties dans les mêmes conditions, au contraire des autres contrats qui ont vocation à les placer dans des situations juridiques différentes. A titre d'exemple, le contrat de vente a pour effet de transférer les droits que détient une partie sur un bien à une autre, en contrepartie de l'acquittement d'un prix.

En droit civil, c'est l'accord de volontés qui est réputé produire la situation juridique nouvelle. La jurisprudence administrative s'inscrit dans la même logique. Le Commissaire du gouvernement Guillaume, dans ses conclusions sur l'arrêt *OPHLM du Calvados contre Caisse franco-néerlandaise de cautionnement*, rappelait qu'« un contrat administratif, comme tout contrat, suppose l'existence et la rencontre de deux consentements »⁴⁴¹. De manière générale, B. Plessix observe que « le juge administratif donne toute son importance à cette notion de consentement, accorde toute son attention à la nécessité d'un accord de volonté pour que le contrat administratif soit valablement formé »⁴⁴². L'auteur identifie un « phénomène d'utilisation », le juge administratif s'étant « inspiré de la façon dont le droit privé français analyse l'échange des consentements »⁴⁴³. C'est ainsi que l'échange des consentements fait naître le contrat administratif et que le défaut de consentements le rend inexistant.

Pour L. Marcus, le fait que l'existence des contrats administratifs soit conditionnée par l'échange des consentements des intéressés est de nature à « rattacher » ces actes à la catégorie générale des contrats. « La réception de la notion civiliste d'accord de volontés par le juge administratif, juge du contrat administratif, confirme que le contrat administratif est bien un contrat »⁴⁴⁴. Des doutes ont pu naître sur la nature véritablement contractuelle des contrats administratifs et certains auteurs leur ont dénié le caractère d'actes contractuels, au regard des règles exorbitantes du droit commun caractérisant l'exécution de certains d'entre eux, et plus précisément des pouvoirs unilatéraux accordés à l'administration, comme la

⁴³⁹ F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, préc., n° 91.

⁴⁴⁰ *Ibid.*

⁴⁴¹ C. GUILLAUME, concl. sur CE, 11 février 1972, *OPHLM contre Caisse franco-néerlandaise de cautionnement*, *AJDA* 1972, p. 245.

⁴⁴² B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, éd. Panthéon-Assas, 2003, n° 184.

⁴⁴³ *Ibid.*, n° 189.

⁴⁴⁴ L. MARCUS, *L'unité des contrats publics*, préc., p. 108.

résiliation et la modification pour l'intérêt général. Péquignot, par exemple, y a vu des actes unilatéraux négociés⁴⁴⁵.

La doctrine contemporaine distingue la notion de contrat des éléments de son régime juridique. A partir de là, elle prend acte de ce que l'accord de volontés est également nécessaire à la formation du rapport d'obligations en droit administratif et en droit privé, et en conclut qu'il n'existe qu'une seule notion de contrat à laquelle correspondent les contrats administratifs comme les contrats privés. Dans l'édition de 2006 de son manuel, *Droit des contrats administratifs*, L. Richer expliquait que « La notion générale de contrat est et ne peut être que la même en droit public et en droit privé [...]. Que la notion soit identique n'implique cependant pas que les régimes juridiques le soient : le contrat administratif est régi par des règles particulières dont les plus importantes sont caractérisées par l'inégalité des parties »⁴⁴⁶. C'est aussi la notion d'accord de volontés qui permet à L. Marcus, dans sa thèse de 2010, d'identifier une unité entre tous les contrats publics, entendus comme étant les contrats de l'administration, et plus largement entre les contrats publics et privés. « Le contrat administratif répond à la même définition que le contrat privé : le contrat administratif est bien un contrat, car il est issu d'un accord de volontés des parties »⁴⁴⁷. Le critère de l'accord de volontés « rattache »⁴⁴⁸ les contrats administratifs à la notion générale des contrats.

Il en va de même pour la transaction administrative. Conformément à une jurisprudence constante, celle-ci naît de la rencontre des volontés des parties litigantes. De ce point de vue, l'appartenance de ce contrat à la catégorie générale des contrats n'est pas douteuse. Elle l'est d'autant moins que le règlement d'un litige, objet de la transaction, ne nécessite pas l'application de règles exorbitantes du droit commun. Tous les contrats administratifs ne répondent pas au même objet, et partant au même régime juridique. En l'occurrence, il importe que les parties soient placées sur un pied d'égalité. Certes, la présence d'une personne publique implique un certain encadrement du contenu du contrat. Il n'en reste pas moins que la transaction administrative naît de l'échange des consentements et a pour effet d'obliger les parties les unes envers les autres. En outre, encadrement ne signifie pas exorbitance.

⁴⁴⁵ V. G. PEQUIGNOT, *Contribution à la théorie générale du droit des contrats administratifs*, Pédone, Paris, 1945. Et, plus généralement, sur les débats doctrinaux liés à cette question de la nature juridique des contrats administratifs, v. L. MARCUS, *L'unité des contrats publics*, préc., p. 108 et s.

⁴⁴⁶ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, coll. Manuel, 4^e éd., 2004, n° 5.

⁴⁴⁷ L. MARCUS, *L'unité des contrats publics*, préc., p. 135.

⁴⁴⁸ La formule est celle de L. MARCUS, *L'unité des contrats publics*, préc., p. 107.

Si l'accord de volontés fait naître la transaction administrative et détermine sa nature juridique, il la distingue de plusieurs mécanismes présentant des effets similaires.

C'est d'abord le cas des modes juridictionnels de règlement des litiges que sont la justice étatique et la justice arbitrale. La justice étatique ne dépend pas du consentement des parties litigantes. A aucun moment celui-ci n'est requis : le juge est saisi par une seule des parties, sans accord, ni consultation préalable de l'autre, et la solution juridictionnelle s'impose à toutes les parties, sans qu'elles aient participé à son élaboration autrement que par un échange des mémoires. Dans le cadre de la justice arbitrale, les parties se sont, certes, accordées pour soumettre leur litige à un jury arbitral⁴⁴⁹, mais la sentence qu'il prononce s'impose à elles. Par ailleurs, la logique qui préside à ces deux modes de règlement des litiges est celle de l'affrontement et non celle de la conciliation. Il y a là des différences conceptuelles fondamentales avec la transaction.

Il convient également de mentionner les mécanismes unilatéraux que sont le désistement et l'acquiescement. Le désistement peut prendre plusieurs formes dans la procédure administrative contentieuse : désistement de procédure, désistement d'instance et enfin désistement d'action. Le premier, relativement rare, a trait à un acte particulier de la procédure en cours devant les tribunaux, comme le désistement d'une demande d'expertise⁴⁵⁰. Les deux autres formes de désistement sont plus proches de la transaction. Plus exactement, ils ne lui sont pas étrangers, dès lors que la transaction suppose un désistement des instances en cours. Ils sont aussi susceptibles d'avoir une existence propre, indépendamment de toute transaction. Le désistement d'instance est limité à l'instance en cours ; un nouveau recours sera donc possible — sous réserve des délais de recours. Quant au désistement d'action, il a une portée plus large, puisqu'il emporte renonciation à l'instance en cours, de même qu'au fond du droit, à la prétention qui sert de fondement à la requête⁴⁵¹. Dans tous les cas, ces actes sont unilatéraux et n'appellent aucune concession de la part de l'autre partie⁴⁵².

De la même façon, l'acquiescement consiste moins à renoncer comme dans le cadre du désistement, qu'à faire droit aux prétentions de la partie adverse. Là encore, la démarche

⁴⁴⁹ Il peut aussi exister une coexistence de l'arbitrage et de la transaction pour le règlement d'un même litige. En droit privé, une transaction peut, en effet, renvoyer à un arbitrage les éléments du litige qui n'auraient pas trouvé de solution.

⁴⁵⁰ V. sur ce point C. BLUMANN, *La renonciation en droit administratif français*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1974, p. 155.

⁴⁵¹ V. D. CHABANOL, *La pratique du contentieux administratif*, préc., n° 597.

⁴⁵² Dans le cadre du plein contentieux, si le désistement à l'initiative du requérant — qui a donc les effets d'un désistement d'action — doit être proposé à l'acceptation de la partie adverse, il produit ses effets même en présence d'un refus de sa part. Une acceptation rend, quant à elle, impossible le retrait du désistement. Dans le cadre de l'excès de pouvoir, le désistement est possible jusqu'à l'intervention de la décision juridictionnelle qui en donne acte. V. D. CHABANOL, *La pratique du contentieux administratif*, préc., n° 597.

présente un caractère unilatéral, puisqu'il n'est pas conditionné par l'acceptation de l'autre et s'effectue sans aucune contrepartie.

Dans le cadre de la transaction, un accord des parties est nécessaire à tous les niveaux. Elles prennent d'abord l'initiative de tenter de résoudre elles-mêmes leur litige — indépendamment de toute instance juridictionnelle éventuelle — et ensuite, au terme de la discussion, elles consentent éventuellement à la solution envisagée. Naturellement, c'est ce dernier accord qui forme le lien contractuel et confère à la transaction son caractère contractuel. En cela, cet élément ne doit pas être négligé lors de la définition de la transaction.

Le Conseil d'Etat n'a d'ailleurs pas manqué de faire du consentement des parties un des éléments du contrôle de la validité de la transaction administrative que le juge administratif peut être conduit à effectuer⁴⁵³. L'avis *L'Hay-les Roses* indique à cet égard que « le juge vérifie que les parties consentent effectivement à 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 ».

Une fois établie la nécessité de l'échange des consentements dans la transaction administrative, il importe d'examiner quelle conception prévaut. Les exigences du droit administratif impliquent, sur ce point, des particularités par rapport à la transaction de droit privé.

§II. LA CARACTERISATION DE L'ÉCHANGE DES CONSENTEMENTS

La conception de l'échange des consentements qui prévaut dans la transaction administrative (B) ne correspond pas toujours à celle de la transaction de droit privé (A). La transposition de la notion civiliste d'échange des consentements à la définition de la transaction administrative s'accompagne d'adaptations. Le consentement des collectivités publiques doit parfois prendre des formes particulières pour que puisse naître le lien contractuel.

⁴⁵³ Sur l'application à la transaction administrative de la théorie des vices du consentement, v. partie II, titre II, chapitre I, section II, § I, B, p. 525 et s.

A. Le consensualisme dans la transaction de droit privé

Historiquement, deux conceptions du contrat se sont toujours opposées : le consensualisme et le formalisme. Selon la première, le lien contractuel est réputé naître du seul échange des consentements des parties, condition à la fois nécessaire et suffisante. « Le consensualisme signifie qu'en dehors des cas où le droit positif énonce des exigences particulières, aucune formule sacramentelle, aucun écrit, aucune parole solennelle, aucun geste rituel, aucun acte d'exécution, aucune intervention tierce, bref aucune formalité n'est nécessaire à la formation du contrat »⁴⁵⁴. Dans la seconde, le formalisme, l'échange des consentements est regardé comme une condition nécessaire mais non suffisante à la formation du contrat. Il faut, en outre, que cet échange respecte des conditions de forme. Le formalisme « n'apparaît qu'autant que le consentement doit être enrobé dans une enveloppe strictement déterminée par la loi et telle que, si les prescriptions édictées par celles-ci n'ont pas été respectées, la manifestation de volontés soit frappée d'inefficacité juridique à un degré quelconque »⁴⁵⁵. Tandis que le consensualisme consacre la liberté dans l'expression du consentement, le formalisme ne tient pour valable que le consentement revêtant une certaine forme imposée par la loi — comme l'authenticité ou la rédaction d'un acte notarié⁴⁵⁶.

Le droit français a toujours hésité entre ces deux conceptions du contrat. Plus exactement, « la distinction de différents degrés dans le formalisme du contrat [...] résulte d'une recherche d'équilibre entre formalisme et consensualisme que traduit l'évolution du droit des contrats depuis la Rome archaïque jusqu'à nos jours »⁴⁵⁷.

Le droit romain, longtemps marqué par un formalisme extrême, a progressivement reconnu la validité des contrats nés de la seule rencontre des volontés sans réalisation d'une formalité particulière⁴⁵⁸. Le même mouvement peut être observé en droit français, qui a oscillé jusqu'en 1804 entre consensualisme et formalisme. Sans l'affirmer clairement, les

⁴⁵⁴ F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, préc., n° 128. Il semble, par ailleurs, que pour la doctrine civiliste, le consensualisme se limite à la liberté de choisir la forme du contrat, c'est-à-dire la forme de l'accord de volontés. La liberté de contracter ou non, de choisir son cocontractant, de déterminer le contenu du contrat, d'y mettre fin et de le modifier, émanations de la liberté contractuelle, n'entrent pas dans la définition du consensualisme telle qu'établie par la doctrine civiliste.

⁴⁵⁵ J. FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Etudes offertes à Georges Ripert*, Paris, LGDJ, 1950, t. I, p. 96.

⁴⁵⁶ Ces actes solennels sont traditionnellement plus fréquents en droit des personnes et de la famille, pour le mariage, la reconnaissance d'un enfant naturel ou l'émancipation. Ils tendent aussi à se multiplier en matière patrimoniale. V. notamment, M.-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 137, 1975.

⁴⁵⁷ L. MARCUS, *L'unité des contrats publics*, préc., n° 103.

⁴⁵⁸ V. J. GAUDEMET, *Droit privé romain*, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 2^e éd. 2000, p. 261 et s.

rédacteurs du Code civil ont consacré la doctrine consensualiste⁴⁵⁹. Ainsi, le plus souvent, les contrats sont tenus pour valablement conclus, dès lors que les parties ont échangé leur consentement, c'est-à-dire, dès lors qu'elles ont manifesté toutes deux une volonté certaine de quelque manière que ce soit, par un écrit, une parole, un geste, ou même parfois en gardant le silence. Toutefois, on observe que depuis 1804, le droit privé a évolué sur ce point. Alors que le législateur aurait tendance à laisser davantage de place au formalisme, le juge judiciaire s'emploierait inversement à faire primer la volonté des parties⁴⁶⁰.

Comme le signale L. Marcus, « l'histoire des formes contractuelles montre qu'à aucune époque, le contrat n'est complètement formaliste ni parfaitement consensuel. Suivant l'évolution des Etats, des sociétés, des économies et des idées, le droit et la pratique contractuels réalisent des compromis variables entre consensualisme et formalisme »⁴⁶¹.

La doctrine n'a pas manqué de s'interroger sur la portée de l'article 2044 du Code civil, qui précise immédiatement après la définition de l'objet de la transaction, que « ce contrat doit être rédigé par écrit ». Cela signifie-t-il que seule la rédaction d'un contrat écrit peut faire naître le lien contractuel, l'échange des consentements étant par lui-même insuffisant ?

Ce n'est pas l'interprétation retenue par la jurisprudence et la doctrine. Les conditions de formation de la transaction de droit privé sont celles du droit commun des contrats, celle-ci étant réputée formée dès l'échange des consentements. L'exigence d'un écrit n'apparaît que comme une condition de preuve. La Cour de cassation a ainsi jugé que « l'écrit prévu par l'article 2044 n'est pas exigé pour la validité du contrat de transaction »⁴⁶². *A contrario*, cela signifie qu'un accord oral peut constituer un contrat transactionnel, dès lors qu'il répond aux conditions d'existence de la transaction : la volonté de prévenir ou de terminer un litige, l'existence de concessions réciproques et le consentement de chacune des parties à la solution envisagée. Dans cette mesure, la transaction apparaît là comme un contrat consensuel⁴⁶³.

Des dispositions légales subordonnent la validité de certaines transactions au respect de règles formelles. C'est le cas, par exemple, des transactions conclues en matière d'accidents de la circulation, qui doivent respecter la procédure instituée par la loi du 5 juillet

⁴⁵⁹ Le principe du consensualisme en droit français se déduit *a contrario* de l'article 1108 du Code civil, qui n'impose aucune condition de forme parmi les conditions de validité du contrat, v. notamment, F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, préc., n° 128 et s.

⁴⁶⁰ V. sur point, J. FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », préc.

⁴⁶¹ L. MARCUS, *L'unité des contrats publics*, préc., n° 104.

⁴⁶² Civ., 1^{er}, 18 mars 1986, *Bull. civ.*, I, n° 74, p. 71.

⁴⁶³ V. sur ce point, F. JULIENNE, « Transaction. Formation », *J.-Cl. Civil code*, fasc. 40, n° 1 et s.

1985⁴⁶⁴. Il n'en reste pas moins que, de manière générale, le droit des transactions privées est peu formaliste s'agissant de la caractérisation des consentements et de la rencontre des volontés. Comme le rappelle L. Poulet, « ce contrat permet de mettre fin de façon très simple à des conflits, parfois par quelques mots griffonnés sur un coin de table [...] »⁴⁶⁵. C'est beaucoup moins évident pour la transaction administrative.

B. Les limites du consensualisme dans la transaction administrative

S'alignant sur le droit privé, le droit des contrats administratifs admet que la seule rencontre des volontés des parties suffit à créer entre elles un lien contractuel. Sauf texte contraire, le juge administratif n'exige la réalisation d'aucune formalité particulière pour constater l'existence d'un contrat. B. Plessix observe à cet égard que « les règles du droit administratif relatives à la formation des contrats par l'échange des consentements découlent de celles du droit civil sur l'accord des volontés. Il y a indiscutablement un phénomène d'imitation, d'autant plus remarquable, que de tout temps, les principaux modes de conclusion des contrats administratifs ont été marqués par l'originalité, la complexité et le formalisme »⁴⁶⁶.

C'est ainsi qu'en droit administratif également, ont été regardés comme faisant naître des rapports d'obligations, les échanges de volontés tacites et oraux. Les accords de volontés tacites résultent, non de la volonté formellement exprimée par les parties, mais de leur comportement ou d'une série d'actes administratifs unilatéraux⁴⁶⁷. Quant aux accords de volontés oraux, ils sont illustrés classiquement par l'arrêt *Epoux Bertin*⁴⁶⁸. Sauf texte contraire imposant la rédaction d'un écrit, le contrat administratif tacite ou oral n'est pas tenu *de facto* pour inexistant. Le droit administratif s'inscrit dans la même logique consensualiste que le droit privé.

La forme du contrat importe peu tant que le consentement des parties existe et qu'il a été clairement manifesté. De ce point de vue, les contrats oraux ne soulèvent guère de difficultés, puisque l'accord de volontés y est tout aussi exprès que dans les contrats écrits. En revanche, dans les contrats tacites, l'accord de volontés est implicite. Il appartient alors au

⁴⁶⁴ V. sur ce point, L. POULET, *Transaction et protection des parties*, préc., n° 651 et s.

⁴⁶⁵ *Ibid*, p. 179.

⁴⁶⁶ *Ibid*, p. 198.

⁴⁶⁷ V. à titre d'exemple, CE, 11 avril 1951, *Ville de Marseille et société des eaux de Marseille contre Dame Pauvarel*, *Leb. T.*, p. 843.

⁴⁶⁸ CE, Sect., 20 avril 1956, *Epoux Bertin*, préc.

juge d'analyser les circonstances de chaque affaire pour en déduire ou non l'existence d'un contrat.

La transaction administrative bénéficie de cet état du droit. Elle revêt, en principe, un caractère consensualiste, puisqu'elle est réputée formée sitôt l'échange des consentements réalisé, sitôt la rencontre d'une offre et d'une acceptation. Le juge administratif reconnaît l'existence d'une transaction non formalisée dans un écrit, comme dans le cadre d'un contrat tacite⁴⁶⁹, dès lors que l'intention des cocontractants ressort clairement. Dans ce cas, l'échange des consentements valables des parties suffit à donner au contrat sa perfection.

En outre, pour vérifier que la condition du consentement est bien remplie, le juge administratif procède à un contrôle assez approfondi de la volonté des parties. Ainsi, dans un arrêt du 5 octobre 2009, la Cour administrative d'appel de Marseille a jugé, qu'en l'espèce, l'existence d'un contrat transactionnel n'était pas suffisamment établie⁴⁷⁰. La société requérante demandait à la juridiction d'appel de constater l'existence de la transaction intervenue avec le département des Bouches du Rhône à l'occasion du règlement de certaines sommes correspondant, d'une part, au coût des travaux supplémentaires consécutifs à la découverte d'une sujétion imprévue et, d'autre part, aux dispositions d'un avenant au marché conclu. Le juge a estimé que les expertises et conclusions d'experts, pourtant entreprises après accord des deux parties, l'existence de concessions de la part de la société sur l'évaluation de son préjudice et enfin l'attitude du département après la requête, ne suffisaient pas à caractériser l'existence d'une transaction.

Toutefois, ce constat ne doit pas faire oublier les règles de procédure, de forme et de compétence qui s'imposent aux contrats administratifs, et même à tout contrat impliquant une personne publique, qu'il soit administratif ou privé. Elles sont de nature à introduire un certain formalisme dans les contrats de l'administration, dans la mesure où leur respect nécessite la mise en œuvre de formalités particulières. Le consentement de la personne publique qui est réputé existant est celui qui découle de la mise en œuvre de ces formalités : « lorsque les textes subordonnent la conclusion d'un contrat de l'administration à des règles de compétence, de procédure et de forme, le juge administratif sanctionne leur violation en

⁴⁶⁹ CE, 11 janvier 1951, *Gugenheim*, *Leb. T.*, p. 1101.

⁴⁷⁰ CAA Marseille, 5 octobre 2009, *Sté Campenon Bernard Méditerranée*, *Contrats-marchés publics* 2010, comm. 42.

refusant d'identifier un lien contractuel, et en ne tenant pas compte de l'existence éventuelle d'une rencontre concrète des volontés »⁴⁷¹.

Si l'on s'en tient aux règles de compétence des personnes publiques — qui s'appliquent aussi à la transaction administrative —, leur respect nécessite le plus souvent la rédaction d'un écrit. D. Pouyaud explique que « la multiplicité des interventions parfois nécessaires à la perfection de l'acte, s'oppose au concept même de convention tacite ou verbale »⁴⁷² : « Peut-on admettre [...] qu'un contrat d'une commune qui doit être autorisé par le conseil municipal et signé par le maire [...] puisse être tacite ? »⁴⁷³. Le « fractionnement des compétences »⁴⁷⁴ s'oppose au consensualisme des contrats. Pour ce type d'actes, le consentement des autorités publiques n'est exprimé que par l'accomplissement d'opérations successives, comme l'autorisation de signer de l'autorité délibérante, la transmission au Préfet ou l'approbation par une autorité extérieure aux parties⁴⁷⁵.

Les règles d'organisation et d'action de l'administration restreignent le consensualisme des contrats des personnes publiques. Les contrats verbaux et tacites semblent devoir rester relativement marginaux.

Toutes ces limitations au principe du consensualisme inhérentes à la présence d'une personne publique au contrat concernent aussi les transactions. Il en est ainsi des règles de compétence, de procédure et de forme qui conditionnent l'existence du consentement de certaines collectivités publiques. Le formalisme prend, dans ce cas, le pas sur le consensualisme, de sorte qu'il apparaît une distinction entre les transactions selon le degré de formalisation de leur procédure de passation.

Les transactions des collectivités territoriales résultent d'une procédure assez formelle. A titre d'exemple, le maire d'une commune ne peut signer le contrat que s'il en a été autorisé par une délibération du conseil municipal, informé lui-même de tous les éléments essentiels du contrat projeté, délibération qui, en outre, n'est exécutoire qu'après avoir été publiée et notifiée à l'intéressé et transmise au Préfet. Quant aux transactions des établissements publics de l'Etat, elles doivent être approuvées par décret du Premier ministre. De telles procédures impliquent nécessairement des contrats écrits⁴⁷⁶.

⁴⁷¹ L. MARCUS, *L'unité des contrats publics*, préc., n° 88.

⁴⁷² D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 158, 1991, n° 73.

⁴⁷³ *Ibid.*

⁴⁷⁴ L. MARCUS, *L'unité des contrats publics*, préc., n° 108.

⁴⁷⁵ V. sur ce point, plus précisément, L. MARCUS, *L'unité des contrats publics*, préc., p. 70 et s.

⁴⁷⁶ V. plus précisément, sur la procédure de passation des transactions administratives, partie I, titre II, chapitre I, section II, p. 205 et s.

En définitive, le consensualisme ne se conçoit guère que pour les transactions administratives conclues par les services de l'Etat, dont la validité n'est pas subordonnée à la mise en œuvre de formalités particulières, et notamment à l'intervention de diverses autorités successives.

Ainsi, si le consentement est un élément essentiel dans la formation de la transaction administrative, il ne suffit pas toujours à lui donner sa perfection. Pour ce contrats, comme pour tout autre contrat des personnes publiques, le constat est celui de D. Pouyaud « le formalisme du droit des contrats administratifs [...] laisse peu de place à l'ambiguïté et au doute, quant à la réalité du consentement des parties [ce qui conduit à ce que] dans la pratique, les contrats impliquant une personne publique au moins, soient presque toujours écrits »⁴⁷⁷.

C'est ainsi que les règles de droit administratif influent sur l'élément constitutif de la transaction administrative qu'est l'échange des consentements. Elément commun aux transactions privée et administrative, il ne se réalise pas toujours dans les mêmes conditions. La transposition au droit des contrats administratifs de la notion d'échange des consentements ne va pas donc sans adaptations. C'est également le cas des concessions réciproques.

SECTION II. LES CONCESSIONS RECIPROQUES DANS LA TRANSACTION ADMINISTRATIVE

Pour pouvoir être qualifié de transaction, un contrat qui met fin à un litige doit comporter des concessions réciproques, que ce soit en droit privé ou en droit administratif. Il y a sur ce point encore une unité entre ces deux transactions, puisqu'elles constituent des contrats conclus à titre onéreux.

Les parties souhaitent terminer un litige mais pas sans contrepartie. L'avantage qu'elles peuvent tirer de l'obligation de l'autre partie est déterminant dans leur choix de recourir à ce procédé. Dans cette mesure, les concessions réciproques apparaissent comme la cause du contrat transactionnel, entendue dans ces deux acceptions, c'est-à-dire comme « la contrepartie » de l'engagement des parties, cause objective du contrat, et comme « le but » poursuivi par elles, cause subjective⁴⁷⁸. Comme en droit privé, cet élément fait partie intégrante de la définition de la transaction administrative (§I). Toutefois, cette utilisation ne

⁴⁷⁷ D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, préc., n° 158.

⁴⁷⁸ B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, préc., n° 220.

saurait s'opérer sans particularités compte tenu des principes du droit administratif, et notamment celui visant à la protection des deniers publics (§II).

§I. LA NECESSITE DE CONCESSIONS RECIPROQUES

Les concessions réciproques sont aujourd'hui qualifiées d'« élément essentiel »⁴⁷⁹ de la transaction administrative. Si elle a été empruntée au droit privé (A), cette condition correspond à la logique du droit administratif qui conçoit mal les renonciations, même au droit d'agir en justice, sans contrepartie. De ce point de vue, cause du contrat et interdiction pour les personnes publiques de payer une somme qu'elles ne doivent pas, se répondent (B).

A. L'exigence de concessions réciproques dans la transaction de droit privé

La condition des concessions réciproques dans la qualification de transaction de droit privé résulte de la jurisprudence (a). Ni l'article 2044, ni aucun autre article du Code civil ne l'évoque, alors même qu'à de nombreux égards, elle apparaît inhérente au procédé transactionnel (b).

a. Une exigence jurisprudentielle

Nul besoin d'insister sur le fait que le Code civil ne mentionne pas les concessions réciproques au titre de la définition du contrat transactionnel. Les raisons de ce silence ont été largement évoquées par la doctrine, qui l'attribue, non à une conception particulière que les rédacteurs auraient nourrie de ce contrat, mais bien davantage à la hâte avec laquelle ils ont rédigé les articles consacrés à la transaction. Pressés et faute de disposer d'autres bases doctrinales, ceux-ci se sont tournés vers les travaux de Domat⁴⁸⁰, qui pourtant n'avait « accordé qu'une importance relative [à ce] contrat »⁴⁸¹.

⁴⁷⁹ V. p. 132 et s.

⁴⁸⁰ Pothier n'a pas eu le temps de réaliser l'étude qu'il avait annoncée de ce contrat très particulier que constitue la transaction. Les rédacteurs du Code civil n'ont donc eu comme base essentielle de travail que les travaux de Domat, ce qui a fait dire à Troplong que « Pothier manquait ici au législateur, et Domat qui le remplaçait n'est pas un guide aussi sûr que lui », R. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du code*, préc., comm. de l'article 2044, n° 21.

⁴⁸¹ C. JARROSSON, « Les concessions réciproques dans la transaction », *D.* 1997, p. 267.

Or, pour Domat, la transaction ne nécessite pas de concessions réciproques de la part des parties. De manière assez brève, il expliquait qu'« on peut transiger sans rien donner, ou sans rien promettre ou sans rien retenir »⁴⁸², ajoutant, « ainsi celui qu'on prétendrait être caution d'un autre pourrait être déchargé de cette demande par une transaction, sans que, de part ni d'autre, il fût donné, promis, ni rien retenu »⁴⁸³. Il semble que Domat ait souhaité rompre avec le droit romain, qui retenait, outre une analyse assez large de l'objet de la transaction, l'exigence de concessions réciproques comme élément constitutif. L'article 38 du Code Justinien disposait, en effet, qu'« une transaction ne peut avoir lieu sans donner, retenir ou promettre quelque chose »⁴⁸⁴.

Il n'est pas certain cependant que les rédacteurs du Code civil aient pleinement adhéré à la conception de Domat. Les travaux préparatoires du Code civil, dès lors qu'ils n'abordent pas la question des concessions réciproques, ne sont ici d'aucune utilité. En revanche, d'autres éléments tendent à montrer que les rédacteurs du Code ne concevaient pas la transaction sans concessions réciproques, et que le silence du Code ne serait dû qu'à la précipitation. Dans son exposé sur les motifs du quinzième projet de loi du titre XV consacré aux transactions, Bigot-Prémeneu précisait que chaque partie « sacrifie une partie de l'avantage qu'elle pourrait espérer, pour ne pas éprouver toute la perte qui est à craindre [...] »⁴⁸⁵, semblant ainsi faire « allusion, comme si cela allait de soi, à ce qui pourrait ressembler à l'idée de concessions réciproques »⁴⁸⁶. De même, le tribun Albisson, dans son rapport, estimait que « ce sont les parties elles-mêmes qui, éclairées sur leurs droits respectifs, se rendent volontairement la justice [...], par des sacrifices offerts et acceptés librement »⁴⁸⁷.

Mais, quelle que soit la volonté réelle ou supposée des rédacteurs, la doctrine et la jurisprudence s'accordent sur la nécessité des concessions réciproques dans la transaction.

En réalité, les concessions réciproques sont rapidement apparues en droit français comme un élément de définition de la transaction tout aussi fondamental que l'existence d'un litige et le consentement des parties. Cela est d'autant plus remarquable que cet ajout intervient « dès le lendemain de la promulgation du Code civil, à une époque où l'on avait

⁴⁸² DOMAT, *Lois civiles dans leur ordre naturel*, préc., p. 342.

⁴⁸³ *Ibid.*

⁴⁸⁴ *Code Justinien*, livre II, titre IV, in *Code et nouvelle de Justinien*, t. I, Paris, Redonneau, 1806, p. 280.

⁴⁸⁵ BIGOT-PREAMENEU, « Exposé des motifs de la loi sur les transactions », in *Recueil complet des discours prononcés lors de la présentation du Code civil*, Paris, Firmin Didot Frères, 1838, t. I, p. 719.

⁴⁸⁶ C. JARROSSON, « Les concessions réciproques dans la transaction », préc., p. 268.

⁴⁸⁷ Rapport fait au Tribunat par le Tribun Albisson au nom de la section de législation, sur le titre XV, livre III du Code civil, séance du 28 ventôse an XII, in *Recueil complet des discours prononcés lors de la présentation du Code civil*, préc., p. 723.

tendance à n'enseigner que ce Code »⁴⁸⁸. Dès 1883, en effet, la Cour de cassation a conditionné la qualification de transaction à la présence de concessions réciproques de la part des parties⁴⁸⁹. La jurisprudence et la doctrine n'ont depuis cessé de le rappeler⁴⁹⁰.

Cette exigence, provenant du droit romain, n'est pas une spécificité du droit français. Nombre d'autres droits la consacrent également, à l'instar des droits allemand — § 779 du BGB —, italien — article 1965 du Code civil —, espagnol — article 1809 du Code civil — et plus généralement de la plupart des droits romano-germaniques⁴⁹¹. La *Common Law* n'y est pas non plus indifférente, puisque le *compromise* y est défini comme « *the settlement of disputes by mutual concession* »⁴⁹².

Une telle généralisation de l'exigence de concessions réciproques laisse penser que cet élément est inhérent à la transaction⁴⁹³. Dès lors, le silence du Code civil s'apparente plus à une carence qu'à une omission volontaire ou même malheureuse.

b. Une exigence consubstantielle au procédé transactionnel

L'intérêt des concessions réciproques dans la transaction est de plusieurs ordres. L'accent est souvent mis sur l'originalité que présente, grâce à cet élément, la transaction par rapport à d'autres types d'actes relativement proches. Dans cette perspective, les concessions réciproques font office de critère de distinction. C'est là une analyse très réductrice, qui confond la raison d'être des concessions réciproques avec leurs effets pratiques. Comme le rappelle F. Boulan, « l'exigence des concessions réciproques ne se justifie pas seulement par la commodité du moyen qui permet de distinguer une institution de celles qui lui sont voisines. C'est bien au contraire parce qu'elles sont nécessaires que la transaction est originale. Or, cette nécessité est commandée par la nature contractuelle de la transaction qui se réalise dans un climat psychologique particulier qui imprime au contrat ses différents caractères »⁴⁹⁴.

⁴⁸⁸ C. JARROSSON, « Les concessions réciproques dans la transaction », préc., p. 268.

⁴⁸⁹ Civ., 3 janvier 1883, *D* 1883, I, 456.

⁴⁹⁰ V. sur ce point, L. POULET, *Transaction et protection des parties*, préc., p. 161 et s.

⁴⁹¹ Sur ce point, v. C. JARROSSON, « Les concessions réciproques dans la transaction », préc. p. 268.

⁴⁹² D. FOSKETT, *The Law and Practise of Compromise*, Londres, Sweet & Maxwell, 3e éd., 1991, n°1-01, p. 3, cité par C. JARROSSON, « Les concessions réciproques dans la transaction », préc., p. 268.

⁴⁹³ C. JARROSSON, « Les concessions réciproques dans la transaction », préc., p. 268.

⁴⁹⁴ F. BOULAN, *La transaction en droit privé positif*, préc., p. 181.

Les parties choisissent de recourir à la transaction et ainsi d'éviter le juge étatique ou même arbitral. Cela leur permet de gagner du temps et de l'argent, certes, mais aussi de rester maîtresses de l'issue de leur litige. Elles vont pouvoir négocier selon leurs intérêts personnels, ce qui constitue l'un des attraits les plus notables de la transaction et des modes non juridictionnels de règlement des litiges en général.

Il se peut naturellement que l'une des parties à un litige fasse pleinement droit aux prétentions de l'autre, soit en reconnaissant leur bien-fondé, soit en renonçant de manière unilatérale et sans contrepartie aux siennes, mais pour F. Boulan, « une telle volonté, tout en pouvant produire des effets juridiques, ne pourrait refléter la psychologie des contractants dans une transaction »⁴⁹⁵. Les concessions réciproques répondent, en effet, à une nécessité psychologique et pratique pour les parties, l'idée étant que chacune d'elles tirent un avantage de la transaction. C'est à cette condition qu'elles vont accepter de trouver un terrain d'entente et dépasser le litige qui les oppose pour construire un nouvel horizon contractuel par lequel elles seront liées, en vertu de la force obligatoire du contrat. Dans la transaction, l'effet extinctif du litige doit s'accompagner de contreparties. C'est ce qui confère à ce contrat le caractère de contrat conclu à titre onéreux et de contrat synallagmatique. Ces deux qualificatifs reposent respectivement sur le but poursuivi par les cocontractants et sur les effets du contrat. Les contrats conclus à titre onéreux « assujetti[ssent] chacune des parties à donner ou à faire quelque chose », énonce l'article 1106 du Code civil. Plus précisément, un contrat est réputé être conclu à titre onéreux « lorsque chacune des parties a reçu ou reçoit sous la forme d'une dation immédiate ou d'une promesse pour l'avenir, un avantage qui est la contrepartie de celui qu'elle procure à l'autre »⁴⁹⁶. A l'inverse, les contrats non onéreux sont ceux « par lesquels une partie procure à l'autre un avantage sans rien recevoir en échange »⁴⁹⁷. Il faut ajouter qu'à cette classification fait écho celle de contrats synallagmatiques. « Dans les contrats synallagmatiques, les obligations qui naissent à la charge de chacune des parties se servent réciproquement de cause », explique la doctrine⁴⁹⁸. Si les critères de qualification des contrats à titre onéreux et synallagmatiques répondent à une logique différente, il n'empêche

⁴⁹⁵ *Ibid*, p. 183.

⁴⁹⁶ F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, préc., n° 67.

⁴⁹⁷ *Ibid*.

⁴⁹⁸ Les contrats synallagmatiques sont ainsi définis par l'article 1102 du Code civil : « le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres », et les contrats unilatéraux, par l'article 1103 : « le contrat est unilatéral lorsqu'une ou plusieurs personnes sont obligées envers une ou plusieurs autres, sans que de la part de ces dernières, il y ait engagement ». Les effets de ces contrats diffèrent, puisque, si les contrats synallagmatiques font naître des obligations à la charge des deux parties, les contrats unilatéraux « crée[nt] une obligation à la charge d'une seule des parties », tout en étant « l'œuvre de deux parties », à l'instar de la donation, expliquent F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, préc., n° 64.

pas que la plupart des contrats à titre onéreux sont aussi des contrats synallagmatiques, ce dont témoigne la transaction.

En outre, grâce à ces concessions réciproques, la transaction remplit son office de pacification sociale. D'autant plus que ces dernières sont la garantie d'une meilleure acceptabilité par les parties et donc de la bonne exécution du contrat. « Les parties au contrat de transaction recherchent avant tout leur propre intérêt lorsqu'elles renoncent à une partie de leurs prétentions, mais cette recherche se conjugue avec ce désir d'apaisement du différend. Par les sacrifices consentis, la transaction implique qu'un "geste soit accompli par chaque partie vers l'autre" »⁴⁹⁹.

Contrairement à d'autres modes d'extinction des litiges, la transaction ne se conçoit pas sans contreparties réciproquement consenties. Or, de cette nature juridique différente découle l'application d'un régime juridique différent. L'identification des transactions à partir des concessions réciproques est donc importante.

Les concessions réciproques qu'elle contient font de la transaction administrative un outil distinct du reçu pour solde de tout compte, de la remise de dettes et de la donation. Comme la transaction, la signature du reçu pour solde de tout compte entraîne l'extinction du droit d'agir en justice. Il intervient surtout en droit du travail, où il se présente comme un relevé des sommes versées par l'employeur au salarié lors de la cessation des relations de travail. En signant ce document, le salarié reconnaît que l'employeur lui a versé une certaine somme d'argent en paiement de dettes mentionnées dans l'acte, et se déclare rempli dans ses droits. Une fois l'acte signé, il n'est plus en mesure de poursuivre en justice son employeur pour obtenir le paiement d'une somme qui lui serait due en exécution du contrat de travail ou en raison de sa rupture⁵⁰⁰. Pour autant, transaction et reçu pour solde de tout compte diffèrent nettement : « non seulement, un tel reçu n'intervient pas toujours à l'occasion d'un litige né ou à naître, mais en plus, il ne s'accompagne pas forcément de concessions réciproques »⁵⁰¹.

Quant à la remise de dettes, elle est « l'acte par lequel le créancier libère volontairement le débiteur de tout ou partie de sa dette sans avoir obtenu ce qui lui était

⁴⁹⁹ J.-B. PERRIER, *La transaction en matière pénale*, préc. n° 27, citant P. LARRIEU, « Les concessions dans la transaction », *RLDC* 2007, 2586.

⁵⁰⁰ La signature du reçu pour solde de tout compte ne peut toutefois valoir renonciation du salarié à contester un licenciement. Seule une transaction signée après le licenciement et comportant des concessions réciproques le pourrait (V. notamment Soc., 30 juin 1998, *Bull. civ.* V, n° 145). D'ailleurs, le recours à la transaction est assez fréquent dans le cadre des ruptures du contrat de travail. Pour être valide, elle doit notamment avoir eu pour objet de mettre fin au litige résultant de la rupture du contrat de travail, c'est-à-dire, une fois la rupture du contrat de travail intervenue et définitive (Cass., soc., 29 mai 1996, *D.* 1997, 49, 15 janv. 1997, *Dr. Soc.* 1997, p. 419). V. sur ce dernier point, F. FAVENNE-HERRY, P.-Y. VERKINDT, *Droit du travail*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 2009, p. 547 et s.

⁵⁰¹ *Ibid.*, p. 32.

dû »⁵⁰². Elle est qualifiée par le Code civil de « décharge conventionnelle »⁵⁰³. Comme il s'agit de « mettre fin à un lien de droit, la remise ne saurait procéder de la volonté unilatérale du créancier »⁵⁰⁴, nécessitant donc l'acceptation du débiteur. La donation, qui permet de transférer gratuitement la propriété des biens ou droits particuliers, et même d'instituer un héritier, présente, elle aussi, une nature contractuelle⁵⁰⁵. Si la remise de dettes et la donation sont qualifiées de contrat, leur nature juridique diffère nettement de celle de la transaction. Tandis que les premières procèdent de l'intention libérale de l'un des intéressés lors de la conclusion de la seconde, les parties ne visent qu'à satisfaire leur propre intérêt : éviter un procès et tirer un avantage du contrat signé⁵⁰⁶.

Dès lors, les concessions réciproques font partie intégrante de la définition de la transaction : « il [...] est certain que si la renonciation de l'un des contractants n'avait pas un corrélatif dans un sacrifice fait par l'autre, le contrat serait autre chose qu'une transaction », signalait Troplong⁵⁰⁷. Le Conseil d'Etat a fait sienne cette perception de la transaction.

B. La consécration des concessions réciproques dans la transaction administrative

Pour façonner la transaction administrative, le Conseil d'Etat s'est inspiré de la logique qui étaye la transaction de droit privé. Ainsi, les concessions réciproques sont aujourd'hui qualifiées d'« élément essentiel » à ce contrat (a). Cette reconnaissance tardive ne doit pas faire oublier que les transactions des personnes publiques n'ont jamais été conçues autrement qu'avec des contreparties, formant ainsi la cause de ce contrat particulier (b).

a. Les concessions réciproques, « élément essentiel » de la transaction administrative

Pour recevoir la qualification de transaction administrative, l'accord qui met fin à un litige relevant de la juridiction administrative doit comporter des concessions réciproques.

⁵⁰² F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, préc., n° 1459.

⁵⁰³ V. C. civil, art. 1285 et 1287.

⁵⁰⁴ F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, préc., n° 1459.

⁵⁰⁵ V. C. civil, art. 931.

⁵⁰⁶ Il faut quand même indiquer qu'une remise de dettes et même une donation peuvent être consenties lors d'une transaction. V. Com. 2 octobre 2001, *D.* 2001, p. 3119, obs. A. Lienhard.

⁵⁰⁷ R. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du code*, préc., comm. de l'art. 2044, n° 21.

Paradoxalement, la nécessité des concessions réciproques a été formalisée assez tardivement, alors même que leur traitement juridique avait été largement organisé. En effet, ce n'est qu'en 2006, dans l'arrêt *Commune de Théoule-sur-Mer*, que le Conseil d'Etat les qualifie expressément d'« élément essentiel » de la transaction administrative⁵⁰⁸. Preuve que le fait que les personnes publiques concèdent ne soulève plus de difficulté aujourd'hui, le futur Code des relations entre le public et l'administration évoque expressément les concessions réciproques parmi les éléments de définition de la transaction⁵⁰⁹.

La transaction litigieuse à l'origine de l'arrêt *Commune de Théoule-sur-mer* avait été signée, le 8 août 1995, entre une commune, concessionnaire du domaine public maritime de l'Etat, et une société privée, afin de régler les conséquences matérielles et financières de l'annulation par le juge administratif du sous-traité passé de gré-à-gré qui les liait, ainsi que du choix de la commune de recourir à un autre exploitant après une procédure de publicité et de mise en concurrence. Par une délibération du 1^{er} août 1995, le conseil municipal approuva le principe du dédommagement et autorisa le maire à « signer tout document nécessaire à cet effet et à procéder à ce dédommagement selon les modalités en vigueur »⁵¹⁰. Aux termes de la transaction conclue, la commune s'engageait à verser à la société une certaine somme d'argent contre la remise des installations et matériels de plage lui appartenant et à renoncer à toute action et instance relative à l'exploitation de la plage à l'encontre de son cocontractant. La société, quant à elle, se déclarait entièrement remplie de ses droits et s'engageait à se désister de toute action et instance à l'encontre de la commune. Si la société se désista effectivement des recours engagés devant le Tribunal administratif, la commune refusa en revanche d'exécuter ses obligations contractuelles. Le juge administratif fut donc saisi du contentieux de la transaction. En cassation, le Conseil d'Etat annula l'arrêt de la Cour administrative d'appel pour ne pas avoir relevé d'office la nullité de la transaction à raison de l'incompétence de son signataire.

Dans son arrêt, la Haute juridiction rappelle qu'aux termes de l'article L. 2122-21 du Code général des collectivités territoriales, la décision de conclure une transaction dépend du conseil municipal, et que la signature de la convention par le maire ne fait qu'exécuter ladite délibération, l'exécutif de la collectivité territoriale ne bénéficiant pas d'une délégation de

⁵⁰⁸ CE, 11 septembre 2006, *Commune de Théoule-sur-Mer*, AJDA 2006, p. 2125, note J.-D. Dreyfus, *Contrats-marchés publics* 2006, comm. 330, note G. Eckert, *JCP G* 2006, act. 446, obs. M.-C. Rouault, *JCP G* 2006, I 201, chron. B. Plessix, *Procédures* 2006, comm. 256, obs. S. Deygas, *Dr. Adm.* 2007, comm. 20, note A. Ménéménis.

⁵⁰⁹ V. C. des relations entre le public et l'administration, art. L. 423-1.

⁵¹⁰ CE, 11 septembre 2006, *Commune de Théoule-sur-Mer*, préc.

compétence. Dès lors, le conseil municipal, tandis qu'il délibère sur le projet de transaction doit « se prononcer sur tous les éléments essentiels du contrat à intervenir »⁵¹¹, comprenant la mention précise de la contestation en cause et les concessions réciproques des parties.

En l'occurrence, le fait que le conseil municipal ne se soit pas prononcé sur les concessions réciproques envisagées entachait la transaction de nullité. Il ne reste à la société qui s'était désistée de ses recours devant le Tribunal administratif, qu'à rechercher la responsabilité de la commune à raison de la faute commise par elle en passant un contrat dans des conditions irrégulières.

Si cette décision apporte d'importantes précisions quant à la procédure de passation des transactions des personnes publiques et à la répartition des compétences au sein de l'exécutif local, c'est ici sa contribution à la définition de ce contrat qu'il convient de considérer.

Avant cet arrêt, la jurisprudence n'avait pas clairement exprimé la nécessité de concessions réciproques dans la transaction administrative. Le fait même que les personnes publiques concèdent faisait l'objet de controverses. Pour certains, en effet, il n'était pas concevable que les personnes publiques accordent ou implorent des concessions⁵¹². Dans cette perspective, les concessions étaient bien souvent perçues comme un abandon de droits, un dépouillement, un renoncement, voire même une abdication, ce qui explique d'ailleurs le recours longtemps limité à ce mode de règlement des litiges.

Pourtant, avant 2006, la question de la présence des concessions réciproques dans les transactions signées par les personnes publiques était régulièrement évoquée.

Déjà, J. Romieu s'était longuement attaché en 1893 à définir les concessions réciproques dans les transactions des personnes publiques, à l'occasion des conclusions prononcées pour le contentieux opposant des compagnies de chemin de fer au ministre de la guerre⁵¹³. Il expliquait que, « l'Etat ne peut [...] contracter qu'à titre onéreux, une transaction étant d'ailleurs considérée comme un contrat à titre onéreux, parce qu'elle suppose des concessions réciproques, ces concessions fussent-elles même inégales »⁵¹⁴. En outre, il

⁵¹¹ *Ibid.*

⁵¹² La formule est empruntée à B. PLESSIX, chron. sur CE, 11 septembre 2006, *Commune de Théoule-sur-Mer*, JCP G 2006, I 201, n° 6.

⁵¹³ J. Romieu, concl. sur CE, 17 mars 1893, *Chemin de fer du Nord, de l'Est et autres contre ministre de la guerre*, préc., p. 124.

⁵¹⁴ *Ibid.*

regardait « l'abandon de certains droits en raison de concessions réciproques » comme l'une des « conditions essentielles de la transaction »⁵¹⁵. Ces concessions devaient répondre, selon lui, à une « obligation préexistante » et ne pas être constitutives de libéralités⁵¹⁶. L'apport de cette analyse sur la définition et le régime juridique des transactions des personnes publiques est considérable.

Les arrêts *Compagnie de la N'Goko-Sangha*⁵¹⁷ et *Quillery*⁵¹⁸, rendus respectivement en 1921 et 1929 par le Conseil d'Etat, font aussi référence à des concessions réciproques dans la transaction.

C'est aussi ce que retient le Conseil d'Etat, dans son rapport de 1993, mais de manière assez sibylline. La transaction y est définie comme un « règlement amiable d'un litige impliquant des concessions réciproques, ou en tout cas, un rapprochement entre des prétentions à objet pécuniaire au départ éloignées les unes des autres »⁵¹⁹. Les concessions réciproques y sont ensuite qualifiées d'« élément fondamental de la transaction »⁵²⁰.

De même, la circulaire de 1995 les évoque, mais dans un paragraphe relatif aux « conditions de validité de la transaction »⁵²¹ et non dans la définition de la transaction telle qu'énoncée à partir de l'article 2044 du Code civil. En outre, elles étaient envisagées davantage sous l'angle de l'interdiction pour les personnes publiques de procéder à des libéralités et à l'étendue du contrôle juridictionnel exercé sur les concessions qu'en tant qu'élément de définition de la transaction administrative.

Ce n'est finalement qu'en 2006 avec l'arrêt *Commune de Théoule-sur-Mer* que le Conseil d'Etat désigne pour la première fois les concessions réciproques comme élément constitutif de la transaction⁵²². Ce faisant, « l'arrêt de la Cour de cassation de 1883 [qui consacrait les concessions réciproques comme élément de définition de la transaction] a trouvé son jumeau administratif », a-t-il été signalé⁵²³. La concession ne saurait être unilatérale, gratuite, sans contrepartie. Le contrat transactionnel est manifestement loin de

⁵¹⁵ *Ibid.*

⁵¹⁶ *Ibid.*

⁵¹⁷ CE, 8 avril 1921, *Cie de la N'Goko-Sangha, Leb.*, p. 351.

⁵¹⁸ CE, 9 juillet 1929, *Quillery, Leb.*, p. 703.

⁵¹⁹ *Régler autrement les conflits*, préc. p. 51.

⁵²⁰ *Ibid.*, p. 54.

⁵²¹ Circulaire du 6 février 1995, préc., § 1.3.4.

⁵²² La circulaire du 6 avril 2011 qui remplace celle de 1995 n'a guère tenu compte de l'arrêt de 2006, puisqu'elle continue à définir la transaction à partir du seul article 2044 du Code civil, sans faire mention des concessions réciproques. De la même manière, celles-ci ne sont évoquées que dans le paragraphe consacré aux « conditions de validité de la transaction », et moins dans leur contribution à la définition de ce contrat, que du point de vue de leur traitement juridique. V. circulaire préc., § 1.3.4.

⁵²³ B. PLESSIX, chron. sur CE, 11 septembre 2006, *Commune de Théoule-sur-Mer*, préc., n° 6.

constituer une abdication de la part des parties. Elle relève au contraire des contrats conclus à titre onéreux et synallagmatiques.

Sans doute le contexte actuel a-t-il favorisé la consécration sans équivoque de la nécessité de concessions réciproques dans la transaction administrative. En effet, les relations entre les administrés et les personnes publiques changent, et avec elles, la perception du rôle de ces dernières. La doctrine contemporaine s'accorde pour observer une mutation de la puissance publique, due notamment aux évolutions des attentes des citoyens. Le champ des interventions des personnes publiques s'est diversifié, ainsi que celui des outils mis à leur disposition : le dialogue et la concertation tendent à s'imposer. Plus exactement, il y a une limitation croissante de l'unilatéralité comme moyen d'action des personnes publiques au profit des modes d'action négociés. Dans cette optique, l'Etat autoritaire laisse place à un Etat-partenaire, qui contracte de plus en plus fréquemment.

C'est d'ailleurs la raison pour laquelle un vieil outil juridique comme la transaction est aujourd'hui redécouvert et encouragé. L'idée que les personnes publiques discutent et négocient est admise, et correspond même aux aspirations des particuliers. Dès lors, le fait qu'elles concluent des transactions, impliquant des concessions réciproques, ne suscite pas de réticences. La transaction administrative se définit pleinement aujourd'hui comme un contrat visant à régler des litiges qui auraient relevé de la compétence du juge administratif et impliquant des concessions réciproques.

b. Les concessions réciproques, la cause de la transaction administrative

En droit privé, la notion de cause revêt deux acceptions. De manière objective, la cause est entendue comme la cause de l'obligation dans les contrats synallagmatiques conclus à titre onéreux. « Dans les contrats synallagmatiques, l'obligation de chaque contractant trouve sa cause dans l'obligation, envisagée par lui comme devant être effectivement exécutée, de l'autre contractant », rappelle régulièrement la Cour de cassation⁵²⁴. De manière subjective, la cause désigne le but du contrat, l'avantage que chaque partie cherche à obtenir en contractant. « Il est manifeste qu'en droit privé, la notion de cause n'apparaît pas comme quelque chose d'unitaire : ce n'est en effet pas tout à fait au même concept que recourt le droit civil lorsqu'il cherche à déterminer la contrepartie d'une obligation dans un contrat

⁵²⁴ V. par exemple, Com., 11 janvier 2005, N° 01-11077.

synallagmatique et lorsqu'il tente de cerner le but, le "pourquoi" subjectif, qui a amené l'une des parties à contracter », signale B. Plessix⁵²⁵.

S'agissant du traitement juridique des concessions réciproques au sein de la transaction administrative, il apparaît que le Conseil d'Etat a fait siennes ces deux acceptions. Il contrôle autant la cause des obligations auxquelles s'engagent les parties, que sa jurisprudence traditionnelle tirée des arrêts *Mergui* et *SA Entreprise Renaudin*, contribue du reste à délimiter (1), que la cause du contrat, c'est-à-dire son but qui doit être licite (2).

1. La contribution des principes posés par les arrêts *Mergui* et *SA Entreprise Renaudin* à la conception objective de la cause

S'agissant de la transaction administrative, la condition de validité des contrats qu'est la cause et le principe de l'interdiction pour les personnes publiques et privées de payer des sommes qu'elles ne doivent pas, se rejoignent. La première résulte de la théorie générale des contrats et le second, de la jurisprudence du Conseil d'Etat. Dans la mesure où ils tendent à garantir un équilibre contractuel, ils se font écho dans le contrat particulier qu'est la transaction administrative. F. Lombard évoque une « analyse causaliste des rapports financiers établis par la transaction »⁵²⁶. Les interdictions posées par les arrêts *Mergui* et *SA Entreprise Renaudin* conditionnent l'établissement des concessions réciproques au sein de la transaction administrative, et ce faisant la définition de ce contrat.

Si le souci de protéger les deniers publics est ancien, c'est dans l'arrêt *Mergui* du 19 mars 1971 que le Conseil d'Etat pose clairement l'interdiction pour les personnes morales de droit public de payer des sommes qu'elles ne doivent pas⁵²⁷. Il qualifie expressément cette

⁵²⁵ B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, préc., n° 220.

⁵²⁶ F. LOMBARD, *La cause dans le contrat administratif*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 77, 2008, n° 81.

⁵²⁷ CE, 19 mars 1971, *Mergui*, préc. Les faits de l'espèce étaient les suivants. Le concours de la force publique avait été refusé pendant plusieurs mois aux sieurs Mergui, alors qu'ils avaient obtenu du juge des référés l'expulsion de leur locataire qui ne payait plus ses loyers. Ils cherchèrent à obtenir réparation du préjudice que leur avait causé un tel refus. Devant le Tribunal administratif, le ministre de l'Intérieur admit le principe de la responsabilité de l'Etat sur le fondement de la jurisprudence *Couitéas*, et accepta de prendre comme base de calcul du préjudice une indemnité d'occupation mensuelle de 350 francs. Il proposait aux requérants l'allocation d'une somme de 16 275 francs, sous réserve de la subrogation de l'Etat dans leurs droits à l'encontre du locataire. Base de calcul, que les sieurs Mergui ont acceptée, ainsi que la somme proposée par le ministre et la subrogation. Ces derniers demandèrent au Tribunal administratif de donner acte de leur acceptation à l'offre du ministre et de condamner, si besoin, l'Etat au paiement de la somme convenue. Le Tribunal administratif statua sans prendre en compte l'accord intervenu, et jugea l'Etat responsable, tout en renvoyant les demandeurs devant l'administration pour la liquidation de l'indemnité, puisque le dossier faisait apparaître que le locataire, avait payé certains loyers. Les requérants firent appel de ce jugement devant le Conseil d'Etat, qui condamna l'Etat au

interdiction de principe d'ordre public, qui à ce titre doit être soulevé d'office par le juge. En outre, sa portée dépasse le champ de la transaction administrative pour concerner tout acte des personnes publiques. B. Delaunay a pu émettre des réserves à l'égard de ce principe, pariant même sur son extinction⁵²⁸. Il estime que non seulement ce principe repose sur des considérations qui sont insuffisantes à le fonder valablement⁵²⁹, mais qu'en plus, il tend à être supplanté par un autre principe, celui de l'interdiction des libéralités⁵³⁰. Aussi intéressantes soient ces analyses, elles n'emportent pas tout à fait la conviction. Il est vrai que les considérations qui motivent traditionnellement ce principe sont d'inégale importance : le souci de protéger les deniers publics, exigence à valeur constitutionnelle sur le fondement des articles 14 et 15 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen⁵³¹, le principe d'égalité devant les charges publiques, et enfin l'intérêt général que doivent satisfaire les personnes publiques⁵³². S'il faut convenir avec B. Delaunay que le lien entre le principe posé par l'arrêt *Mergui* et celui de l'égalité devant les charges publiques semble lointain, il n'en reste pas moins que le souci de protéger les deniers publics justifie une protection particulière. Il faut ajouter que distinguer l'interdiction de faire supporter à une personne publique une somme qu'elle ne doit pas et l'interdiction de pratiquer des libéralités semble hasardeux. Il y a là un seul et même principe. La formulation diffère, mais la réalité est la même, puisque dans tous les cas, il s'agit d'interdire aux intéressés de supporter des sommes qu'ils ne doivent pas, que ce soit parce que le préjudice allégué n'existe pas ou parce que l'indemnisation arrêtée est excessive au regard de ce qui est du.

En 1978, dans l'arrêt *SA Entreprise Renaudin*, le Conseil d'Etat dégage un principe équivalent à celui de l'arrêt *Mergui* pour les personnes privées. En espèce, il lui revenait de déterminer si le juge administratif devait soulever d'office les conclusions dirigées à tort contre une personne privée. Il était alors saisi d'un recours en appel dirigé contre un jugement qui condamnait une entreprise à réparer les conséquences dommageables d'une occupation temporaire du domaine public, alors que seule la responsabilité de l'Etat pouvait être

paiement de la somme convenue aux sieurs Mergui. Ces derniers faisaient valoir que le Tribunal administratif avait violé le contrat judiciaire né de l'acceptation par eux de l'offre de l'administration.

⁵²⁸ B. DELAUNAY, « L'interdiction de condamner une personne publique à une somme qu'elle ne doit pas. Grandeur et décadence de la jurisprudence *Mergui* », in *Liber amicorum G. Darcy : détours juridiques, le praticien, le théoricien et le rêveur*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 199.

⁵²⁹ *Ibid*, p. 213 et s.

⁵³⁰ *Ibid*, p. 214 et s.

⁵³¹ CC, 24 juillet 2008, n° 2008-567, *Loi relative aux contrats de partenariat*, AJDA 2008, p. 1664, note J.-D. Dreyfus.

⁵³² « Il serait contraire à cet intérêt général qu'un débiteur de ce[s] personne[s] morale[s] en perçoive une somme supérieure à laquelle elle est en droit de prétendre », expliquent D. LABETOULLE et P. CABANES, chron. sur CE, 19 mars 1971, *Mergui*, AJDA 1971, p. 274.

recherchée. La Haute juridiction accepte de relever d'office le moyen et annule le jugement. Ce faisant, non seulement le Conseil d'Etat reconnaît l'existence d'un principe interdisant de faire supporter à une personne privée une somme qu'elle ne doit pas, mais en plus, il en fait un moyen d'ordre public. En effet, « les moyens d'ordre public [...] sont les seuls que le juge puisse, et doive, relever d'office »⁵³³, et sont arrêtés par la jurisprudence « en fonction de l'importance attachée à la censure de certains comportements »⁵³⁴.

La solution tendant à accorder aux personnes privées une protection égale à celle des personnes publiques procède largement de l'équité. C'est ce que révèlent les conclusions du Commissaire du gouvernement Galabert prononcées à l'occasion de l'arrêt *SA Entreprise Renaudin* et suivies par la formation de jugement. Il faisait valoir que « ce n'est pas pour le juge exercer son office dans des conditions satisfaisantes que de prononcer une condamnation à l'encontre d'une personne dont il sait pertinemment qu'elle ne devrait pas être condamnée. Le caractère inégalitaire du droit administratif ne pouvait justifier une telle différence de traitement entre les personnes publiques et les personnes privées, en matière de protection des deniers. L'inverse serait "choquant" »⁵³⁵. En outre, « il serait [...] à peu près impossible de faire accepter des justiciables que le juge administratif, tout en protégeant les collectivités publiques contre toute condamnation injustifiée, condamne sans hésiter les personnes privées, qui seront d'ailleurs le plus souvent des personnes appelées à collaborer avec l'administration, comme des entrepreneurs, à payer des sommes qu'elles ne doivent pas »⁵³⁶. Le principe posé par l'arrêt *Mergui* existe donc par lui-même, quand le principe de l'arrêt *SA Entreprise Renaudin* lui fait écho. Ce n'est que parce que les deniers des personnes publiques sont l'objet de mesures de protection que ceux des personnes privées doivent l'être aussi.

Si le principe dégagé en 1978 fût rappelé à de nombreuses reprises⁵³⁷, des incertitudes ont pu apparaître à propos de sa pérennité. Des arrêts plus récents ont semblé retenir une solution inverse⁵³⁸. Toutefois, aucun d'eux ne concernaient précisément la transaction administrative. Il était question des modalités contractuelles d'indemnisation du cocontractant de l'administration en cas de résiliation de contrats de la commande publique. Le Conseil d'Etat a regardé comme valables ces stipulations contractuelles prévoyant une indemnisation

⁵³³ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, préc., n° 932.

⁵³⁴ D. LABETOULLE, M. CABANES, *chron. préc.*, p. 274.

⁵³⁵ M. GALABERT, *concl. sur CE, 17 mars 1978, SA Entreprise Renaudin*, préc., p. 145.

⁵³⁶ *Ibid.*

⁵³⁷ V. par exemple, CE, 20 septembre 1991, *Commune de Villard-de-Lans*, N° 78682. V. sur cette question, plus généralement, B. DELAUNAY, « L'interdiction de condamner une personne publique à une somme qu'elle ne doit pas. Grandeur et décadence de la jurisprudence *Mergui* », préc., pp. 206-207. L'auteur montre que « les illustrations de ce principe sont particulièrement abondantes dans le contentieux de la responsabilité du fait des travaux publics ».

⁵³⁸ CE, 4 mai 2011, *CCI de Nîmes, Uzès, Bagnols et Le Vignac*, N° 334280 et CE, 19 décembre 2001, *Sté AB Trans*, N° 350341.

inférieure au préjudice réel du cocontractant. Outre que cette solution est critiquable dans sa logique générale, puisqu'il est regrettable que le Conseil d'Etat fasse fi des considérations qui président à l'arrêt *SA Entreprise Renaudin*, il est très probable qu'elle ne s'applique pas à la transaction administrative. Pour ce contrat en particulier, il importe que les parties soient placées dans un rapport de force égalitaire. Il ne faudrait pas qu'un contrat qui vise à la pacification des relations sociales réserve un traitement différencié à ses parties. Ce serait aller à l'encontre de l'esprit de la transaction, contrat égalitaire par essence puisque permettant de régler un litige. Aussi, il n'y a pas à douter que la solution dégagée en 1978 et confirmée ensuite soit encore d'actualité pour la transaction administrative au moins. On aurait alors affaire à un principe propre au contrat transactionnel. Du reste, il faut reconnaître avec B. Delaunay qu'« il n'y a aucune raison valable pour limiter cette interdiction [faite aux personnes publiques de payer une somme qu'elles ne doivent pas] aux seules personnes publiques dès lors que des personnes privées peuvent également se trouver en situation d'être condamnées par le juge administratif dans une affaire de responsabilité administrative »⁵³⁹.

En l'occurrence, les deux principes évoqués contribuent à définir la cause de la transaction administrative, entendue dans son sens objectif. C'est ce qu'avait déjà théorisé le président Romieu, en 1893, dans ses conclusions prononcées sur l'arrêt *Chemin de fer du Nord, de l'Est et autres contre ministre de la Guerre*.

Le Conseil d'Etat avait été saisi d'une demande d'annulation d'une transaction conclue par un ministre pour régler le contentieux relatif aux frais de transports de matériel assurés par ces compagnies pendant la guerre au nom de l'administration de la guerre⁵⁴⁰. Le requérant soulevait l'incompétence du ministre, non pas pour conclure une transaction en général, mais pour conclure cette transaction en particulier, constitutive, selon lui, d'une libéralité⁵⁴¹. Romieu examine le moyen sur le terrain de l'incompétence du ministre pour faire des libéralités⁵⁴². En effet, « dans le cas où une transaction recouvrirait une libéralité, la nullité de la transaction tiendrait à une incompétence, qui serait absolument d'ordre public. Le ministre, qui au lieu de faire une transaction, fait une libéralité, est incompétent, il empiète sur

⁵³⁹ B. DELAUNAY, « L'interdiction de condamner une personne publique à une somme qu'elle ne doit pas. Grandeur et décadence de la jurisprudence *Mergui* », préc., p. 206.

⁵⁴⁰ CE, 17 mars 1893, *Chemin de fer du Nord, de l'Est et autres contre ministre de la Guerre*, préc.

⁵⁴¹ Le troisième moyen est ainsi résumé par le président Romieu : « L'administration a le droit de revenir sur un compte, si ce compte est le résultat d'une convention qu'en toute matière l'administration n'avait pas le droit de passer, parce que cette convention constituait, non pas une simple transaction, qui rentre dans les pouvoirs du ministre, mais constituait un acte que l'administration n'a jamais le droit de faire, c'est-à-dire d'une part, un compromis, d'autre part, une libéralité, ou, si l'on préfère, une renonciation à des droits acquis sans cause préexistante », concl. préc. p. 120.

⁵⁴² *Ibid*, p. 123.

le domaine du pouvoir législatif, il y a là une nullité d'ordre public qui est opposable à toute époque », explique-t-il⁵⁴³. A l'inverse, « la transaction simplement mauvaise ne constitue pas une incompétence, c'est une question de défense plus ou moins habile des intérêts de l'Etat, et cela n'engage que la responsabilité du ministre »⁵⁴⁴.

A partir de là, pour définir plus précisément la libéralité, Romieu fait appel à la notion de cause. Les concessions réciproques sont déterminées par rapport à la cause préexistante, dans leur principe et dans leur montant. La libéralité prend donc deux formes : l'absence d'obligation préexistante et la disproportion manifeste entre les concessions consenties par chacune des parties. A ces deux formes répondent deux critères d'analyse des concessions réciproques : celui de la cause et celui de la proportionnalité. Romieu insiste sur le fait qu'une transaction seulement défavorable à l'administration ne constitue pas une libéralité. « Pour qu'elle perde le caractère de transaction, pour qu'elle devienne une libéralité, il faut qu'on y fasse d'une façon évidente l'abandon de droits tellement considérables en échange d'avantages si illusoires, qu'on puisse dire que la différence est vraiment trop considérable à la charge de celui qui en subit les effets. Cela devient une libéralité »⁵⁴⁵.

Cette lecture causaliste des concessions réciproques a trouvé une nouvelle justification dans le souci de protéger les deniers publics et privés tel qu'exprimé par les arrêts *Mergui* et *SA Entreprise Renaudin*. Les conclusions du Commissaire du gouvernement Rougevin-Baville sur l'arrêt *Mergui* livrent d'intéressantes précisions à ce sujet⁵⁴⁶. L'analyse qu'il préconise s'inscrit dans la continuité de celle de Romieu, puisqu'il propose de sanctionner les transactions constitutives de libéralités dans deux hypothèses : en cas de disproportion entre la somme offerte et le préjudice subi, d'une part, et en cas d'allocation d'une somme en l'absence de préjudice ou de préjudice imputable à la partie concédante, d'autre part. La convergence avec l'analyse de Romieu ne fait pas de doute : on retrouve les deux mêmes critères, celui de la disproportion manifeste et celui de l'obligation préexistante. Ainsi, les concessions réciproques ne peuvent porter sur le principe de la dette due par la personne publique, et doivent rester proportionnées au préjudice subi.

M. Rougevin-Baville s'exprimait ainsi : « ce qui est d'ordre public, ce n'est pas une éventuelle exagération de l'indemnité convenue, car après tout, une transaction peut être plus ou moins bonne, et la collectivité peut se montrer relativement large sur un point afin

⁵⁴³ *Ibid*, p. 124.

⁵⁴⁴ *Ibid*.

⁵⁴⁵ *Ibid*.

⁵⁴⁶ M. ROUGEVIN-BAVILLE, concl. sur CE, 19 mars 1971, *Mergui, Leb.*, p. 236.

d'obtenir satisfaction sur un autre. Nous ne vous proposons donc pas d'admettre que le juge puisse refuser l'homologation de l'accord des parties par le seul motif que la somme offerte par l'administration lui paraît supérieure au préjudice subi, à moins que la disproportion ne soit telle que la prétendue transaction ne devienne une libéralité, selon l'expression de M. Romieu »⁵⁴⁷. Et d'ajouter, « mais nous pensons qu'il doit le faire si tout ou partie des sommes allouées correspond à un préjudice ou à un chef de préjudice qui n'existe pas ou qui n'engage pas la responsabilité de la puissance publique »⁵⁴⁸.

C'est ainsi que protection des deniers publics et cause des obligations nées de la transaction se répondent. Pour F. Lombard, le principe d'ordre public interdisant aux personnes publiques de payer une somme qu'elles ne doivent pas est « une manière d'énoncer la prohibition pour les personnes publiques, de contracter sans cause »⁵⁴⁹. Pour des considérations d'équité, cette analyse a été étendue aux personnes privées qui concluent des transactions administratives. « Le juge vérifie que les concessions réciproques que les parties consentent sont réelles et surtout qu'elles trouvent effectivement leur justification dans une obligation préexistante ce qui le conduit à déterminer la cause de l'obligation de chaque partie »⁵⁵⁰. Une contrepartie accordée sans référence à ce qui est dû constitue une obligation sans cause préexistante.

La définition des concessions réciproques se présente donc en des termes propres au droit administratif. Celui-ci ne s'intéresse pas tant à leur équivalence qu'à leur détermination au regard de ce qui est dû. C'est ainsi qu'est entendu l'équilibre des concessions réciproques au sein de la transaction administrative⁵⁵¹. La cause permet aussi au juge de contrôler la licéité des concessions réciproques.

⁵⁴⁷ *Ibid*, p. 246.

⁵⁴⁸ *Ibid*.

⁵⁴⁹ F. LOMBARD, *La cause dans le contrat administratif*, préc., n° 80.

⁵⁵⁰ *Ibid*, n° 81.

⁵⁵¹ Cette précision s'impose avec d'autant plus d'acuité que l'article L. 423-1 du futur Code des relations entre le public et l'administration évoque des « concessions réciproques et équilibrées » dans le contrat transactionnel. S'agissant de la transaction administrative, l'équilibre des concessions s'apprécie au regard de ce qui est dû. Sur le fait que l'article L. 423-1 concerne la transaction comme mode de règlement des litiges de l'administration, et non la transaction administrative en particulier, v. introduction, pp. 36-37.

2. L'exigence de concessions réciproques licites, traduction de la conception subjective de la cause

« Une fois transposée, il va de soi que le Conseil d'Etat n'a pas hésité à faire jouer tous les aspects de la notion de cause, ce qui explique l'apparition au XX^e siècle d'arrêts sanctionnant des contrats conclus pour des motifs illicites », a-t-il été observé⁵⁵². Ce phénomène se vérifie s'agissant de la transaction administrative, puisque le juge administratif contrôle la licéité de la cause de ce contrat. C'est ici de la cause au sens subjectif qu'il est question, c'est-à-dire du but poursuivi par les parties tandis qu'elles s'obligent l'une envers l'autre. Or, dans le cadre de la transaction, licéité de la cause et licéité de l'objet du contrat présentent une grande proximité, comme en témoigne la formule généralement utilisée par la jurisprudence : « une transaction peut être déclarée nulle, lorsqu'elle est dépourvue de cause ou qu'elle est fondée sur une cause, qui en raison de l'objet de cette convention ou du but poursuivi par les parties présente un caractère illicite »⁵⁵³.

Le jugement du Tribunal administratif de Lyon du 25 mars 2004 illustre, non seulement la réception de la conception subjective de la cause dans la transaction, mais aussi la complémentarité, si ce n'est l'imbrication de la cause et de l'objet dans ce contrat⁵⁵⁴.

Après avoir constaté le défaut de cause légitime, le Tribunal administratif rejette la demande d'homologation d'une transaction qui lui avait été soumise. Le Tribunal rappelle que l'homologation d'une transaction n'est possible qu'à condition que l'objet de cette transaction soit licite, et juge qu'en l'occurrence, la transaction est dépourvue de cause légitime, dès lors que « l'achat de deux dameuses au lieu de la poursuite de leur location, apparaît comme un artifice comptable destiné à réduire le déficit de la section de fonctionnement [du syndicat], tout en éludant l'avis émis par la Chambre régionale des comptes et l'application du Code des marchés publics ». Une transaction avait en effet été conclue entre un syndicat mixte et une société privée, après un avis de la juridiction financière constatant que le compte administratif du syndicat faisait apparaître un déficit des recettes de la section de fonctionnement et préconisant à défaut de l'obtention d'une subvention du Conseil général du département, une participation complémentaire des collectivités associées. Le Tribunal ne se place pas sur le terrain de l'objet, mais sur celui de la cause, celle-ci étant en l'espèce, non pas illicite, mais

⁵⁵² B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans le droit administratif*, préc., n° 229.

⁵⁵³ Cette formule est citée, par exemple, dans l'arrêt CAA Versailles, 12 juin 2012, N° 10VE02975, *ONIAM*.

⁵⁵⁴ TA Lyon, 25 mars 2004, *Syndicat mixte du Jura Gessien*, *AJDA* 2004, p. 1650, note J.-D. Dreyfus.

illégitime. Comme l'explique F. Lombard, il ne s'agit pas là d'une nouvelle catégorie de cause — à côté de celles des causes illicite et absente. Le contrôle de la cause illicite et celui de la cause illégitime sont joints, puisqu'« il est question dans un cas comme dans l'autre, de juger du but poursuivi : une acception englobante de la cause permet d'envisager ces deux aspects »⁵⁵⁵.

Enfin, il est manifeste qu'au sein de la transaction administrative, la condition de la cause, entendue comme le but poursuivi par les parties, ne peut que faire écho à la condition de l'objet. En effet, la cause comprise comme « la motivation que les parties poursuivent, le besoin qu'elles entendent satisfaire ou encore la fonction économique qu'elles cherchent à exercer par le choix de cette structure contractuelle [...] se rapporte donc à l'objet type », observe L. Marcus⁵⁵⁶. De manière générale, « en raison de l'interdépendance des notions de consentement, d'objet et de cause, on aurait du mal à concevoir que lorsque dans un contrat la cause est illicite, l'objet ne le soit pas, et que le consentement de l'un des contractants ne soit pas erroné », estime B. Plessix⁵⁵⁷.

Quoi qu'il en soit, les arrêts relatifs à la cause au sens subjectif dans la transaction administrative sont assez rares, sans doute parce que le juge administratif, quand il en a la possibilité, préfère mobiliser des éléments de nullité sur le terrain objectif plutôt que de sonder les intentions des parties⁵⁵⁸.

En définitive, il apparaît que les concessions réciproques dans la transaction administrative ne sont ni tout à fait identiques, ni tout à fait différentes de celles de la transaction de droit privé. Le Conseil d'Etat emprunte au droit civil l'exigence de concessions réciproques qui constitue la cause du contrat, c'est-à-dire ce sans quoi les parties n'auraient pas transigé. Mais cet emprunt ne peut aller sans adaptations qui résultent essentiellement des principes d'ordre public interdisant aux personnes publiques et privées d'avoir à supporter des sommes qu'elles ne doivent pas. Il faut donc que les concessions réciproques soient établies en référence au préjudice à réparer, règle qui détermine inmanquablement la consistance des concessions réciproques.

⁵⁵⁵ F. LOMBARD, *La cause dans le contrat administratif*, préc., n° 124.

⁵⁵⁶ L. MARCUS, *L'unité des contrats publics*, préc., n° 449.

⁵⁵⁷ B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, préc., n° 229.

⁵⁵⁸ Sur cette tendance du juge administratif en matière contractuelle, v. F. LOMBARD, *La cause dans le contrat administratif*, préc., n° 126, et B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, préc., n° 229.

§II. LA CONSISTANCE DES CONCESSIONS RECIPROQUES

La consistance des concessions réciproques au sein de la transaction administrative fait l'objet d'un traitement juridique propre au droit administratif. Plus précisément, la question de la nature desdites concessions (A) comme celle de leur quantum (B) sont conditionnées par le souci de ne pas faire payer aux intéressés des sommes qu'ils ne doivent pas.

A. La nature des concessions réciproques

Le terme de concession vient du latin *concedere*⁵⁵⁹, signifiant abandonner, accorder quelque chose à quelqu'un⁵⁶⁰. Le sens donné à ce terme n'a guère évolué depuis son origine, puisque *Le Petit Robert* le définit aujourd'hui, comme « le fait d'abandonner à son adversaire un point de discussion, de lâcher du lest, de mettre de l'eau dans son vin »⁵⁶¹. La difficulté, en l'espèce, est d'identifier ce sur quoi portent les concessions nécessaires à une transaction administrative : s'agit-il d'une renonciation à des droits ou à des prétentions juridiques ?

Paradoxalement, alors que les concessions réciproques sont au cœur du procédé transactionnel, leur nature demeure incertaine. Cette question embarrasse aussi bien la doctrine que la jurisprudence, en droit privé comme en droit administratif. Ni le juge judiciaire, ni le juge administratif ne se sont véritablement prononcés à ce sujet⁵⁶².

La complexité de la question s'explique aisément. Elle tient pour beaucoup à la nature hybride de la transaction, au carrefour du droit et de la procédure. En outre, le Code civil n'est pas d'une grande aide, puisqu'il indique en son article 2048 que « les transactions se renferment dans leur objet : la renonciation qui y est faite à tous droits, actions et prétentions, ne s'entend que de ce qui est relatif au différend qui y a donné lieu ». Une rédaction aussi englobante est de nature à satisfaire toutes les analyses.

En l'absence de position jurisprudentielle claire, plusieurs interprétations ont, en effet, été proposées par des auteurs majoritairement civilistes. La doctrine, dite classique, regardait

⁵⁵⁹ J. DUBOIS, H. MITTERAND, A. DAUZAS, *Dictionnaire étymologique et historique du français*, Larousse, 1998.

⁵⁶⁰ F. GAFFIOT, *Dictionnaire latin-français*, Paris, Hachette, 2010.

⁵⁶¹ Le Petit Robert, *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Le Robert, 2011.

⁵⁶² S'agissant de la jurisprudence judiciaire, v. les explications de L. POULET, *Transaction et protection des parties*, préc., p. 166 et s.

la concession comme l'abandon de ses droits substantiels par l'un des intéressés au litige⁵⁶³. Pour la doctrine moderne, en revanche, une concession suppose l'abandon de ses prétentions par une partie⁵⁶⁴. Enfin, L. Boyer, au terme d'une analyse processualiste de la transaction, estimait que dans ce type de contrat, les parties renoncent à leur droit d'action, autonome de tout droit substantiel⁵⁶⁵. Il explique qu'« il se peut fort bien [...], qu'un créancier renonce au droit d'action dont est assorti sa créance sans renoncer pour cela au droit substantiel lui-même : une obligation naturelle subsistera dans ce cas à la charge du débiteur — et cette simple donnée suffit en elle-même à établir la nécessité [...] de reconnaître au droit d'action une autonomie véritable »⁵⁶⁶. Comme le souligne C. Jarrosson, « l'important pour cet auteur, c'est que la transaction postule une renonciation par les parties à la connaissance juridictionnelle de leurs droits ou, si l'on préfère, à la vérification des droits contestés »⁵⁶⁷. Aujourd'hui, beaucoup d'auteurs comprennent les concessions réciproques comme la renonciation par les parties à leurs prétentions⁵⁶⁸.

De leur côté, les auteurs administrativistes se sont assez peu exprimés à ce sujet, s'intéressant bien davantage à celle du quantum des concessions réciproques. Il faut toutefois préciser que J. Romieu, dans ses conclusions à propos du contentieux opposant les compagnies de chemins de fer au ministre de la Guerre, faisait référence à l'abandon d'un droit « incontestable »⁵⁶⁹. C'était là un élément d'une analyse plus globale des concessions réciproques au sein des transactions, puisqu'il voyait dans cette exigence un moyen de garantir l'absence de libéralité de la part des personnes publiques. Des travaux de recherches plus récents perçoivent, quant à eux, les concessions comme un abandon de prétentions⁵⁷⁰.

La logique qui préside à la détermination des concessions réciproques telle qu'élaborée par la jurisprudence du Conseil d'Etat, permet de définir quelle doit être la nature de ces concessions. L'analyste causaliste des concessions réciproques conduit *in fine* à

⁵⁶³ V. par exemple, J. CHEVALLIER, *L'effet déclaratif de la transaction et du partage*, Paris, Dalloz, 1932, p. 188.

⁵⁶⁴ V. par exemple, C. BEUDANT, P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, *Cours de droit civil français*, Tome XII, 2^e éd. par R. RODIERE et A. PERCEROU, Paris, Rousseau, 1947, n° 341 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. XI, 2^e éd. par A. ROUAST, R. SAVATIER, J. LEPARGNEUR et A. BESSON, Paris, LGDJ, 1954, n° 1575.

⁵⁶⁵ V. L. BOYER, *La notion de transaction : contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, préc., p. 47 et s.

⁵⁶⁶ *Ibid*, p. 67.

⁵⁶⁷ C. JARROSSON, « Les concessions réciproques dans la transaction », préc., n° 37.

⁵⁶⁸ V. sur ce point, C. JARROSSON, « Les concessions réciproques dans la transaction », préc., p 272..

⁵⁶⁹ J. ROMIEU, concl. sur CE, 17 mars 1893, *Chemin de fer du Nord, de l'Est et autres contre ministre de la Guerre*, préc., p. 124.

⁵⁷⁰ V. sur ce point, A. NOURY, « Les modes alternatifs peuvent-ils prospérer dans le contentieux administratif ? », *JCP A* 2005, p. 1286, n° 19.

conditionner leur nature. Le conditionnement est souple et dépend uniquement des droits que les parties tirent du dommage causé.

En effet, dès lors que la transaction satisfait aux exigences posées par les arrêts *Mergui* et *SA Entreprise Renaudin*, le Conseil d'Etat la regarde comme valable sans considération de la nature des concessions accordées. Il importe que ce qui est en cause soit fondé⁵⁷¹. Sur ce point, la conception des concessions réciproques dans la transaction administrative est assez souple, et d'autant plus que cela permet un plus grand développement de cet outil.

Etablir les concessions au regard de ce qui est dû emporte plusieurs conséquences du point de vue de la nature des concessions réciproques.

Tout d'abord, ce raisonnement rend vaine la distinction entre renonciation à des prétentions ou renonciation à des droits. Ce qui est demandé et ce qui est accordé doivent être justement fondés. Or, si la prétention est fondée, c'est aussi parce qu'elle se rattache à un droit substantiel mis en cause. Distinguer renonciation à une prétention légitime et renonciation à un droit devient alors délicat, voire même « artificiel »⁵⁷².

Il est certain, également, que les concessions ne sauraient porter seulement sur les prétentions initiales. Les demandes peuvent, en effet, être déraisonnables, excessives, démesurées au regard de ce à quoi une partie a droit. Dans ce cas, concéder revient à permettre à la partie d'obtenir plus que ce à quoi elle a droit. En outre, il se trouve qu'à moins d'une saisine du juge antérieurement à l'accord transactionnel, la trace de ce que les parties demandaient initialement s'est évaporée. Aussi faut-il en conclure, comme F. Munoz, que les concessions ne peuvent alors s'apprécier qu'en fonction des droits des parties⁵⁷³.

Cependant, il peut être objecté qu'il est difficile de déterminer avec certitude ce qui est dû sans le jugement que la transaction vise précisément à éviter. Comment savoir si un droit est « incontestable », pour reprendre la formule de Romieu ? C'est effectivement un obstacle de taille, mais non dirimant. Il est en effet recommandé aux administrations de saisir le juge quand les questions de droit dominent celles de fait⁵⁷⁴. En outre, la jurisprudence administrative a fixé une grille d'analyse, véritable mode d'emploi pour des parties à un litige

⁵⁷¹ Comme on le sait, les concessions doivent répondre à une cause préexistante et ne pas être manifestement disproportionnées. V. *supra*, p. 140 et s.

⁵⁷² F. MUNOZ, *La conciliation : du droit privé au droit public*, préc., p. 491.

⁵⁷³ *Ibid.*

⁵⁷⁴ V. circulaire du 6 avril 2011, préc., § 2.2.1, et *supra*, p. 65.

qui souhaiteraient régler leur litige au moyen d'une transaction⁵⁷⁵. Et il peut être fait recours à des mesures d'expertises.

Il arrive aussi que les parties à un litige transigent après lecture d'une décision de justice. Dans ce cas, les droits ont été établis par un juge étatique : il ne s'agit plus de prétentions, même légitimes, mais bien de droits « incontestables ». L'arrêt *Société Krupp Hazemag*, rendu par le Conseil d'Etat en 2008, consacre la possibilité de transiger au stade de la cassation, après que les juges du fond ont statué et rendu une décision passée en force de chose jugée⁵⁷⁶. Le Conseil d'Etat avait accepté d'homologuer une transaction aux termes de laquelle une personne publique renonçait à une partie de la créance établie en appel à l'égard d'une société privée, en contrepartie de l'engagement par cette dernière de maintenir une moyenne de 80 salariés sur son site pendant au moins cinq ans, et à défaut de lui verser 100 000 euros par an. Cette décision, remarquable par son audace, est riche d'enseignements sur la transaction administrative.

C'est d'abord admettre que le litige n'est pas clos, et que la contestation en cassation rend possible une transaction. S'agissant plus précisément de la consistance des concessions réciproques, il faut relever que la décision rendue en appel a pour effet de trancher le litige. Il ne s'agit donc plus, à ce stade, de prétentions, même légitimes, mais bien de droits et de créances. L'intérêt général, en l'espèce le maintien de l'emploi et de l'activité économique dans la région, justifie que la collectivité publique renonce à sa créance ; la contrepartie est suffisante. Pour le Commissaire du gouvernement B. Dacosta, « la possibilité ouverte aux personnes publiques de transiger doit leur permettre, le cas échéant, de donner au litige une autre solution que celle donnée par les juges du fond, même lorsqu'une Cour administrative d'appel s'est prononcée, dès lors qu'il existe une possibilité que soit remis en cause, par la voie du pourvoi en cassation, l'arrêt rendu »⁵⁷⁷.

Par ailleurs, le Conseil d'Etat a admis, ce qui n'était pas évident, la validité des transactions administratives complexes : les parties peuvent mettre fin au litige qui les oppose, en faisant appel à des éléments extérieurs à celui-ci. Là encore, cette solution répond au souci d'encourager le recours à la transaction. C'est clairement ce qu'indique B. Dacosta dans ses conclusions : « juger qu'une transaction implique nécessairement que les parties ne puissent sortir du cadre du litige priverait [...] singulièrement de son utilité ce mode de règlement des

⁵⁷⁵ V. *Infra*, présent paragraphe, B, p. 151 et s.

⁵⁷⁶ CE, Ass., 11 juillet 2008, *Société Krupp Hazemag*, préc.

⁵⁷⁷ B. DACOSTA, « L'homologation d'une transaction en cassation », concl. sur CE, Ass., 11 juillet 2008, *Société Krupp Hazemag*, préc., p. 956.

conflits »⁵⁷⁸. Or, poursuit-il, « nous sommes convaincus, au contraire qu'il convient de favoriser ce mode alternatif de règlement des litiges »⁵⁷⁹.

Cette solution, tendant à admettre que la personne publique puisse renoncer à une créance pour satisfaire un but d'intérêt général, n'est pas isolée. Elle s'inscrit dans la continuité de l'arrêt *Commune de Fougerolles* du 3 novembre 1997, dans lequel le Conseil d'Etat avait regardé l'engagement par une société de créer des emplois dans un délai donné comme une contrepartie suffisante à la cession par la commune d'un terrain à ladite société pour un franc symbolique. Plus précisément, cette contrepartie justifie la dérogation au principe selon lequel une personne publique ne saurait céder un bien à un prix inférieur à sa valeur⁵⁸⁰. La solution de l'arrêt *Société Krupp Hazemag* reste cependant audacieuse, en ce qu'elle conduit à ouvrir le champ de ce qui peut être accordé par les parties au litige.

La jurisprudence très volontariste du Conseil d'Etat en faveur du développement du recours à la transaction administrative conduit manifestement à une certaine souplesse dans la détermination de ce qui peut faire l'objet d'une concession. C'est qu'encore une fois, l'attention se focalise davantage sur l'existence d'une obligation préexistante et l'absence de disproportion manifeste de ce qui est accordé au regard de ce qui est dû. Le cadre des concessions est fixé, peu importe leur matière, en somme.

Enfin, il faut mentionner l'hypothèse dans laquelle les parties ne sont pas également responsables du préjudice causé. Cette situation est fréquente en pratique, mais délicate du point de la qualification de transaction. Que pourrait bien concéder, en effet, la partie qui est entièrement débitrice ? Si elle n'est en rien responsable du dommage, elle ne saurait accorder positivement quelque chose qu'elle ne doit pas. Le plus souvent, c'est l'administration qui a causé un dommage à un tiers qu'elle cherche à indemniser sans nécessairement faire appel au juge étatique. Dans ce cas, le Conseil d'Etat accepte de regarder comme une concession réciproque l'abandon par une partie de son droit au recours⁵⁸¹. Pourtant, s'il y a bien un renoncement, il est inhérent à l'acte transactionnel. En outre, admettre que la renonciation du droit au recours soit constitutive d'une concession revient à regarder la condition des concessions réciproques dans la transaction administrative comme toujours remplie. Sans doute, la Haute juridiction considère-t-elle l'économie d'un procès, le gain de temps et

⁵⁷⁸ *Ibid*, p. 955.

⁵⁷⁹ *Ibid*, p. 956.

⁵⁸⁰ CE, Sect., 3 novembre 1997, *Commune de Fougerolles*, RFDA 1998, p. 12, concl. Touvet, AJDA 1997, p. 1010, obs. L. Richer, D. 1998, p. 131, note J.-F. Davignon, JCP E 1998, p. 270, note F. Chauvel, LPA 7 octobre 1998, p. 24, note J. Morand-Deville, RDI 1998, p. 227, chron. J.-B. Auby et C. Maugué, JCP G 1998, II 10007, note R. Piastra.

⁵⁸¹ V. à titre d'exemple, CE, 20 janvier 1981, *Mme Veuve Bonneau*, N° 29385.

d'argent — frais de justice, frais capitalisés et frais irrépétibles — comme des avantages pour la partie adverse, chacune devant tirer un avantage de la transaction, grâce aux concessions réciproques.

L'appréciation par le Conseil d'Etat de ce qui peut être considéré comme une concession n'est manifestement pas rigide, ce qu'il faut saluer avec F. Munoz, puisque cela « permet d'assurer à l'issue de la conciliation la sécurité juridique indispensable au succès de tout mode alternatif de règlement des litiges : le régime de la transaction le rend en effet plus difficile à remettre en cause devant le juge qu'un contrat de droit commun »⁵⁸². Il en va différemment s'agissant du quantum des concessions réciproques.

B. Le quantum des concessions réciproques

Si généralement, les parties consentent à des contreparties financières, d'autres possibilités existent⁵⁸³. Les concessions réciproques peuvent revêtir diverses formes, tant que qu'elles n'excèdent pas manifestement ce qui est dû.

En effet, les principes interdisant aux personnes publiques et privées de supporter des sommes qu'elles ne doivent pas a pour effet de conditionner le quantum des concessions réciproques au sein des transactions administratives⁵⁸⁴. Deux méthodes permettent aux parties de s'assurer qu'elles n'accordent pas excessivement plus que ce qui est dû.

La première consiste pour les parties à se reporter à la jurisprudence sur des litiges similaires. Les parties raisonnent par analogie, alors que les décisions en cause n'intéressent pas directement les transactions. Dans la seconde, le Conseil d'Etat intervient pour signifier aux parties comment satisfaire aux exigences des arrêts *Mergui* et *SA Entreprises Renaudin*. C'est le cas des transactions administratives conclues pour le règlement de litiges liés à la commande publique, pour lesquelles les précisions apportées par la jurisprudence constituent

⁵⁸² F. MUNOZ, *La conciliation : du droit privé au droit public*, préc., p. 494.

⁵⁸³ Le terrain financier n'est pas la seule forme possible de concessions réciproques. Ainsi, les engagements des personnes publiques peuvent prendre diverses formes : « la publication d'un article dans une revue communale ; reconstruction d'un ouvrage abîmé lors de travaux ; apposition d'une plaque commémorative (pour des atteintes à la mémoire), organisation d'une exposition consacrée à un sujet (atteinte au droit moral d'un créateur) ; engagement de ré-examen du fonctionnement des services après un accident ou un simple dysfonctionnement (audit interne, reprise des procédures, mise en place d'un contrôle préalable) », comme le synthétise Y. GOUTAL, « Conseils pour bien transiger », préc., p. 240. De même, on sait que les personnes privées peuvent consentir à maintenir des emplois. V. sur ce dernier point, *supra*, pp. 148-149..

⁵⁸⁴ On sait que l'interdiction pour les personnes publiques de payer des sommes qu'elles ne doivent pas répond au souci de protéger les deniers publics et concerne, par conséquent, aussi bien les transactions administratives que les transactions de droit privé. V. sur ce point, *Supra*, partie I, titre I, chapitre I, section II, § II, B, p. 112.

un véritable mode d'emploi à l'intention des parties. Que ce soit en procédant par analogie (a) ou en se référant à un mode d'emploi jurisprudentiel (b), la logique est la même : apprécier ce qui est dû au regard des solutions du juge étatique.

a. Le procédé par analogie

Parvenir à déterminer ce qui est dû passe nécessairement par un alignement des solutions transactionnelles sur le droit étatique. Les parties, en transigeant, ne sauraient s'affranchir des règles de droit en vigueur. C'est ce qu'il résulte d'une part de la définition et de l'encadrement de la transaction par le Code civil, et d'autre part de la jurisprudence administrative, pour la transaction administrative⁵⁸⁵. Dès lors, il appartient aux parties de se référer aux solutions retenues par le juge administratif dans des litiges similaires. Celles-ci vont leur servir de guide.

Comme il a été établi que les transactions ne peuvent porter que sur des litiges ne posant pas de questions de droit incertaines, il est aisé pour les parties de rechercher quelle solution le juge aurait donnée à leur litige s'il avait dû en connaître. Ce raisonnement par analogie leur offre l'assurance de conclure une transaction conforme aux principes posés par les arrêts *Mergui* et *SA Entreprise Renaudin*.

Il est vrai que cette méthode suppose pour les parties de disposer de solides connaissances juridiques ou à tout le moins de se montrer loyales l'une envers l'autre. La partie faible, généralement le cocontractant de l'administration, peut ignorer la solution retenue par le juge administratif, dans des cas similaires. Mais, les principes qui président à la passation des transactions administratives permettent de rééquilibrer les rapports de force entre les parties, en obligeant les parties à se montrer loyales⁵⁸⁶. De ce point de vue, la transaction est un procédé relativement sûr.

⁵⁸⁵ Outre le traitement juridique des concessions réciproques, l'idée que ce qui est dû ne l'est qu'au regard des solutions en vigueur qu'elles émanent des textes et de la jurisprudence résulte aussi de l'alignement des litiges ouverts à la transaction sur les litiges susceptibles d'être valablement portés devant une juridiction administrative. L'alignement n'a pas fait l'objet d'une consécration claire de la part du Conseil d'Etat mais est sous-jacent à la jurisprudence des Tribunaux administratifs et Cours administratives d'appel. V. partie I, titre I, chapitre I, section I, § II, B, p. 74 et s.

⁵⁸⁶ Plus généralement, sur le devoir de loyauté lors de la passation des transactions, v. partie I, titre II, chapitre I, section I, § II, C, p. 196 et s.

Les transactions sont assez fréquentes en matière de responsabilité hospitalière permettant aux établissements publics d'indemniser les victimes d'accidents médicaux. Ils y recourent volontiers dès lors que les règles de droit sont bien établies, et préfèrent, dans le cas contraire, s'en remettre au juge compétent à qui il appartient de clarifier les règles applicables.

Quand un litige se prête à un règlement transactionnel, l'administration « ne doit payer que ce qu'elle doit, mais également tout ce qu'elle doit »⁵⁸⁷, l'exigence de concessions réciproques ne signifiant « nullement que le cocontractant de l'administration doive accepter une indemnisation inférieure à celle qui lui aurait été allouée par le juge »⁵⁸⁸. Le principe est donc que « l'administration ne doit pas rechercher [...] un arrangement désavantageux pour son partenaire »⁵⁸⁹.

Pour ce faire, les parties examinent les règles relatives aux responsabilités sans faute et pour faute, comme celles qui déterminent les caractéristiques du lien de causalité, les caractères direct et certain du préjudice, etc. A. Levasseur, alors directeur des affaires juridiques de l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris indiquait que, pour établir les concessions réciproques au sein des transactions, ses services s'emploient à « suivre au plus près les décisions rendues par l'ensemble des juridictions »⁵⁹⁰, méthode que confirme le site internet de l'établissement.

Il peut aussi être fait recours à des expertises, qui serviront de base pour l'établissement des concessions réciproques, en permettant d'établir les circonstances et les causes du dommage, les lésions dues à l'atteinte corporelle, et d'évaluer les préjudices nés de ces lésions. Il faut préciser d'emblée que les expertises sont menées de manière contradictoire par un expert médical, en présence de la victime, éventuellement assistée de son propre conseil médical⁵⁹¹.

La marge de manœuvre des parties peut sembler bien faible. Mais ce serait oublier d'une part, que les parties sont autorisées à s'accorder des concessions dans la limite de ce qui serait manifestement disproportionné. La référence à la jurisprudence ne s'accompagne pas d'un alignement millimétré des solutions transactionnelles. D'autre part, cette conception des concessions réciproques a l'avantage de rééquilibrer les rapports de force et de s'assurer qu'aucune des parties n'abuse de l'autre. Ce qui relevait, pour les personnes publiques, d'une

⁵⁸⁷ A. LEVASSEUR, « Les transactions : l'exemple de l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris », *AJDA* 1997, p. 58.

⁵⁸⁸ *Ibid.*

⁵⁸⁹ *Ibid.*

⁵⁹⁰ *Ibid.*

⁵⁹¹ *Ibid.*, p. 56.

interdiction, prend une dimension protectrice à l'égard de toutes les parties. L'écueil parfois adressé à la transaction de droit privé, d'entériner des rapports désavantageux d'une partie supposée faible et une autre forte⁵⁹², n'a pas lieu d'être s'agissant de la transaction administrative.

Tout aussi protectrice, la seconde méthode réduit davantage la marge de manœuvre des parties.

b. Le mode d'emploi jurisprudentiel

Dans les litiges liés à la commande publique, la jurisprudence fixe une grille pour déterminer ce que doivent contenir les concessions réciproques dans la transaction administrative. Pour ces litiges, l'encadrement des concessions est donc plus important. Il ne s'agit plus de se servir de la jurisprudence pour raisonner par analogie à partir de situations similaires, mais d'appliquer les règles établies par elle.

L'intérêt croissant porté à la transaction dans le cadre du droit des contrats administratifs s'explique aisément. La complexité de cette matière, l'importance du contrôle de légalité, la multiplication des voies de recours devant le juge administratif, etc. entraînaient traditionnellement de fréquentes annulations des contrats, dont il revenait aux parties de régler les conséquences. Il est probable à cet égard que le Conseil d'Etat ait souhaité éviter que « la transaction apparaisse comme un droit de secours, ou comme un droit des situations de non-droit »⁵⁹³. Cette inquiétude explique sans doute pourquoi la conclusion des transactions en ce domaine a été aussi encadrée.

Les hypothèses de recours au contrat transactionnel dans le contentieux de la commande publique sont nombreuses. MM. Soler-Couteaux et Louis les qualifient d'« anormales »⁵⁹⁴, « puisque se situant en dehors des cadres juridiques, législatifs, réglementaires, ou contractuels »⁵⁹⁵. Mais, aussi nombreuses soient-elles, elles ne peuvent porter sur la légalité objective, qui se trouve exclue du champ de la transaction⁵⁹⁶. Le recours à la transaction n'est autorisé que pour autant que le principe de la dette de la personne

⁵⁹² V. L. POULET, *Transaction et protection des parties*, préc., p. 17.

⁵⁹³ P. SOLER-COUTEAUX, J.-J. LOUIS, « Du bon usage de la transaction administrative dans les contrats publics », préc., p. 4.

⁵⁹⁴ *Ibid.*

⁵⁹⁵ *Ibid.*

⁵⁹⁶ V. sur ce point, partie II, titre I, chapitre II, section I, § I, p. 418 et s.

publique « ne pose pas de problème juridique sérieux »⁵⁹⁷. La transaction demeure ouverte pour régler les conséquences de l'absence de contrats valides (1) et les litiges relatifs à l'exécution des contrats (2).

1. Le cas de l'absence de contrat valide

Les parties sont parfois amenées à régler la situation de fait née de l'absence de contrat valide, alors que des prestations ont déjà été réalisées. Il y a plusieurs causes au défaut de conclusion du contrat valide : son inexistence juridique et sa nullité.

Il se peut, en effet, qu'aucun contrat n'ait été signé : il y a eu des échanges, des pourparlers, voire même des garanties données de part et d'autre, sans toutefois de conclusion effective du contrat. Les causes du défaut de signature sont multiples⁵⁹⁸, mais dans tous les cas, il serait contraire à l'équité que l'entrepreneur ne soit pas indemnisé pour les prestations qu'il a effectuées.

Le contrat peut aussi avoir été déclaré nul par le juge administratif, faute, par exemple, d'avoir été précédé d'une procédure de mise en concurrence conforme aux exigences légales. Il arrive que la nullité d'un contrat administratif intervienne plusieurs années après sa signature⁵⁹⁹. Or, le contrat nul est réputé n'avoir jamais existé et se trouve privé d'effet pour l'avenir comme pour le passé. Dans ce cas, en principe, chacune des parties est obligée de remettre les choses en leur état initial, en restituant à l'autre sa prestation. De là naît l'achoppement, car cette remise en l'état n'est pas toujours possible, et peut, en outre, porter préjudice au bon fonctionnement des services publics et, ce faisant, heurter l'intérêt général.

Ainsi, l'intérêt général et l'équité commandent que soit indemnisé l'entrepreneur ayant effectué des prestations au bénéfice de la collectivité, dans son intérêt et avec son assentiment, mais sans titre juridique valable. Ces prestations ne pouvant naturellement pas faire l'objet d'une rémunération selon les termes initialement convenus entre les parties, le Conseil d'Etat a précisé sur quelle base juridique les régler. Le partenaire de l'administration n'est pas

⁵⁹⁷ P. SOLER-COUTEAUX, J.-J. LOUIS, « Du bon usage de la transaction administrative dans les contrats publics », préc., p. 5.

⁵⁹⁸ V. sur ce point, F. MODERNE, *Les quasi-contrats administratifs*, préc., p.68 et s.

⁵⁹⁹ Malgré l'introduction des référés précontractuel et contractuel — tous deux permettent de remédier aux manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence des contrats administratifs de manière préventive, avant l'exécution du contrat, v. sur chacun de ces mécanismes, L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, préc., respectivement, n° 290 et s. et 349 et s. —, et l'actuelle tendance du Conseil d'Etat à favoriser la stabilité des relations contractuelles — v. sur ce point, partie II, titre II, chapitre I, section I, § II, A, p. 468 et s.—, il est probable que les cas d'annulation ne disparaîtront pas tout à fait, justifiant le recours à la transaction.

démuni, puisqu'il peut agir sur le terrain indemnitaire, en concluant une transaction avec l'administration.

Depuis une trentaine d'années, le Conseil d'Etat s'est employé à préciser les conditions d'indemnisation du titulaire d'un marché déclaré nul. Elles résultent principalement de l'arrêt du 19 avril 1974, *Société Entreprise Louis Segrette*⁶⁰⁰ et n'ont guère évolué depuis. « L'entrepreneur dont le contrat est entaché de nullité est fondé à réclamer, en tout état de cause, le remboursement de celles de ses dépenses qui ont été utiles à la collectivité envers laquelle il s'était engagé ; que si dans le cas où la nullité du contrat résulte [...] d'une faute de l'administration, l'entrepreneur peut en outre prétendre à la réparation du dommage imputable à cette faute, et le cas échéant, demander à ce titre, le paiement du bénéfice dont il aurait été privé par la nullité du contrat, de telles prétentions ne sauraient être admises que dans la mesure où la faute du service s'est effectivement révélée dommageable pour le titulaire du marché ; qu'il ne peut en être ainsi, notamment, si le remboursement à l'entreprise de ses dépenses utiles lui assure une rémunération supérieure à laquelle il aurait eu droit en application des stipulations du contrat [...] », indique l'arrêt *Société Entreprise Louis Segrette*⁶⁰¹. Il en ressort qu'en cas de nullité du contrat, le cocontractant de l'administration peut être indemnisé à la fois sur le fondement de l'enrichissement sans cause, dans le cadre de la responsabilité quasi-contractuelle, et pour la faute de l'administration, dans le cadre de la responsabilité quasi-délictuelle.

Ces règles ont été appliquées au règlement transactionnel, dans les arrêts de 1979, *Commune de Fontenay-le-Fleury*⁶⁰², et 1995, *Ville de Saint-Tropez*⁶⁰³. C'est ce que MM. Soler-Couteaux et Louis appellent « le mécanisme d'indemnisation à double-étage »⁶⁰⁴. Le cocontractant de l'administration peut cumuler deux actions : engager la responsabilité quasi-contractuelle de l'administration pour obtenir le remboursement des dépenses utiles, ainsi que sa responsabilité délictuelle, en s'appuyant sur la faute qu'elle a commise et qui a provoqué la nullité du contrat. Cela permet de réparer le préjudice subi par le cocontractant correspondant au manque à gagner, sous réserve que la répétition des dépenses utiles ne lui assure pas déjà une rémunération supérieure à celle que l'exécution du contrat lui aurait

⁶⁰⁰ CE, 19 avril 1974, *Société Entreprise Louis Segrette*, *Leb. T.*, p. 1052.

⁶⁰¹ *Ibid.*

⁶⁰² CE, 23 mai 1979, *Commune de Fontenay-le-Fleury*, *Leb.*, p. 226.

⁶⁰³ CE, 8 décembre 1995, *Commune de Saint-Tropez*, *Leb.*, p. 432, *AJDA* 1996, p. 448, note V. Haïm.

⁶⁰⁴ P. SOLER-COUTEAUX, J.-J. LOUIS, « Du bon usage de la transaction administrative dans les contrats publics », préc., p. 5.

procurée, tout en tenant compte, dans le deuxième cadre de l'indemnisation, de son comportement, à l'instar de négligences et fautes qu'il aurait pu commettre.

Il faut aussi préciser que les marchés de régularisation sont interdits⁶⁰⁵. La transaction administrative ne doit donc pas permettre aux parties de passer outre une annulation contentieuse, en fixant une indemnité égale au prix du marché annulé. Cela reviendrait « à priver d'effet les règles d'égal accès à la commande publique, de transparence et de mise en concurrence »⁶⁰⁶. La transaction ne pouvant faire office de marché de régularisation, il reste au partenaire de l'administration à agir sur le terrain indemnitaire.

Depuis ces arrêts, la jurisprudence n'a guère changé. Les principes demeurent, des précisions ayant été par ailleurs apportées.

La première de ces précisions tient à l'application de ces principes au cas d'absence de contrat. C'est ce que juge la Cour administrative d'appel de Paris, dans l'arrêt *Société H. Chevalier* rendu en 2009⁶⁰⁷. Les règles d'indemnisation du cocontractant sont étendues à l'hypothèse de l'absence de contrat. Dans les deux cas, un titre juridique valable fait défaut.

La deuxième précision consiste plus exactement en une clarification : celle de l'incidence de la faute de l'appauvri sur son droit à indemnisation. La question, jusqu'à l'arrêt *Tête* de 2008⁶⁰⁸, n'était pas clairement tranchée. Cet arrêt conserve le mécanisme d'indemnisation à double-étage, considérant que la faute éventuelle de l'entrepreneur n'a aucune incidence quant à son droit à indemnisation au titre des dépenses utiles sur le fondement de l'enrichissement sans cause, sauf s'il apparaît que le contrat a été obtenu dans des conditions de nature à vicier le consentement de l'administration. Les fautes commises par l'entrepreneur non constitutives d'un vice du consentement sont prises en compte dans le cadre de la responsabilité quasi-délictuelle de l'administration, permettant de l'exonérer partiellement ou totalement de toute responsabilité⁶⁰⁹. Ce raisonnement a été confirmé

⁶⁰⁵ CE, 27 mai 1998, *Commune d'Agde, Leb. T.*, p. 1019.

⁶⁰⁶ S. DELIANCOURT, « Le contrôle du juge administratif sur le montant fixé par une convention de transaction pour des prestations réalisées hors contrat », *AJDA* 2004, p. 2281.

⁶⁰⁷ CAA Paris, 30 mars 2009, *Société H. Chevalier, Contrats-marchés publics*, 2009, comm. 191, note J.-P. Pietri.

⁶⁰⁸ CE, 22 février 2008, *Tête, AJDA* 2008, p. 992, note J.-D. Dreyfus, *Contrats-marchés publics* 2008, comm. 79, obs. G. Eckert, *JCP E* 2008, p. 1831, note F. Linditch, *RJEP* 2009, comm. 12, note D. Chabanol.

⁶⁰⁹ Le fait que la faute commise par une entreprise soit sans incidence sur l'indemnisation des dépenses utiles a été salué par la doctrine, qui y a vu une approche objective et équitable de l'enrichissement sans cause, mécanisme d'indemnisation des dépenses exposées pour la collectivité, qui lui sont utiles et auxquelles elle a consenties. En effet, réserver le cas où le consentement de l'administration aurait été vicié revient à « subordonne[r] l'exercice de l'action en répétition de l'enrichissement sans cause à l'assentiment au moins tacite de l'administration aux prestations dont elle a bénéficié », selon les termes de J. BOUCHER, B. BOURGEOIS-MACHUREAU, « Les conséquences indemnitaires de la nullité des contrats administratifs : la morale et l'équité », *AJDA* 2008, p. 1092. Pour eux, « cette exigence tient à l'idée que, en raison des intérêts dont elle a la charge, et du fait que sont en jeu des deniers publics, l'administration ne peut pas s'enrichir à son insu ou en vertu d'une immixtion illégitime d'un particulier dans ses affaires », préc., p. 1092.

quelques semaines plus tard par l'arrêt *Société Decaux et département des Alpes-Maritimes*⁶¹⁰. La solution consacrée par le Conseil d'Etat — tenant à ce que, sauf vice du consentement, la faute du cocontractant de l'administration n'a aucune incidence sur l'indemnité due au titre de l'enrichissement sans cause — vise à protéger tout à la fois les deniers publics et les intérêts du partenaire de l'administration⁶¹¹. C'est ainsi que sont conciliées protection des deniers publics et équité.

Une troisième remarque peut être ajoutée, relativement à la notion de dépenses utiles, que le Conseil d'Etat a pu préciser au gré des affaires portées à sa connaissance. En effet, alors même qu'elle se trouve au cœur de la théorie de l'enrichissement sans cause en droit administratif, aucune définition générale n'en fut jamais formulée. Pour expliquer cette notion de dépenses utiles, certains commentateurs « emprunt[ent] le vocabulaire de la comptabilité de gestion publique [...] et affirm[ent] que pour le juge administratif, la mesure de l'indemnité de l'enrichissement sans cause est en principe le coût de revient des biens et prestations dont a bénéficié l'administration [et qu'] il s'agit d'un coût complet, dans lequel le juge accepte d'inclure, non seulement les charges directes de production, mais aussi les charges indirectes, comme par exemple [...] une quote-part des frais généraux »⁶¹². Cette dépense se caractérise aussi par son utilité à la collectivité, cette exigence étant rigoureusement appréciée⁶¹³. De plus, les dépenses dont l'indemnisation est sollicitée doivent avoir été « raisonnablement nécessaires en vue de l'exécution des prestations dont a bénéficié l'administration »⁶¹⁴, puisque « le principe de l'indemnisation par les dépenses ne doit pas conduire à mettre à la charge de l'administration le résultat des erreurs de gestion de son quasi-cocontractant »⁶¹⁵.

⁶¹⁰ CE, 10 avril 2008, *Société Decaux et département des Alpes-Maritimes*, JCP A 2008, p. 2116, concl. Dacosta, JCP G 2008, I, p. 149, chron. B. Plessix.

⁶¹¹ La responsabilité au titre de l'enrichissement sans cause apparaît comme « une valeur plancher (équivalente aux dépenses utiles) en dessous de laquelle l'administration ne saurait descendre pour indemniser [...] le cocontractant privé », selon les termes de J.-D. DREYFUS, « Vice du consentement et indemnisation au titre de l'enrichissement sans cause », note sous CE, 22 février 2008, *Tête*, préc., p. 993.

⁶¹² J. BOUCHER, B. BOURGEOIS-MACHUREAU, « Les conséquences indemnitaires de la nullité des contrats administratifs : la morale et l'équité », préc., p. 1095.

⁶¹³ La circonstance que le patrimoine de l'administration se trouve enrichi n'ouvre pas droit à un remboursement au titre de l'enrichissement sans cause. Il faut que cet enrichissement présente pour l'administration une véritable utilité au regard de ses missions. G. Bayle note à cet égard que « la recherche du profit par une collectivité publique n'a de véritable sens que si elle permet de satisfaire un intérêt général ; or tout enrichissement ne répond pas nécessairement à ce but : il en est ainsi de l'acquisition de biens de nature somptuaire ou qui ne sont pas utiles aux besoins du service public », G. BAYLE, *L'enrichissement sans cause en droit administratif*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, vol. 111, 1973, p. 146.

⁶¹⁴ J. BOUCHER, B. BOURGEOIS-MACHUREAU, « Les conséquences indemnitaires de la nullité des contrats administratifs : la morale et l'équité », préc., p. 1095.

⁶¹⁵ *Ibid.* C'est ainsi que le Conseil d'Etat a dénié le caractère de dépenses utiles à des frais financiers engagés par la société Decaux dans le cadre d'un marché irrégulièrement passé avec le département des Alpes-Maritimes pour la mise à disposition et la maintenance, sur une durée de quinze ans, de mobilier urbain. Les choix de financement et de gestion du cocontractant de l'administration — autofinancement et emprunt — ne sont d'aucune utilité pour elle et ne l'enrichissent pas. V. CE, 10 avril 2008, *Société Decaux et département des Alpes-Maritimes*, préc.

La quatrième précision porte sur l'établissement de l'indemnité due au titre de la responsabilité quasi-contractuelle. Dans l'arrêt *Ville de Saint-Tropez*, le Conseil d'Etat précise que le quasi-cocontractant de l'administration a droit à l'indemnisation des préjudices causés par la faute de l'administration, dans la limite de la rémunération à laquelle il pouvait prétendre en application du contrat régulièrement conclu. Sur ce dernier point, le Conseil d'Etat a aussi indiqué qu'il fallait tenir compte de l'ensemble des rémunérations auxquelles l'ancien cocontractant pouvait bénéficier : pas seulement le montant défini dans le contrat originel, mais le contrat complété par ses avenants⁶¹⁶. Divers préjudices peuvent ainsi être pris en compte : le manque à gagner et « le paiement des sommes correspondant aux autres dépenses exposées » par l'entrepreneur⁶¹⁷. Par ailleurs, un partage de responsabilités est possible dans le cadre de cette responsabilité. Ainsi, une faute de la victime peut affecter ses droits à réparation de manière partielle voire totale, s'il apparaît qu'elle a conclu un contrat dont elle ne pouvait ignorer l'irrégularité⁶¹⁸. Cette solution pourrait être étendue à l'hypothèse de l'absence de contrat. En effet, il ne serait pas choquant de tenir compte de la faute d'un appauvri qui a exécuté des travaux en dehors de tout contrat.

Enfin, il faut ajouter que cette théorie a été appliquée aux conventions de délégation de service public⁶¹⁹.

Au terme de ces développements, il est manifeste que le mécanisme jurisprudentiel institué pour l'indemnisation des quasi-cocontractants de l'administration laisse peu de place à la négociation. « La négociation [...] ne pourra pleinement jouer que sur le second étage de l'édifice, à savoir sur l'évaluation des fautes respectives de la personne publique qui a commis l'illégalité et du cocontractant qui a pu, plus ou moins, participer à la commission de cette

⁶¹⁶ V. CE, 26 mars 2008, *Sté Spie Batignolles*, *Contrats-marchés publics* 2008, comm. 93, note G. Eckert.

⁶¹⁷ V. CE, 26 mars 2008, *Sté Spie Batignolles*, préc.

⁶¹⁸ V. CE, 10 avril 2008, *Sté Decaux et département des Alpes-Maritimes*, préc. Le Conseil d'Etat a jugé que la société Decaux ne pouvait ignorer la procédure applicable aux marchés publics et donc se décharger de sa responsabilité quasi-contractuelle. Il s'agit sans doute pour le Conseil d'Etat de trouver un équilibre entre le droit à l'indemnisation des quasi-cocontractants de l'administration et le risque de dénonciation accrue des contrats, consécutivement aux arrêts CE, 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation Guadeloupe*, *RFDA* 2007, p. 696, concl. Casas, *RDJ* 2007, p. 1402, concl. Casas, note F. Melleray, *RFDA* 2007, p. 923, note D. Pouyaud, p. 935, note M. Canedo-Paris, *AJDA* 2007, p. 1577, chron. F. Lenica et J. Boucher, *RJEP* 2007, p. 327, note P. Delvolvé ; CE, 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, *RFDA* 2010, p. 506, concl. Glaser, p. 519, note D. Pouyaud, *RDI* 2010, p. 265, note R. Noguellou, *AJDA* 2010, p. 142, chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi ; *JCP A* 2010, 2072, note F. Linditch, *JCP G* 2010, doct. 365, chron. B. Plessix ; CE, 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, *AJDA* 2014, p. 920, note G. de La Taille, p. 945, note S. Braconnier, et p. 1035, note A. Bretonneau et J. Lessi, *Contrats-marchés publics* 2014, repère 5, par F. Llorens et P. Soler-Couteaux, *D.* 2014, p. 1179, note M. Gaudemet et A. Dizier, *JCP A* 2014, p. 2152, note J.-F. Sestier, *Dr. Adm.* 2014, comm. 36, note F. Brenet.

⁶¹⁹ CE, 16 novembre 2005, *M. Auguste et commune de Nogent-sur-Marne*, *AJDA* 2005, p. 2323, *BJDCP* 2006, n° 45, p. 128, concl. Casas, note R. S., *RJEP* 2006, p. 119, note C. Guettier, *JCP A* 2006, p. 1038, note F. Linditch.

faute, ainsi que le partage qui en découle »⁶²⁰. En revanche, l'encadrement de l'indemnisation au titre de l'enrichissement sans cause est tel qu'aucune concession ne peut intervenir. Si la transaction est le mode privilégié de règlement des situations nées de l'absence d'un titre juridique valide, il y est fait recours également mais de manière plus résiduelle lors de difficultés d'exécution d'un contrat valide.

2. Le cas des difficultés d'exécution d'un contrat valide

Il s'agit ici de l'hypothèse dans laquelle un cocontractant tout à fait régulier de l'administration a réalisé des prestations ne correspondant pas à ce qui était prévu dans le contrat. Le plus souvent, il s'agit de travaux exécutés dans le cadre d'un marché de travaux publics ou dans « le contexte d'un marché de travaux publics », selon la formule de F. Moderne⁶²¹. Des travaux réalisés peuvent ne pas être conformes à ce que les parties avaient convenu par contrat ou alors l'entrepreneur a dû effectuer des tâches supplémentaires. Dans ces hypothèses, la responsabilité contractuelle ne peut être invoquée mais une indemnisation n'est pas exclue sur le terrain extracontractuel.

Ces différentes situations doivent être examinées successivement. Quand les travaux effectués ne sont pas conformes aux dispositions contractuelles et qu'ils se révèlent plus onéreux que ceux envisagés initialement, leur rémunération sur la base des stipulations contractuelles n'est pas possible. Une indemnisation sur le terrain extracontractuel ne peut *a priori* être envisagée, si le cocontractant de l'administration n'a pas respecté les clauses du contrat, « la non-conformité des prestations au contrat l'exposant aux règles de la responsabilité contractuelle »⁶²². Mais ce n'est pas toujours le cas, puisqu'il faut réserver l'hypothèse dans laquelle l'administration a laissé son cocontractant s'écarter de ce qui avait été convenu : « l'administration n'ignore généralement pas les modifications intervenues dans les prestations des contrats. [...] Il se pourrait aussi que son attitude constitue un encouragement, et que pour obtenir de meilleures prestations, elle laisse son partenaire s'écarter quelque peu du schéma initial, en se réservant le droit de refuser de payer les

⁶²⁰ P. SOLER-COUTEAUX, J.-J. LOUIS, « Du bon usage de la transaction administrative dans les contrats publics », préc., p. 5.

⁶²¹ F. MODERNE, *Les quasi-contrats administratifs*, préc., p. 77.

⁶²² P. SOLER-COUTEAUX, J.-J. LOUIS, « Du bon usage de la transaction administrative dans les contrats publics », préc., p. 6.

suppléments qui lui seraient réclamés »⁶²³. Dans une telle situation, le Conseil d'Etat a admis que le cocontractant puisse être indemnisé à raison des dépenses utiles à la collectivité⁶²⁴. La théorie de l'enrichissement sans cause peut, dans cette mesure, être invoquée, et une transaction, conclue⁶²⁵. Il importe alors d'identifier celles des dépenses qui ont été utiles à la collectivité et dont l'indemnisation constitue le cœur du contenu de la transaction.

S'agissant des travaux supplémentaires réalisés par le cocontractant de l'administration, il n'y a aucun doute sur le fait que la responsabilité contractuelle ne puisse être mise en œuvre, ces travaux ne répondant manifestement pas aux exigences contractuelles.

Il convient tout d'abord de déterminer ce qui au regard du contrat, relève de travaux supplémentaires. Ceux-ci sont « effectués en dehors de l'exécution stricte des prestations contractuelles, mais ont un lien matériel avec ces prestations, dont ils constituent normalement un supplément, et ce quelle que soit leur origine (ordre de l'administration, initiative de l'entrepreneur) », systématise F. Moderne⁶²⁶.

Mais tout travail supplémentaire n'ouvre pas nécessairement droit à une indemnisation. Le Conseil d'Etat opère une distinction entre les travaux simplement utiles et les travaux indispensables⁶²⁷, c'est-à-dire ceux, qui sans avoir été prévus par le contrat, doivent absolument être accomplis pour la bonne réalisation de l'ouvrage et du travail public, l'entrepreneur ne faisant que suppléer aux omissions de l'administration. Jusqu'à l'arrêt *Commune de Canari*, la jurisprudence du Conseil d'Etat n'était pas clairement fixée⁶²⁸. En l'occurrence, il a été jugé que la réalisation des travaux indispensables ne pouvait qu'être comprise dans les prévisions des parties, dans leur commune intention. Il n'y a donc pas lieu de transiger.

Quant aux travaux simplement utiles, il faut encore distinguer selon qu'ils ont été effectués sur ordre de service ou de la propre initiative de l'entrepreneur. Dans le cadre de son pouvoir de surveillance et de direction de l'exécution des travaux, l'administration peut en

⁶²³ F. MODERNE, *Les quasi-contrats administratifs*, préc., p. 77. V. aussi, Le Moniteur, « Travaux sans ordre de service et sujétions imprévues », Point-clé IV.418, *L'exécution des marchés publics, Responsabilités*.

⁶²⁴ CE, 17 mai 1929, *Commune d'Aubigny-en-Artois contre Durant*, *Leb.*, p. 533.

⁶²⁵ MM. Soler-Couteaux et Louis ne manquent pas à cet égard de relever que le raisonnement du Conseil d'Etat ne s'harmonise pas parfaitement avec les développements de la jurisprudence, dont l'arrêt *Ville de Saint-Tropez* du 8 décembre 1995 constitue l'aboutissement. Contrairement à l'impératif de netteté de la distinction entre les terrains quasi-contractuel et quasi-délictuel que le Conseil d'Etat a fait valoir dans cet arrêt de 1995, il semble considérer que c'est la faute commise par l'administration qui permet la mise en œuvre de la théorie de l'enrichissement sans cause, ce qui n'a du reste aucune incidence sur la possibilité de recourir à une transaction. V. P. SOLER-COUTEAUX, J.-J. LOUIS, « Du bon usage de la transaction administrative dans les contrats publics », préc., p. 6.

⁶²⁶ F. MODERNE, *Les quasi-contrats administratifs*, préc., p. 85.

⁶²⁷ La désignation des travaux indispensables est le fait d'une terminologie souvent variable. A ce sujet, v. F. MODERNE, *Les quasi-contrats administratifs*, préc., p. 85-86.

⁶²⁸ CE, 17 octobre 1975, *Commune de Canari*, préc.

effet adresser des ordres de service tendant à l'amélioration des travaux⁶²⁹, ordres que l'entrepreneur a l'obligation de satisfaire. Leur indemnisation ne s'est pas imposée nettement. Si l'enrichissement sans cause a été d'abord évoqué, la jurisprudence et la doctrine considèrent aujourd'hui que le fondement de la rémunération de ces travaux supplémentaires réalisés sur ordre de service, est de nature contractuelle. Dès lors que les ordres de service sont l'émanation du pouvoir exorbitant de l'administration dans le cadre de l'exécution d'un contrat administratif, les travaux supplémentaires sur ordre sont regardés comme étant liés aux prestations contractuelles⁶³⁰.

En revanche, lorsque l'entrepreneur a agi de son propre chef, en l'absence de tout ordre de service, même verbal, il ne peut obtenir une rémunération pour les travaux utiles effectués. Pour le Conseil d'Etat, il s'agit d'éviter une utilisation inappropriée de la théorie de l'enrichissement sans cause, dans le cas où l'entrepreneur n'a pas respecté les clauses des documents contractuels — contrat et cahier des charges. De plus, « une reconnaissance laxiste du droit à paiement pour des travaux simplement utiles ne permettrait-il pas de tourner trop aisément les règles formalistes de passation des marchés publics ? », s'interroge F. Moderne⁶³¹. Dès lors, une transaction n'a pas lieu d'être conclue.

Les concessions réciproques des transactions intervenant pour le règlement des litiges de la commande publique sont relativement encadrées. C'est d'abord prendre acte du caractère souvent complexe de ces litiges. L'encadrement permet ainsi de répondre aux exigences posées par les arrêts *Mergui* et *SA Entreprise Renaudin* et d'éviter de nouveaux contentieux. C'est aussi tenir compte de la particularité de ces litiges et empêcher que l'objet de la transaction soit détourné. L'encadrement garantit alors que la transaction demeure un mode de règlement des litiges et ne devienne pas un outil commode pour contourner les règles de la commande publique.

⁶²⁹ L'ordre de service peut être écrit ou oral. V. CE, 19 mars 1982, *Cojonde*, *Leb. T.*, p. 671.

⁶³⁰ V. F. MODERNE, *Les quasi-contrats administratifs*, préc., p. 103 et s.

⁶³¹ *Ibid*, p. 109.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

L'article 2044 du Code civil définit la transaction comme un contrat permettant de prévenir ou terminer un litige. La jurisprudence judiciaire ayant ajouté l'exigence de concessions réciproques, la transaction naît donc de la rencontre des volontés et suppose des concessions réciproques. En cela, il s'agit bien d'un contrat consensuel et onéreux. La transaction administrative s'inscrit dans cette même logique, puisqu'elle requiert un échange des consentements et des concessions réciproques. Le juge administratif n'a pas innové sur ces points.

Toutefois, ces éléments inspirés de la transaction de droit privé ont été façonnés par le juge administratif de manière à satisfaire aux exigences du droit administratif. Il apparaît tout d'abord que le consentement à la transaction ne saurait s'exprimer dans les mêmes conditions de la part des personnes publiques que des personnes privées. Il est vrai que cette règle tient aux personnes en cause, et non à ce contrat spécifiquement. En cela, les conditions d'engagement des personnes publiques relèvent des règles incompressibles du droit administratif, qui dépassent la distinction entre contrats administratifs et contrats de droit privé. Il n'en reste pas moins que la transaction implique le plus souvent des personnes publiques et que, de ce fait, elle constitue davantage un contrat formel que consensuel.

Les adaptations inhérentes au droit administratif sont plus remarquables encore s'agissant des concessions réciproques. A l'instar de ce qui prévaut pour la transaction de droit privé, elles forment le cœur de la transaction administrative. S'il existe plusieurs modes d'extinction des litiges, seule la transaction repose sur des concessions mutuelles. Sans ces dernières, elle se bornerait à un acquiescement suivi d'un désistement. Au lieu de cela, la transaction éteint le litige et crée des droits et obligations à la charge des parties. Les concessions réciproques caractérisent donc la transaction administrative. Toutefois, leur conception est propre au droit administratif.

En effet, les principes d'ordre public interdisant aux personnes publiques et privées de payer des sommes qu'elles ne doivent pas conditionnent les concessions réciproques au sein de la transaction administrative. Pour ce qui est des personnes publiques, l'interdiction dépasse le cadre de ce contrat, et s'applique à tout acte de ces personnes, qu'il relève ou non du droit administratif. Elle constitue, elle aussi, une règle intangible de droit administratif, et, à ce titre, s'impose également aux transactions de droit privé des personnes publiques. En

revanche, l'interdiction relative aux personnes privées ne trouve pas son équivalent en droit privé. Spécifique à la transaction administrative, cette règle a été consacrée par le Conseil d'Etat pour des considérations d'équité, et ne s'applique qu'à elle. L'utilisation de la transaction de droit privé pour l'élaboration de la transaction administrative n'exclut donc pas une certaine autonomie.

Ces deux interdictions font émerger une conception des concessions réciproques propre à la transaction administrative. Celles-ci ne peuvent être établies qu'en référence à ce qui est dû et partant, au droit étatique. Les concessions réciproques doivent, d'une part, trouver leur cause dans l'obligation préexistante née de la réalisation d'un dommage, et d'autre part, ne pas être manifestement disproportionnées au regard de ce qui est dû. En droit administratif, elles se conçoivent en termes de droits, indépendamment de tout rapport de force entre les parties. Leur équilibre importe bien moins que le bien-fondé de ce qui est accordé. Cette analyse, préconisée par le président Romieu et reprise par le président Rougevin-Baville, contribue à faire de ce contrat un outil distinct de celui de droit privé.

Il faut ajouter, enfin, que la référence à ce qui est dû est la garantie d'une certaine sécurité juridique et de l'égalité des parties — phénomène remarquable pour un contrat administratif. En définitive, le risque de transactions désavantageuses est bien moindre qu'en droit privé.

CONCLUSION DU TITRE I

L'objet du contrat transactionnel est tout particulier, et avec lui, le rôle des parties. De parties à un litige, elles deviennent parties à un contrat. Il a été rappelé que le mot transiger vient du latin *transigere*, signifiant mener à bonne fin, régler une affaire, mettre fin à quelque chose, en l'espèce, à un litige⁶³². Les parties s'entendent pour dépasser leur litige et créer un nouvel horizon contractuel qu'elles décident elles-mêmes.

Si l'outil juridique que constitue aujourd'hui le contrat de transaction est hérité du droit romain, son objet a toutefois quelque peu évolué. Alors que le droit romain ouvrait le recours pour le règlement de toute incertitude en général, le Code civil la réserve au règlement des litiges, c'est-à-dire aux conflits d'intérêts suivis de l'émission de prétentions juridiques. Dans la lignée du droit romain, en revanche, la transaction suppose l'accord des parties et implique des concessions réciproques. C'est ainsi que le Code civil et la jurisprudence judiciaire définissent la transaction : elle naît de l'échange des consentements, vise à prévenir ou terminer un litige et nécessite des concessions réciproques.

La transaction élaborée par le Conseil d'Etat pour le règlement des litiges qui auraient relevé de la compétence du juge administratif, répond à ces mêmes éléments de définition. La Haute juridiction les a empruntés à la transaction de droit privé pour façonner la transaction administrative. Pour autant, ces emprunts sont assortis d'adaptations.

Compte tenu des exigences du droit administratif, il ne saurait être question de transposer à l'identique ces éléments inspirés de la transaction de droit privé à la transaction administrative. En l'occurrence, toutes les adaptations dont il est question répondent presque toujours aux mêmes principes du droit administratif. A partir de là, il est possible d'évoquer une théorie de la transaction administrative, c'est-à-dire une construction globale et cohérente de ce contrat. Ces principes tiennent à l'interdiction pour les personnes publiques de payer des sommes qu'elles ne doivent pas et à son équivalent pour les personnes privées. La première résulte du souci de protéger les deniers publics et la seconde, de considérations d'équité.

⁶³² Le dictionnaire Gaffiot, faisant référence au Digeste et au Code Justinien, définit même le terme de « transigere », comme l'action de conclure une transaction, c'est-à-dire d'éteindre un rapport litigieux par des concessions réciproques. V. F. GAFFIOT, *Dictionnaire latin-français*, préc.

Toutes deux constituent des principes d'ordre public qui ont pour effet d'analyser la transaction administrative en termes de droits. Celle-ci doit être établie au regard de ce qui est dû.

Ainsi, tout litige relevant de la compétence du juge administratif ne saurait se prêter à une transaction administrative. Il convient qu'il soit dépourvu de tout doute quant aux responsabilités de chacun et qu'une action en justice soit encore ouverte. Déterminer ce qui est dû ne peut se passer d'une référence au droit étatique.

Les implications des interdictions évoquées sont plus importantes encore s'agissant des concessions réciproques. Cet élément tout à fait spécifique au contrat transactionnel fait l'objet, en droit administratif, d'un traitement juridique particulier : elles se conçoivent, non pas en termes d'équivalence ou d'équilibre, mais au regard du préjudice à réparer, ce qui suppose l'existence d'une obligation préexistante et l'absence de disproportion entre ce qui est accordé et ce qui est dû. Cette analyse, qui a été proposée par le président Romieu, dans ses conclusions sur l'arrêt *Compagnie des chemins de fer du Nord et autres contre ministre de la Guerre*, et reprise par le président Rougevin-Baville, dans ses conclusions sur l'arrêt *Mergui*, est donc au cœur du procédé transactionnel. C'est le propre du contrat transactionnel que de régler un litige par le biais de concessions réciproques, et c'est le propre de la transaction administrative que de s'attacher à ce qui est dû et n'est pas dû par les parties.

Enfin, l'échange des consentements marque la naissance de la transaction, et lui confère sa nature d'acte contractuel. Cet échange ne peut intervenir qu'au terme d'une procédure relativement formalisée, même s'il est vrai que cette particularité tient, non à la transaction administrative, mais à la présence d'une personne publique, comme c'est le plus souvent le cas dans le cadre de ce contrat.

Manifestement, la transaction élaborée par le Conseil d'Etat, pour le règlement des litiges relevant de sa compétence juridictionnelle, est ni tout à fait différente, ni tout à fait identique à la transaction de droit privé, ce qui ne manque pas d'influer sur le régime juridique de ce contrat.

TITRE II

LE REGIME DE LA TRANSACTION ADMINISTRATIVE

La jurisprudence du Conseil d'Etat, dont l'avis *L'Hay-les-Roses* marque l'aboutissement, a créé avec la transaction administrative, un contrat administratif à l'objet tout particulier : celui de régler des litiges qui auraient relevé du juge administratif si une instance juridictionnelle avait dû être engagée. Il fallait encore élaborer, pour ce contrat, un régime juridique.

Il importe alors d'examiner ce régime, et plus précisément, son degré de soumission aux règles du droit des contrats administratifs. A cet égard, il faut préciser que la tentative, au XX^e siècle, de construire une théorie générale du droit des contrats administratifs, en généralisant des règles particulières à certains d'entre eux ne correspondait pas tout à fait à la réalité. La notion de contrat administratif recouvre, en effet, un ensemble de contrats dont l'objet et le régime juridique diffèrent sensiblement. « Tout laisse penser, explique H.-G. Hubrecht, que la doctrine classique a intitulé théorie générale du contrat administratif une pure et simple transposition des règles qui s'imposent dans un contrat très particulier, parce qu'il est un contrat de service public, la concession »⁶³³. Sans doute, cela participait-il, de la part de la doctrine et de la jurisprudence, d'un mouvement d'autonomisation du droit administratif. P. Yolka évoque à cet égard « un contexte d'autonomisation du droit et du juge administratifs »⁶³⁴. A l'évidence, cependant, les règles concernant le plus administratif des contrats, la concession de service public, ne sont pas celles de tous les contrats administratifs. Deux phénomènes parallèles compromettent l'édification d'une théorie générale : « la montée en puissance d'un droit des contrats administratifs spéciaux, ce qui a altéré le degré de

⁶³³ H.-G. HUBRECHT, *Les contrats de service public*, thèse Bordeaux, 1980, p. 502.

⁶³⁴ L'auteur signale que « la référence à une matrice originale, éloignée du contrat privé, a permis de justifier un effort de différenciation et devait légitimer l'absence d'application du droit civil des contrats ». P. YOLKA, *Droit des contrats administratifs*, préc., n° 13. V. aussi sur ce point G. ECKERT, « Les pouvoirs de l'Administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs », *Contrats-marchés publics* 2010, n° 10, p. 7, M. CANEDO, « L'exorbitance du droit des contrats administratifs », in *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, LGDJ, coll. Faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers, 2004, p. 128, et F. BRENET, *Recherches sur l'évolution du contrat administratif*, thèse Poitiers, 2002.

généralité des règles applicables à l'ensemble des contrats administratifs [et la circonstance que] le caractère exorbitant du droit applicable à ces contrats [se soit] retrouvé à son tour remis en cause, à la fois en raison d'une certaine immixtion du droit privé en leur sein et du fait de l'évolution même du droit privé des contrats qui a emprunté certaines techniques contractuelles propres au droit public »⁶³⁵.

La théorie générale du droit des contrats administratifs laisse place aujourd'hui à la classification des contrats selon leur objet, celui-ci appelant des règles particulières⁶³⁶. Les règles communes à tous les contrats administratifs tiennent davantage à la présence d'une personne publique en leur sein qu'à leur caractère administratif.

Aussi faut-il, pour mesurer le degré d'administrativité des transactions administratives, se référer aux contrats les plus administratifs, ceux qui, compte tenu de leur objet, supposent l'application des règles les plus exorbitantes : les contrats de service public, aussi appelés « contrats à objet de délégation », les marchés publics de service, les délégations de service public, les marchés publics globaux, les contrats de partenariat, les concessions de service public, les contrats d'exploitation des ouvrages publics, etc.⁶³⁷. Leur régime repose majoritairement sur l'inégalité des parties, lors de leur formation comme de leur exécution, expliquée par les besoins du service public.

Or, si le développement de la transaction administrative — et plus généralement, de tout mode de règlement des litiges reposant sur la négociation, le dialogue et le rapprochement des parties litigantes — participe au maintien de la paix sociale, et en cela à l'intérêt général, rien ne justifie pour autant la détention de pouvoirs exorbitants du droit commun au profit de la personne publique. Bien au contraire, l'objet de la transaction administrative impose que les parties soient placées sur un pied d'égalité. Il est certes des règles applicables aux contrats administratifs qui concernent aussi la conclusion et l'exécution des transactions administratives, mais elles sont bien souvent communes à l'ensemble des contrats impliquant une personne publique, qu'ils relèvent du droit public ou du droit privé.

Les règles les plus exorbitantes du droit des contrats administratifs, parfois qualifiées de « règles générales applicables au contrat administratif », ne sont donc pas celles de la transaction administrative. C'est ce que révèle l'étude de la formation de la transaction

⁶³⁵ C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, préc., n° 26.

⁶³⁶ P. YOLKA, *Droit des contrats administratifs*, préc., n° 93 et s.

⁶³⁷ L. MARCUS, *L'unité des contrats publics*, préc., n° 559 et s.

administrative, caractérisée par la liberté et l'égalité des parties (Chapitre I), comme celle de ses effets, entièrement gouvernés par l'effet obligatoire des contrats (Chapitre II).

CHAPITRE I

LA PASSATION DES TRANSACTIONS ADMINISTRATIVES

La procédure de passation des transactions administratives se déroule en deux temps : à la phase de discussion, c'est-à-dire des pourparlers en vue d'un accord entre les parties, succède, en cas de réussite, la conclusion du contrat lui-même. De manière générale, chacune de ces étapes est marquée par la souplesse et le souci de faciliter leur conclusion.

La phase de discussion est caractérisée par une remarquable liberté offerte aux parties. Chacune d'elles est libre de s'exprimer dans le respect des principes interdisant aux parties de payer des sommes qu'elles ne doivent pas. Souplesse des échanges et égalité des parties se trouvent ainsi garanties.

Une telle liberté dans la passation d'un contrat administratif rompt avec ce qui prévaut pour les contrats de la commande publique. Leur formalisme important, qui nécessite la mise en œuvre de procédures de publicité et de mise en concurrence, laisse peu de place à une véritable discussion. Il s'agit évidemment de s'assurer que le signataire du contrat agit conformément aux besoins du service public et aux intérêts des deniers publics, en évitant tout favoritisme et arbitraire. Si ces procédures, « à géométrie variable, selon la catégorie des contrats concernée, et même à l'intérieur de la catégorie elle-même »⁶³⁸ ne s'appliquent pas à l'ensemble des contrats de la commande publique, il reste que les parties sont rarement en mesure de discuter valablement entre elles. Dans ce type de contrats, la liberté du cocontractant de l'administration se résume bien souvent à accepter ou non de conclure le contrat.

Finalement, la seule règle qui s'impose aux parties dans la recherche d'un règlement amiable à leur litige est celle leur interdisant de payer des sommes qu'elles ne doivent pas,

⁶³⁸ C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, préc., n° 486.

règle qui, en outre, constitue davantage une mesure protectrice qu'une limitation de leur liberté⁶³⁹.

La phase de conclusion des transactions administratives fait, quant à elle, l'objet d'un encadrement plus important. Les règles relatives à la compétence du signataire sont de nature à introduire un certain formalisme dans la passation de ces contrats. Elles s'appliquent à tous les contrats des personnes publiques et à la plupart des transactions administratives, qui comme on le sait, comportent le plus souvent des personnes publiques⁶⁴⁰.

Ainsi, les règles qui gouvernent la passation des transactions administratives tiennent essentiellement à la présence en leur sein d'une personne publique. Elles ne sont pas spécifiques à ce contrat, mais communes à tout contrat impliquant une personne publique, transcendant ainsi la distinction contrats administratifs et contrats privés des personnes publiques. En outre, cet encadrement est relativement peu contraignant qu'il s'agisse de la phase de discussion (Section I) ou de la phase de conclusion du contrat (Section II).

SECTION I. LA PHASE DE DISCUSSION DES TRANSACTIONS ADMINISTRATIVES

La phase de discussion est celle durant laquelle les parties tâchent de s'entendre pour régler leur litige à l'amiable. En transigeant, elles deviennent parties à un contrat. Il y a de leur part une démarche en faveur du consensus, de l'apaisement, du dialogue et de l'entente, que cette démarche leur soit imposée ou non. Or, sous réserve de la protection des deniers des parties, l'objet des transactions administratives ne nécessite pas d'encadrement particulier. Ainsi, que ce soit au stade du déclenchement des discussions (§I) ou de leur conduite (§II), les intéressés bénéficient d'une grande liberté de manière à faciliter la conclusion des transactions administratives.

⁶³⁹ V. *Supra*, partie I, titre I, chapitre II, section II, p. 137.

⁶⁴⁰ V. *Supra*, partie I, titre I, chapitre I, section II, § II, p. 112.

§I. LA MISE EN ŒUVRE DES DISCUSSIONS

Les cadres des discussions susceptibles de donner lieu à un règlement transactionnel des litiges sont nombreux et divers. Si tous n'aboutissent pas à la conclusion d'une transaction administrative, toute transaction administrative naît en revanche de l'un d'eux.

Il importe d'examiner les conditions et circonstances dans lesquelles se mettent en œuvre les processus susceptibles de conduire à la conclusion d'une transaction administrative. Une distinction s'impose d'emblée tenant au caractère impératif ou non des procédures de discussions, qui peuvent être provoquées spontanément par les parties une fois le litige survenu (A) ou mises en œuvre obligatoirement, en raison de textes ou de clauses contractuelles convenues entre elles avant la survenance du litige (B).

A. La mise en œuvre spontanée

La recherche d'un règlement transactionnel des litiges peut résulter de la seule volonté des parties, sans obligation de quelle que nature que ce soit. Cette procédure est « spontanément » mise en œuvre par les parties, de manière facultative. Une nouvelle distinction apparaît qui repose cette fois sur leur degré d'implication. Deux cas de figure se présentent : soit la mise en œuvre de cette procédure est le fait d'un accord de volontés des parties litigantes, soit elle résulte de la volonté unilatérale de l'une d'elles.

Rien n'interdit aux parties au litige de se rapprocher afin de régler à l'amiable leur litige, par des négociations directes qui ne nécessitent pas l'intervention de tiers. Il leur est tout à fait loisible de recourir à la transaction avant le dépôt d'une requête juridictionnelle ou même pendant l'instance en cours. Le principe est celui de la liberté contractuelle⁶⁴¹.

Il se peut aussi qu'elles s'accordent librement pour faire appel aux services d'un tiers. C'est le cas, par exemple, de la conciliation judiciaire sollicitée par une demande conjointe des parties⁶⁴².

A cet égard, il faut préciser que la partie destinataire d'une demande de transaction adressée par l'autre n'est pas tenue d'y faire droit. Ce qui, pour les personnes privées, est

⁶⁴¹ A cet égard, le Conseil d'Etat indique dans l'arrêt du 4 octobre 1968, *Commune de Saint-Germain près Herment*, *Leb. T.*, p. 1002, que la transaction est toujours possible que le marché l'envisage ou non.

⁶⁴² De nombreuses zones d'ombre entourent néanmoins cette procédure. V. présente section, § II, A, p. 183.

l'expression de leur liberté contractuelle, relève pour l'administration d'un pouvoir discrétionnaire⁶⁴³.

A l'inverse, il arrive qu'un accord de volontés ne soit pas nécessaire pour la mise en œuvre d'une procédure amiable. Dans certaines hypothèses, l'une seulement des parties au litige est en mesure de déclencher ce processus⁶⁴⁴. C'est généralement le cas s'agissant des procédures facultatives de médiation-conciliation instituées par les textes.

Ainsi, les Comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics, dits CCRA⁶⁴⁵, peuvent être saisis par chacune des parties au marché, le titulaire du marché ou le pouvoir adjudicateur⁶⁴⁶. La circulaire du 7 septembre 2009 recommande de privilégier la saisine de ces comités⁶⁴⁷, dans la mesure où l'intervention d'experts dans un domaine aussi complexe que celui des marchés publics, permet sans doute de sécuriser les transactions.

C'est aussi de manière unilatérale que sont saisies les Commissions de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, chargées en vertu de l'article L. 1142-5 du Code la santé publique de « faciliter le règlement à l'amiable des litiges relatifs aux accidents médicaux, aux affections iatrogènes et aux infections nosocomiales [...] ». Pour ce faire, deux missions distinctes de conciliation et de règlement amiable leur ont été attribuées. La première concerne tous les litiges ou difficultés nés à l'occasion d'un acte de prévention, de diagnostic ou de soins, tandis que la seconde vise à l'indemnisation des dommages imputables à un acte de prévention, de diagnostic ou de soins, présentant un certain de gravité⁶⁴⁸. En vertu de l'article L. 1142-7 du Code de la santé publique, toute personne s'estimant victime d'un dommage imputable à une activité de prévention, de diagnostic ou de soins, ou, le cas échéant, son représentant légal, ainsi que les ayants droit d'une personne décédée à la suite d'un acte de prévention, de diagnostic ou de soins, peuvent saisir la Commission.

⁶⁴³ CE, 19 juin 1953, *Vernisse, Leb.*, p. 302.

⁶⁴⁴ L. Richer a pu s'interroger sur le fait qu'une demande unilatérale puisse véritablement donner lieu à une procédure de conciliation : « C'est un processus unilatéral et, en théorie, rien n'empêcherait le comité [ici, le Comité consultatif de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics] de rendre son avis sans la participation de l'autre partie – auquel cas on serait plus proche d'un recours administratif que d'une conciliation. Mais, dans la pratique, compte tenu, entre autres, des auditions, il est peu envisageable que la procédure puisse fonctionner sans accord des deux parties sur son utilisation », L. RICHER, « Collectivités locales et modes alternatifs de règlement des litiges : identifier, organiser et résoudre le litige », *AJCT* 2012, p. 238.

⁶⁴⁵ Les CCRA ont été institués par le décret n° 91-204 du 25 février 1991. Le décret n° 81-271 du 18 mars 1981 n'avait mis en place qu'un seul comité. Aujourd'hui, les comités sont régis par l'article 127 du Code des marchés publics et le décret n° 2010-1525 du 8 décembre 2010, abrogeant le décret n° 2001-797 du 3 septembre 2001, modifié par le décret n° 2005-818 du 19 juillet 2005. Sur les aspects historiques des CCRA notamment, v. M.-C. DEGRE, *Les Comités consultatifs de règlement amiable des marchés*, thèse Paris II, 1982.

⁶⁴⁶ V. D. n° 2010-1525 du 8 décembre 2010, préc., art. 5, I.

⁶⁴⁷ V. Circulaire du 7 septembre 2009, préc., n° 2.5.3.

⁶⁴⁸ V. C. de la santé publique, art. L. 1142-8.

La saisine de ces différents conciliateurs n'est ici le fait que d'une seule des parties au litige, et ce, de manière facultative, avant ou concomitamment à une saisine du juge compétent⁶⁴⁹.

B. La mise en œuvre obligatoire

Il est des situations dans lesquelles la mise en œuvre d'une procédure susceptible d'aboutir à un règlement transactionnel des litiges, n'est pas facultative mais obligatoire. L'obligation résulte soit des parties elles-mêmes, soit de textes législatifs ou réglementaires.

En effet, il est parfaitement loisible aux parties à un contrat d'opter à l'avance pour un règlement transactionnel des litiges susceptibles d'intervenir. Elles s'engagent alors à rechercher un accord pour tout litige éventuel, avant ou concomitamment à une procédure juridictionnelle. Certes, la procédure est obligatoire, mais elle reste l'expression de la liberté contractuelle.

Cette hypothèse ne concerne par nature que les parties liées contractuellement. Elle est assez fréquente dans les conventions de délégations de service public et les marchés publics. On parle alors de conciliation conventionnelle ou informelle. Les parties au contrat y insèrent des clauses rendant obligatoire la mise en œuvre d'une procédure de négociation en vue du règlement transactionnel du litige, que cette procédure soit menée par les parties elles-mêmes ou par un tiers. Les parties s'interdisent de saisir le juge sans avoir mis en œuvre préalablement la procédure de conciliation⁶⁵⁰.

Il est même possible qu'une clause de médiation ou de conciliation soit insérée dans une transaction. Les parties prévoient alors, qu'en cas de litige survenant entre elles lors de l'exécution du contrat, elles devront recourir à un conciliateur ou à un médiateur afin de

⁶⁴⁹ Les saisines concomitantes du juge étatique et des commissions de conciliation sont, en effet, autorisées. L'article 127 du Code des marchés publics énonce à propos de la saisine d'un comité consultatif de règlement amiable des différends ou litiges en matière de marchés publics, que « la saisine d'un comité consultatif de règlement amiable interrompt le cours des différentes prescriptions [...] et] suspend les délais de recours contentieux jusqu'à la décision prise par le pouvoir adjudicateur après avis du comité ». L'article 8 du décret du 8 décembre 2010 précise que « la suspension des délais de recours mentionnés à l'article 127 du code des marchés publics prend fin le jour suivant la notification au titulaire de la décision expresse prise par le pouvoir adjudicateur en application de l'alinéa précédent ». S'agissant des Commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, l'article L.1142-7 du Code de la santé publique impose à la victime d'« informe[r] la commission régionale des procédures juridictionnelles relatives aux mêmes faits éventuellement en cours ». De même, « si une action en justice est intentée, la personne informe le juge de la saisine de la commission. La saisine de la commission suspend les délais de prescription et de recours contentieux jusqu'au terme de la procédure [...] ».

⁶⁵⁰ Une clause de conciliation obligatoire n'interdit cependant pas la saisine directe du juge quand l'administration en résiliant le contrat a rendu impossible l'exercice de cette clause. V. CE, 27 septembre 1999, *M. Houillon*, N° 179491.

résoudre ledit litige par la voie transactionnelle⁶⁵¹. Il peut aussi s'agir d'une instance *ad hoc*, dont le contrat indique le mode de constitution. Selon les cas, la procédure d'intervention de ces instances est plus ou moins détaillée par le contrat. Quoi qu'il en soit, les parties ont alors l'obligation de solliciter un tiers pour le règlement d'un litige né de l'exécution d'un contrat.

Une clause du contrat peut également imposer aux parties de saisir, avant toute instance juridictionnelle, le Président du Tribunal administratif aux fins de désignation d'un conciliateur. Toutefois, rien n'oblige le magistrat à faire droit à la demande des parties⁶⁵².

Dans l'arrêt du 24 juillet 1984, *Société OTH Méditerranée*, le Conseil d'Etat a jugé qu'« aucune disposition législative ou réglementaire ne fait obstacle à l'insertion dans les contrats que passe l'administration, d'une clause prévoyant que les difficultés auxquelles donnent lieu ces contrats, devront être soumises préalablement à la saisine du juge compétent, à l'avis d'une personne ou d'un organisme qu'ils désignent »⁶⁵³. L'avis rendu n'a évidemment pas le caractère d'une transaction, mais sa teneur peut servir de base aux parties en vue d'une transaction, voire même être reprise par elles *in extenso*⁶⁵⁴.

En l'absence d'une telle clause, et une fois le litige survenu, les parties ont toujours la possibilité d'engager librement des négociations. Le principe en la matière est bien celui de la liberté contractuelle.

De même, l'obligation d'engager une discussion amiable n'est constitutive que d'une obligation procédurale et non d'une obligation de résultat. Un échec des négociations ne saurait donner lieu à une sanction. En revanche, dans le cas où la procédure obligatoire n'a pas été mise en œuvre, la requête déposée devant le juge administratif doit être rejetée pour irrecevabilité⁶⁵⁵.

Il est aussi des textes qui imposent aux parties de tâcher de régler à l'amiable leur litige. Toutefois, la mise en œuvre d'une procédure de conciliation avant la saisine du juge est assez rarement obligatoire, s'agissant des litiges relevant de la juridiction administrative. Dans ce cas, le recours administratif préalable obligatoire est bien davantage utilisé⁶⁵⁶. En outre, la

⁶⁵¹ Le mécanisme peut se décliner à l'infini, si toute transaction conclue pour le règlement d'un litige né de l'exécution d'une transaction, donne elle-même lieu à un litige. C'est toutefois très peu probable. V. sur ce point, partie II, titre II, chapitre II, section I, p. 540 et s.

⁶⁵² V. *infra*, p. 180.

⁶⁵³ CE, 27 juillet 1984, *Société OTH Méditerranée*, RDP 1985, p. 247.

⁶⁵⁴ V. *infra*, présente section, § II, B, p. 191 et s.

⁶⁵⁵ CE, 6 octobre 1976, *Koch, Leb.*, p. 396 ; CE, 10 juin 1988, *Fainsilber, Dr. Adm.* 1988, n° 419. Cependant, s'agissant de dispositions purement conventionnelles, il n'y a pas là un moyen d'ordre public que le juge doit relever d'office.

⁶⁵⁶ Conciliation préalable obligatoire et recours administratif préalable obligatoire ne sauraient évidemment être assimilés.

conciliation obligatoire « s'inscrit mal dans la logique des modes alternatifs dans la mesure où elle met à mal la recherche d'un consensus, en l'absence de démarche volontaire des parties »⁶⁵⁷.

Il faut tout de même réserver le cas du Comité national olympique et sportif français qui s'est vu confier une mission de conciliation, préalable obligatoire, pour les « litiges opposant les licenciés, les associations et sociétés sportives et les fédérations sportives agréées, à l'exception des conflits mettant en cause des faits de dopage »⁶⁵⁸. Le Comité, saisi par une des parties litigantes, doit leur adresser une proposition de conciliation qu'elles sont libres ou non de refuser. Dès lors, un recours porté directement devant le juge administratif, en l'absence de saisine du Comité, sera déclaré irrecevable, sans régularisation possible.

De la même façon, en vertu de l'article L. 813-7 du Code rural et de la pêche maritime, reproduit dans l'article L. 442-21 du Code de l'éducation, les litiges opposant l'Etat à un établissement d'enseignement agricole privé, relativement à certaines matières, doivent d'abord être portés devant une commission de conciliation, avant toute saisine juridictionnelle. Il n'en reste pas moins que la conciliation présente, le plus souvent, un caractère facultatif.

L'engagement d'une discussion amiable pour le règlement d'un litige s'inscrit donc dans des cadres très divers, qui ne donnent pas tous nécessairement lieu à la conclusion d'une transaction administrative. Pour préserver la souplesse et le pragmatisme indispensables à toute discussion, aucun cadre type n'a été établi. De même, souplesse et pragmatisme caractérisent aussi la conduite des négociations susceptibles de mener à la conclusion d'une transaction administrative.

Alors que la première fait intervenir un tiers, le second présente un caractère *interpatres*. De plus, le recours administratif a la particularité de faire naître une nouvelle décision, qui se substituera à la décision initiale, et qui peut seule être attaquée. A l'inverse, la conciliation ne fait pas nécessairement naître une nouvelle décision. Ainsi, à titre d'exemple, en cas d'échec de la conciliation menée par le Comité national olympique et sportif français, la décision redevient exécutoire à compter de la notification de son opposition par l'une des parties à la ou aux mesures de conciliation. De plus, la décision de refus de l'une des parties de s'opposer aux mesures de conciliation proposées n'est pas susceptible d'un recours en excès de pouvoir. V. sur ce point, TA Paris, 24 février 1994, *Mlle Le Sain*, RFDA 1997, p. 370. Comme le souligne P. Couzinet, à propos de l'opposition manifestée par une fédération sportive aux mesures de conciliation proposées par le Comité national olympique et sportif français, « la conciliation, mode alternatif de règlement des litiges, a pour objet de prévenir le contentieux et non de le nourrir en créant une catégorie parasitaire de décision susceptible de faire l'objet d'un recours », P. COUZINET, « Un exemple de procédure de conciliation préalable obligatoire : la conciliation sportive précontentieuse », RFDA 1997, p. 365.

⁶⁵⁷ S. BOUSSARD, « Conciliation, transaction et arbitrage », fasc. préc., n° 33.

⁶⁵⁸ C. du sport, art. L. 141-4. La procédure a été rendue obligatoire par l'article 14 de la loi du 13 juillet 1992, dite loi Bredin, modifiant l'article 19 de la loi du 16 juillet 1984, dite loi Avice. Sur ce mécanisme de conciliation, v. P. COUZINET, « Un exemple de procédure de conciliation préalable obligatoire : la conciliation sportive précontentieuse », préc.

§II. LE DEROULEMENT DES DISCUSSIONS

Une fois les discussions engagées, il importe d'examiner dans quelles conditions elles vont se dérouler. En l'occurrence, si ces discussions doivent se tenir dans le respect de règles communes (C), l'implication des parties est tributaire en revanche des processus et procédures mis en œuvre (A), de même que la nature des actes qui les clôturent (B).

A. L'implication des parties au litige

Le degré d'implication des parties lors des discussions en vue d'un règlement transactionnel de leur litige est très variable. Celles-ci peuvent ainsi choisir de conduire elles-mêmes ces discussions (a) ou de faire appel à un tiers, qu'il leur soit imposé ou non (b). Il faut également évoquer le cas particulier des expertises, qui facilitent parfois le rapprochement des parties (c).

a. Les discussions directes entre les parties au litige

Deux acceptions sont données au terme de transaction. Il désigne d'abord le contrat, l'acte juridique constatant l'accord des parties sur la solution à apporter à leur litige : c'est la définition de la transaction, telle qu'elle est retenue par le Code civil. Dans un sens moins rigoureux, la transaction est aussi comprise comme le processus menant à l'accord des parties.

On sait que ce dernier sens prêté à la transaction est maladroit, en ce qu'il revient à confondre l'acte juridique avec le processus y menant. Outre qu'il ne correspond pas au Code civil, il omet la dénomination particulière donnée aux processus de négociation que sont la conciliation et la médiation. Aucun texte, certes, ne désigne le cas dans lequel les parties négocient elles-mêmes l'issue de leur litige sans l'intervention d'un tiers. Mieux vaut alors parler de processus transactionnel entre les parties au litige, et ainsi réserver le terme de transaction à l'acte juridique constatant l'accord des parties, quel qu'en ait été le processus⁶⁵⁹.

⁶⁵⁹ V. sur ce point, introduction, pp. 10-11.

En l'occurrence, les parties recourent fréquemment à ce processus transactionnel pour le règlement des litiges liés au refus de concours de la force publique ou aux dommages causés par des attroupements ou rassemblements, ce qui ne signifie nullement qu'une transaction sera conclue. Des discussions sont engagées directement entre les parties, dont la réussite conditionnera l'issue du litige.

A côté de ces négociations directes entre les parties, des textes législatifs ou réglementaires ont mis en place des procédures de discussion impliquant l'intervention de tiers. Il s'agit des conciliation et médiation, qui toutes deux, peuvent déboucher sur un acte transactionnel. Dans cette mesure, la transaction peut se combiner à d'autres modes alternatifs de règlement des litiges. Plus exactement, elle est un bon moyen de clore une conciliation ou une médiation réussie.

b. Le recours à un tiers conciliateur ou médiateur

On sait qu'il existe des incertitudes sur ce qui distingue conceptuellement les procédures de conciliation et de médiation. Toutes deux impliquent des tiers, mais dont le rôle n'est pas tout à fait équivalent⁶⁶⁰. Dans la pratique, cependant, ces deux termes sont utilisés de manière assez aléatoire et souvent synonyme. Aussi convient-il d'envisager toutes les procédures faisant intervenir un tiers indépendant chargé de faciliter le règlement d'un litige administratif, sans considération de leur dénomination par les textes, et de traiter de « la conciliation-médiation », à l'instar du Conseil d'Etat dans son rapport de 1993⁶⁶¹. Conciliation et médiation appartiennent à la même famille juridique ; il n'y a pas entre elles de différence de nature, mais de degré. De la même manière, le niveau d'implication des parties dans l'aboutissement de la procédure de médiation-conciliation varie d'une procédure à l'autre.

Les procédures de conciliation-médiation sont aussi nombreuses que différentes, tant dans leur organisation que dans les actes auxquels elles parviennent. Deux grands ensembles

⁶⁶⁰ V. introduction, pp. 10-11.

⁶⁶¹ Dans son rapport, le Conseil d'Etat avait renoncé à distinguer les deux procédures, préférant évoquer la procédure de « conciliation-médiation », v. *Régler autrement les conflits*, préc., p. 31 et s.

de médiation-conciliation se dégagent néanmoins, selon qu'elles sont menées hors cadre judiciaire (1) ou au contraire en son sein (2).

1. Les procédures de conciliation-médiation non judiciaires

Dans le premier ensemble, les procédures de médiation-conciliation ont toutes en commun d'être menées par un tiers hors cadre judiciaire. Cette unité ne doit cependant pas faire oublier leur extrême diversité. Aussi disparates soient ces procédures, trois critères permettent de les étudier : le mode de désignation du tiers conciliateur-médiateur, les incidences éventuelles de ces procédures sur le cours de la procédure juridictionnelle, et enfin, la place laissée aux parties dans la recherche d'une solution amiable.

Le choix du tiers médiateur-conciliateur est assez largement ouvert pour les parties au litige. Les parties peuvent tout d'abord s'accorder pour solliciter un tiers en particulier, à l'instar d'une autorité investie de fonctions officielles, telle que le préfet, l'ordre des architectes, un expert du droit, ou bien de commissions *ad hoc* ou institutionnalisées. Dans certains cas, les parties prévoient dans le marché qui les lie, la mise en place d'instances de conciliation spécifiques, de caractère permanent, chargées de suivre l'exécution du contrat et de régler de manière amiable les différends susceptibles d'apparaître entre les parties⁶⁶². Généralement, elles ont recours à des commissions tripartites, gages d'une plus grande indépendance⁶⁶³.

A défaut d'accord, les parties ont la possibilité de demander au juge administratif de nommer le tiers chargé de les rapprocher, solution que prévoient nombre de contrats de la commande publique. Rien n'oblige toutefois le juge à y procéder. Ainsi, dans un arrêt du 28 décembre 2000, la Cour administrative d'appel de Marseille rappelle que « les stipulations d'un contrat administratif organisant une procédure de conciliation préalable à toute action contentieuse ne peuvent créer d'obligations qu'à l'égard des parties, et ne peuvent avoir pour

⁶⁶² Y. GAUDEMET, « Le précontentieux : le règlement non juridictionnel des conflits dans les marchés publics », *AJDA* 1994, n° spécial, p. 87.

⁶⁶³ « Parfois est prévue la nomination d'un tiers conciliateur unique mais, le plus souvent, celle d'une commission tripartite », explique L. Richer, qui poursuit, « En pratique, les parties ont du mal à se plier à cette exigence : il est donc difficile de se mettre d'accord sur un conciliateur unique et, quand il s'agit d'une commission, chacun nomme plus un mandataire qu'un membre indépendant, ce qui donne un rôle déterminant au troisième membre qui devient une sorte de président à voix prépondérante ». La commission tripartite apparaît donc comme un gage de neutralité et d'indépendance vis-à-vis des parties. V. L. RICHER, « Collectivités locales et modes alternatifs de règlement des litiges : identifier, organiser et résoudre le litige », préc., p. 238.

effet de contraindre l'autorité administrative ou juridictionnelle qu'elles désignent à intervenir conformément aux clauses dudit contrat »⁶⁶⁴.

A titre incident, on peut noter que les marchés de service relatifs à la conciliation sont exclus du champ d'application du Code des marchés publics. Les administrations sont libres de choisir un ou plusieurs conciliateurs parmi des experts ou des professionnels du droit, sans être tenues de procéder à une publicité ou à mise en concurrence⁶⁶⁵. Il faut encore que la personne ou l'autorité désignée par les parties accepte d'accéder à la demande, ce qu'elle n'est pas tenue de faire, en vertu du même arrêt de la Cour d'appel de Marseille.

S'agissant des incidences de la mise en œuvre de cette procédure de conciliation-médiation sur le cours de la procédure juridictionnelle, il convient de préciser qu'elles sont plus ou moins contraignantes pour les parties au litige.

Il y a d'abord des conciliateurs-médiateurs, dont la saisine, facultative, n'empêche pas le dépôt parallèle d'une requête devant le juge administratif. La procédure est généralement assez souple, de manière à favoriser la recherche d'un règlement amiable de la part des intéressés. C'est ainsi, par exemple, que la saisine de la Commission de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux suspend le délai contentieux, alors même qu'il est possible pour la victime de saisir simultanément le juge et la commission à charge pour elle d'en informer la commission et le tribunal.

A l'inverse, la mise en œuvre de certaines procédures de conciliation-médiation est parfois un préalable obligatoire avant toute instance juridictionnelle. Ce n'est qu'en cas d'échec de ladite procédure que les parties seront autorisées à saisir le juge — la saisine du juge ne faisant pas obstacle à ce qu'elles relancent une discussion amiable, sans tiers cette fois.

Enfin, l'extrême diversité des procédures de conciliation-médiation se manifeste également dans la marge de manœuvre qu'elles accordent aux parties dans la recherche d'une solution au litige. En l'occurrence, les procédures conduites par les commissions *ad hoc* ou institutionnalisées sont bien souvent organisées de telle sorte qu'elles laissent peu de place à la recherche d'une solution par les parties elles-mêmes. Il s'agit bien davantage de leur proposer une issue que de les accompagner dans sa recherche. Les parties participent aux

⁶⁶⁴ CAA Marseille, 28 novembre 2000, *Sté Transmontagne, Leb.*, p. 718, *AJDA* 2001, p. 302, note L. Benoit, *Contrats-marchés publics* 2001, comm. 123, note J.-P. Piétri, *Dr. Adm.* 2001, n° 160.

⁶⁶⁵ C. des marchés publics, art. 3, 11°.

débats, certes, mais dans le cadre d'une instruction menée par le tiers saisi, et non dans celui d'une discussion entre elles et ce tiers.

L'exemple des Comités de conciliation de règlement amiable des différends ou litiges en matière de marchés publics est éclairant. Après que le comité a été valablement saisi par une des parties, un rapporteur est désigné, personne extérieure à ce comité, choisie sur une liste composée généralement de fonctionnaires en activité ou à la retraite et arrêtée par le président du comité avec l'accord des autorités et services dont dépendent les intéressés. Le rapporteur a pour mission d'instruire l'affaire et d'élaborer un rapport suivi d'un projet d'avis. A cette fin, il a accès à tous les documents administratifs, peut interroger oralement ou par écrit les parties, et même enquêter sur place. En audience, il présente oralement son rapport, le comité étant ensuite chargé d'entendre les parties, assistées éventuellement d'une personne de leur choix, ainsi que toute personne dont le témoignage serait nécessaire. Le délibéré, à huis-clos, demeure secret et réunit le président ou le vice-président, un représentant de l'administration, un représentant du secteur d'activité concerné et le rapporteur, à la voix consultative. Ils ont pour mission de s'accorder sur « une solution amiable et équitable », selon les termes de l'article 127 du Code des marchés publics. Leur proposition est ensuite formalisée dans un avis — notifié aux parties dans les six mois suivant la saisine du comité —, qu'elles sont libres ou non de suivre⁶⁶⁶.

Ce type de procédure ne repose manifestement pas sur une discussion. Une des parties décide seule de saisir le comité qui se trouve chargé de proposer une solution au litige. Il n'est question ici ni de concertation, ni de rapprochement entre les parties⁶⁶⁷. C'est une fois l'avis rendu qu'une discussion peut éventuellement débiter, celui-ci servant de base à la recherche d'un accord.

Paradoxalement, l'implication des parties est plus importante dans le cadre des procédures menées par le juge administratif.

⁶⁶⁶ V. *Infra*, § II, B, p. 191 et s.

⁶⁶⁷ La procédure conduite devant les CCRA est manifestement organisée sur le modèle de celle menée au sein de la juridiction administrative. Cela correspond à une tendance générale, preuve de la prévalence de la justice étatique dans le système juridique français. Quoi qu'il en soit, organiser les procédures de conciliation-médiation sur le modèle de la procédure juridictionnelle n'est guère satisfaisant. V. sur ce point, partie II, titre I, chapitre II, section II, § II, p. 392 et s.

2. Les procédures de médiation-conciliation judiciaires

A côté de ses attributions contentieuses, le juge administratif s'est vu accorder la possibilité de procéder ou du moins de faire procéder à des procédures de médiation-conciliation.

L'ordonnance du 16 novembre 2011, codifiée sur ce point aux articles L. 711-3 et suivants du Code de justice administrative — évoqués par l'article L. 422-2 du futur Code des relations entre le public et l'administration —, a ainsi permis au juge administratif d'ordonner une médiation pour régler les litiges transfrontaliers dont il a été saisi⁶⁶⁸, sous réserve d'obtenir l'accord des deux parties. Compte tenu de son objet très circonscrit, il est rarement fait recours à cette procédure⁶⁶⁹.

Depuis les lois du 6 janvier 1986 et du 13 décembre 2011, les Tribunaux administratifs et les Cours administratives d'appel respectivement, sont aussi chargés d'assurer une mission de conciliation, aujourd'hui codifiée à l'article L. 211-4 du Code de justice administrative, auquel renvoie l'article L. 422-1 du futur Code des relations entre le public et l'administration⁶⁷⁰.

Faute du décret qui devait établir les modalités d'organisation de la conciliation judiciaire, le Conseil d'Etat a jugé, dans l'arrêt *Vériter* du 23 juillet 1989⁶⁷¹, que l'article L. 211-4 était directement applicable, à condition que le litige relève de la compétence juridictionnelle du juge administratif⁶⁷². Dans cet arrêt, il indique également que, le Président de la juridiction est libre de refuser de répondre à une demande de conciliation, sa décision

⁶⁶⁸ L'article L. 773-1 du CJA définit les différends transfrontaliers comme ceux dans lesquels « à la date où il est recouru à la médiation, une des parties au moins est domiciliée ou a sa résidence habituelle dans un Etat membre de l'Union européenne autre que la France et une autre partie au moins est domiciliée ou a sa résidence habituelle en France », et ceux dans lesquels « une instance juridictionnelle ou arbitrale est introduite en France entre des parties ayant recouru préalablement à une médiation et étant toutes domiciliées en ayant toutes leur résidence habituelle dans un autre Etat membre de l'Union européenne à la date à laquelle elles ont recouru à la médiation ».

⁶⁶⁹ V. sur ce point, le colloque du 17 juin 2015, *La médiation et la conciliation devant la juridiction administrative*, organisé par le Conseil d'Etat en partenariat avec l'Ordre des avocats de Paris et le Groupement européen des magistrats pour la médiation, et plus précisément l'intervention de C. Chadelat – l'enregistrement vidéo se trouvant sur le site internet du Conseil d'Etat.

⁶⁷⁰ L'article L. 211-4 tel que modifié énonce : « Dans les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel, les chefs de juridiction peuvent, si les parties en sont d'accord, organiser une mission de conciliation et désigner à cet effet la ou les personnes qui en seront chargées ». Auparavant, seuls les Tribunaux administratifs disposaient d'une telle compétence. Une demande de conciliation déposée devant le Conseil d'Etat ou une Cour administrative d'appel était alors déclarée irrecevable, v. CE, 22 mars 1995, *Dadillon, Leb.*, p. 138 ; CAA Nantes, 13 mai 1998, N° 96NT01556, *Brancher* ; CAA Marseille, 28 décembre 2000, n° oMA00477, *Société Transmontagne*, préc.

⁶⁷¹ CE, 23 juin 1989, *Vériter, Leb.*, p. 146, concl. Lévis, *AJDA* 1989, p. 424, chron. E. Honorat, E. Baptiste.

⁶⁷² CE, 22 mars 1995, *Dadillon*, préc.

étant en outre insusceptible de recours juridictionnel. C'est le cas, s'il estime qu'au vu du dossier, la conciliation a peu de chance d'aboutir. Il convient d'ajouter que la demande peut être présentée au juge et accueillie par lui, aussi bien avant que pendant l'instance juridictionnelle. Une fois acceptée la demande, qui doit émaner des deux parties conjointement, plusieurs solutions sont possibles : le Président de la juridiction peut assurer lui-même la conciliation, désigner un magistrat à cet effet, nommer un expert ou encore constituer une commission *ad hoc*, présidée par un magistrat du Tribunal⁶⁷³. La loi du 13 décembre 2011 semble se borner à entériner ces précisions jurisprudentielles qui concernent aussi la conciliation menée par le Président de la Cour administrative d'appel.

En l'absence de précisions législatives, réglementaires et même jurisprudentielles, l'exercice de la conciliation relève largement de la libre appréciation des magistrats⁶⁷⁴, ce qui contribue à freiner le développement de cette procédure. Cependant, ces lacunes n'expliquent pas à elles seules le succès mitigé qu'elle rencontre. S'y ajoutent sa méconnaissance, la résistance, sinon l'hostilité des magistrats, plus soucieux de la gestion des stocks de contentieux, et le fait que de nombreux contentieux ne se prêtent pas à une conciliation⁶⁷⁵. Réussir une conciliation nécessite du temps de manière à organiser un véritable suivi du dossier, écouter les parties et les amener à se mettre d'accord, etc., temps dont ne disposent pas toujours les magistrats. De manière générale, la mise en œuvre de la conciliation judiciaire dépend de la politique arrêtée par le Président de chaque juridiction⁶⁷⁶. Il est toutefois des cas de conciliation juridictionnelle réussis, à l'instar de celle menée par le Président du Tribunal administratif de Lyon, pour le règlement des litiges liés à l'installation du tramway à Lyon⁶⁷⁷.

⁶⁷³ D. CHABANOL, « Tribunaux administratifs et Cours administratives d'appel, attributions contentieuses et non contentieuses », *J.-Cl. Justice administrative*, fasc. 20, n° 13.

⁶⁷⁴ V. B. STIRN, « Le juge administratif et les contrats entre collectivités publiques », *AJDA* 1990, p. 141. V. aussi J.-M. LE GARS, « La conciliation par le juge administratif », *AJDA* 2008, p. 1468.

⁶⁷⁵ Pour certains, la conciliation est exclue dans le contentieux de la légalité, V. M. LEVY, « La conciliation par le tribunal administratif et le rôle du juge dans l'instruction des litiges », *AJDA* 1987, p. 499. Cette position n'est cependant pas unanimement partagée, puisque pour d'autres, le recours à la conciliation est possible en matière de légalité, dès lors que l'autorité compétente a le choix entre plusieurs solutions légales, et à condition que la conciliation ne débouche pas sur une solution illégale. V. sur ce dernier point, *Régler autrement les conflits*, préc., p. 40, et F. MUNOZ, *La conciliation : du droit privé au droit public*, préc., p. 106 et s. Cette question sera traitée, s'agissant plus spécifiquement de la transaction administrative, dans la partie II, titre I, chapitre II, section I, § I, p. 418 et s.

⁶⁷⁶ V. sur ce point, l'intervention de S. Wegner dans le cadre du colloque préc. sur la médiation en matière administrative. Lors de la même manifestation, C. Cottier fait état d'un questionnaire adressé à toutes les juridictions sur leurs pratiques en matière de prévention des conflits s'agissant des dix dernières années. Il apparaît que 90 conciliations ont été proposées et 82 ont effectivement été réalisées, avec 35% de réussite. Sur les 48 juridictions, 21 ont déjà pratiqué la conciliation, celle-ci ayant été conduite le plus souvent par des magistrats en exercice, et bien moins par des personnes extérieures désignées par eux. V. l'enregistrement du colloque du 17 juin 2015 préc. sur le site internet du Conseil d'Etat.

⁶⁷⁷ Pour d'autres exemples de conciliations judiciaires réussies, v. colloque préc. sur la médiation en matière administrative, et plus précisément les interventions de J.-M. Le Gars et S. Wegner.

A cet égard, il est intéressant de relever que la réussite de la procédure est en partie due au « mariage d'une procédure de conciliation et de procédures juridictionnelles »⁶⁷⁸. En effet, le référé-instruction déposé par les parties parallèlement à la procédure de conciliation, avait permis « sans perte de temps d'éclairer les débats amiables [relativement aux questions techniques complexes], et d'éviter qu'ils ne se ramènent à des négociations au doigt mouillé, qui, compte-tenu de l'importance des sommes en jeu, n'auraient pu raisonnablement aboutir »⁶⁷⁹.

Il y a bien dans ce type de conciliation une discussion menée entre les parties et le juge administratif. Les premières sont libres de s'exprimer et le second fait ici œuvre de pédagogie. Il écoute les parties, apaise leurs tensions, les invite à se rapprocher, en leur expliquant l'état du droit et ce à quoi elles peuvent légitimement prétendre en l'espèce. Il s'agit bien de rechercher une solution en éclairant les parties. Le « mariage » de la conciliation et du référé-expertise peut indiscutablement y contribuer. De manière générale, le recours à un expert favorise souvent le rapprochement des parties.

c. Le cas particulier des expertises

Même si les experts n'ont à se prononcer que sur des questions de fait — comme la détermination de la nature et de l'importance d'un dommage, son origine, ses causes, le montant des préjudices indemnifiables, etc. — et non sur des questions de droit — telles que le bien fondé d'une prétention juridique, l'étendue d'un droit ou d'une obligation⁶⁸⁰ —, leur contribution à la recherche d'une solution transactionnelle est loin d'être négligeable. Celle-ci prend des formes différentes, de la rédaction d'un rapport d'expertise (1) à l'exercice d'une mission de conciliation (2).

⁶⁷⁸ D. CHABANOL, « Le boulevard périphérique de Lyon : une aventure juridique enfin terminée ? », *RJEP* 2009, comm. 12, p. 22.

⁶⁷⁹ *Ibid.*

⁶⁸⁰ Plus précisément, il appartient au juge, quand il est saisi, de se prononcer sur le principe de la responsabilité de l'une ou l'autre des parties en litige, à partir du rapport d'expertise.

1. L'incidence du rapport d'expertise dans la recherche d'une solution transactionnelle

Afin d'être éclairées sur des éléments de fait, les parties sont parfois amenées à solliciter un expert, sans nécessairement lui confier une mission de conciliation. Dans ce cas, il est chargé d'expliquer objectivement aux parties le cours des circonstances litigieuses, de mettre en évidence les liens de causalité entre leurs agissements et les dommages causés, d'évaluer le montant des préjudices indemnisables, etc. Il leur revient ensuite d'en tirer les conclusions et de se rapprocher pour résoudre leur litige. Le rapport d'expertise les y aide assurément. C'est ainsi que l'expert participe à la recherche d'une solution amiable.

Il est préférable que les parties désignent d'un commun accord l'expert. Une désignation unilatérale serait de nature à jeter un doute sur son impartialité et nuire ainsi à leur rapprochement. Faute d'accord, il est possible de demander au juge administratif ou judiciaire, selon la nature du litige, de procéder à cette désignation par voie de référé. Compte tenu de son coût financier, l'intervention d'un expert est réservée aux litiges présentant une certaine complexité ou portant sur des sommes élevées.

Quelles que soient les modalités de sa désignation, c'est souvent de manière indirecte que l'expert participe à la recherche d'une solution amiable. Les constatations permettent bien souvent aux parties de mesurer le décalage qui existe entre ce qu'elles prétendent et ce qui est véritablement, entre ce qu'elles demandent et ce qu'elles peuvent valablement obtenir au regard des faits et du droit. A partir de là, une transaction sera éventuellement conclue. L'expertise présente donc un grand intérêt. Il arrive que le conciliateur aille plus loin, en formulant des propositions de résolution des litiges à l'intention des parties, voire en procédant de sa propre initiative à une conciliation. Plusieurs arrêts témoignent de la conclusion d'une transaction après une mission d'expertise⁶⁸¹. Les pouvoirs publics ont pris acte de ce phénomène en consacrant la possibilité pour le juge des référés de confier une mission de conciliation à un expert désigné pour ce faire.

⁶⁸¹ V. à titre d'exemple, CE, 30 octobre 1974, *Commune de Saint-Pierre-les-Bois contre Sieur Gohin, Leb.*, p. 525 ; CE, 24 juillet 1981, *SA Brochard et Gaudichet, Rec. T.*, p. 818.

2. La consécration d'une forme originale de conciliation : le référé-expertise

Dans des domaines techniques, le juge administratif est parfois amené à solliciter les services d'un expert, auquel il confie la mission d'établir objectivement les faits, leur origine et leurs conséquences, et ainsi de déterminer les responsabilités de chacun. L'article R. 532-1 du Code de justice administrative indique à cet égard que « le juge des référés peut, sur simple requête et même en l'absence de décision administrative préalable, prescrire toute mesure utile d'expertise ou d'instruction ».

L'intérêt de ce référé est d'autant plus grand depuis l'arrêt du 11 février 2005, *Organisme de gestion du Cours du Sacré-Cœur*, qui accroît les missions de l'expert⁶⁸². Revenant sur sa jurisprudence de 1979⁶⁸³, la Haute juridiction a reconnu la possibilité au juge du référé-instruction de confier une mission de conciliation à un expert désigné par lui. Depuis le décret du 22 février 2010, cette possibilité est codifiée à l'article R. 621-1 du Code de justice administrative qui énonce : « La mission confiée à l'expert peut viser à concilier les parties ». Cette disposition est complétée par l'article R. 621-7-2 du même Code : « Si les parties viennent à se concilier, l'expert constate que sa mission est devenue sans objet, et en fait immédiatement rapport au magistrat qui l'a commis ».

Dans son arrêt de 1979, *Secrétaire d'Etat aux postes et télécommunications contre Mme Devillers*, le Conseil d'Etat avait jugé, malgré les conclusions contraires de B. Genevois, que l'administration était fondée à soutenir que c'était à tort que le juge des référés du Tribunal administratif avait confié à l'expert la mission de concilier les parties « si faire se peut », selon la formule consacrée. Il s'agissait d'un litige opposant un abonné du service du téléphone à l'administration des postes et télécommunications. Pour le Conseil d'Etat, la conciliation risquait de conduire l'administration à compromettre, ce qui était interdit aux collectivités publiques par l'article 2060 du Code civil⁶⁸⁴.

En 2005, la formation de jugement du Conseil d'Etat choisit de suivre les conclusions du Commissaire du gouvernement E. Glaser l'invitant à reconnaître au juge du référé-

⁶⁸² CE, 11 février 2005, *Organisme de gestion du Cours de Sacré-Cœur*, *Leb.* p. 65, *AJDA* 2005, p. 652, chron. C. Landais et F. Lenica, *RDJ* 2006, p. 532, chron. C. Guettier, *RFDA* 2005, p. 546, concl. Glaser.

⁶⁸³ CE, 12 octobre 1979, *Secrétaire d'Etat aux postes et télécommunications contre Mme Devillers*, *Leb.*, p. 375.

⁶⁸⁴ Sur le principe pour les personnes publiques de recourir à l'arbitrage, v. introduction, p. 9.

instruction la possibilité de confier à un expert une mission de conciliation. Le contexte a changé depuis 1979, le dialogue et la discussion sont en effet largement préconisés et, au regard notamment de l'encombrement des tribunaux, le développement des modes alternatifs de règlement des litiges, encouragé⁶⁸⁵.

Dans son rapport de 1993, le Conseil d'Etat avait d'ailleurs proposé de compléter l'article R. 128 du Code des Tribunaux administratifs et Cours administratives d'appel – devenu l'article R. 532-1 du Code de justice administrative –, sur le référé-instruction, pour y introduire une procédure de référé-conciliation, procédure relativement souple, pouvant être mise en œuvre sur demande des parties ou à l'initiative du juge, et indépendante de l'expertise. La proposition n'ayant pas été concrétisée par le pouvoir réglementaire, le Conseil d'Etat a suppléé cette carence et élargi la mission de l'expert dans le cadre du référé-instruction.

Dans ses conclusions, E. Glaser a montré de manière convaincante que rien ne faisait sérieusement obstacle à l'attribution de cette mission supplémentaire à l'expert. Il établit que la conciliation est inhérente à toute expertise, de sorte qu'il ne s'agissait, pour la formation de jugement, que de reconnaître officiellement la mission de conciliation assurée par l'expert, dont la légitimité se trouvait ainsi renforcée auprès des parties⁶⁸⁶. En effet, l'expert présente toutes les qualités requises – neutralité, objectivité, connaissance approfondie des faits et des parties, de leurs prétentions et intentions – pour instruire les parties de « l'écart qui peut exister entre [leurs prétentions juridiques] et ce qu'elles peuvent, de façon réaliste, espérer obtenir »⁶⁸⁷. De plus, pendant la durée des expertises, il entretient un contact permanent avec elles, ce qui lui permet de gagner leur confiance et d'instaurer un dialogue propice à un rapprochement. Aussi était-il très probable – le Commissaire du gouvernement en était convaincu – que « dans bien des cas, la procédure d'expertise débouche sur une transaction et non sur un contentieux »⁶⁸⁸.

Pour E. Glaser, admettre de confier une mission de conciliation à un expert ne revenait qu'à prendre officiellement acte d'une situation de fait, ce que le contexte d'encouragement des modes alternatifs de règlement des litiges facilitait.

⁶⁸⁵ V. sur ce point, introduction, p. 12.

⁶⁸⁶ E. GLASER, « Référé-expertise et conciliation (à propos du calcul du "forfait d'externat") », concl. sur CE, 11 février 2005, *Organisme de gestion du Cours du Sacré Cœur*, préc., p. 552.

⁶⁸⁷ *Ibid.*

⁶⁸⁸ *Ibid.*

Les difficultés étaient ailleurs : elles résidaient dans l'interdiction faite au juge de se décharger sur d'autres du soin de trancher des questions de droit et dans celle posée par l'article 240 du Code de procédure civile de confier à l'expert une mission de conciliation.

Dans la première, d'origine jurisprudentielle⁶⁸⁹, E. Glaser ne voyait pas un obstacle insurmontable. Certes, des questions de droit sont susceptibles de se présenter lors de l'exercice d'une mission de conciliation, que seul le juge administratif est habilité à trancher. Mais leur survenance n'étant pas systématique, il aurait été excessif de refuser d'accorder à l'expert une mission de conciliation pour ce motif. De plus, quand il ne s'agit que d'établir un partage de responsabilités, l'expert est parfaitement en mesure de discuter avec les parties et de leur faire prendre conscience des responsabilités de chacune, voire de « tenter de faire accepter par chacune [d'elles] une part de responsabilité dans la réalisation du dommage »⁶⁹⁰.

Il restait l'interdiction de l'article 240 du Code de procédure civile aux termes duquel « le juge ne peut donner au technicien mission de concilier les parties ». Mais comme le signifiait E. Glaser, « cette interdiction trouve sa place dans un cadre où les possibilités de conciliation sont nombreuses et diverses à tous les stades de la procédure »⁶⁹¹, ce qui n'est pas le cas de la procédure administrative contentieuse. Le contexte n'étant pas identique dans ces branches du droit, cette interdiction ne pouvait être étendue au juge administratif, d'autant que le régime juridique de la procédure de l'expertise-conciliation établi par le Conseil d'Etat, est relativement peu contraignant pour les parties.

En effet, le recours à une expertise-conciliation n'est pas automatique. Il dépend des circonstances de chaque affaire et ne se trouve pas conditionné par une demande des parties, puisque selon l'espèce en cause, le juge des référés-expertise est libre de l'ordonner de sa propre initiative. Si le consentement des parties n'est pas non plus nécessaire, il convient en revanche de les informer de la mission attribuée à l'expert, de manière à en accroître les chances de réussite.

Si l'expert parvient à rapprocher les parties, l'accord trouvé se matérialise dans un procès-verbal de conciliation. A charge pour elles de conclure, ensuite, une transaction.

Enfin, l'expert a l'obligation d'agir dans le délai fixé par le juge. En principe, le fait que les parties soient sur le point de s'accorder n'est pas de nature à retarder la remise de son rapport au juge du référé-instruction.

⁶⁸⁹ CE, 2 mai 1958, *Douesnard, Leb.*, p. 257.

⁶⁹⁰ C. GUETTIER, « Mission de conciliation confiée à l'expert », *Responsabilité civile et assurances* 2005, comm. 330.

⁶⁹¹ E. GLASER, « Référé-expertise et conciliation (à propos du calcul du "forfait d'externat") », concl. sur CE, 11 février 2005, *Organisme de gestion du Cours du Sacré Cœur*, préc., p. 553.

Avec cette nouvelle mission confiée à l'expert — du moins la reconnaissance officielle d'une mission qu'il exerçait déjà — et le régime juridique relativement souple, qui lui est associé, le Conseil d'Etat a manifestement cherché à encourager la prévention du contentieux. L'expertise-conciliation va permettre ainsi de régler des litiges sans même qu'une requête au fond n'ait été déposée. Aussi participe-t-elle bien de la prévention du contentieux.

L'article R. 621-7-2 du Code de justice administrative organise matériellement cette procédure. Il indique, notamment, que « si les parties viennent à se concilier, l'expert constate que sa mission est devenue sans objet, et en fait immédiatement rapport au magistrat qui l'a commis ». La formule de « mission devenue sans objet » est maladroite, en ce qu'elle laisse supposer que les parties se sont rapprochées indépendamment de toute mission de conciliation. C'est le constat de B. Noyer et F. Melleray qui signalent que si les parties sont parvenues à un accord, alors la mission de l'expert n'est pas devenue sans objet⁶⁹². Au contraire, elle l'a atteint et, comme eux, il faut plutôt lire là une maladresse de rédaction.

Il n'en reste pas moins que la réalité des faits à charge pour l'expert d'établir dans son rapport s'impose aux parties et peut les amener à réaliser que, par l'évitement d'un procès et le jeu des concessions réciproques, elles ont avantage à transiger.

C'est ainsi que l'expertise facilite parfois la conclusion d'une transaction administrative. De manière générale, même si les parties sont tout à fait à même d'engager une discussion pour tenter de s'entendre, l'intervention d'un tiers présente un intérêt évident. Dans le cas où la conciliation-médiation ne débouche pas immédiatement sur un accord, elle aura au moins permis de renouer le dialogue. Rien n'empêche ensuite les parties, après réflexion, de se rapprocher avec succès.

Aussi, les procédures de conciliation-médiation participent bien de la prévention, non des litiges, mais du contentieux et les pouvoirs publics y ont manifestement été sensibles, ce qui en explique le développement. Les modalités d'organisation de ces procédures sont diverses, de même que les actes auxquels elles aboutissent, conformément à la souplesse nécessaire en la matière.

⁶⁹² B. NOYER, F. MELLERAY, « Une nouvelle étape de la réforme des juridictions administratives. Commentaires du décret n° 2010-164 du 22 février 2010 relatif aux compétences et au fonctionnement des juridictions administratives », *Dr. Adm.* 2010, ét. 10, p. 21.

B. Les actes de clôture

La question de l'issue du processus de recherche d'un règlement amiable des litiges, que les parties discutent directement entre elles ou avec l'intervention d'un tiers, présente naturellement un grand intérêt dans le cadre d'une étude consacrée à la transaction administrative. Là encore, les possibilités sont riches.

Certes, la nature de l'acte dépend fort logiquement du résultat de la procédure. Toutefois, ce n'est pas tant le critère de la réussite ou de l'échec de la procédure menée qu'il convient ici de considérer, que l'incidence que les actes adoptés sont susceptibles de présenter sur la conclusion d'une transaction. Certains constituent des transactions administratives, quand d'autres vont éventuellement en faciliter la conclusion.

Dans l'hypothèse où les parties parviennent à s'accorder directement à l'issue du processus de discussion amiable, différents actes permettent de matérialiser cet accord : la transaction, certes, mais aussi des avis et procès verbaux.

Ainsi, le Comité de conciliation en matière d'enseignement privé et le Comité de conciliation dans l'enseignement agricole terminent la procédure réussie par la conclusion d'un contrat. De même, lorsque la conciliation menée par le juge administratif aboutit, elle est souvent formalisée par une transaction entre les parties au litige⁶⁹³. C'est également le cas de la conciliation conduite par un expert dans le cadre du référé-expertise. Enfin, les discussions des parties intervenant directement entre elles conduisent elles aussi, en cas d'accord, à la conclusion d'une transaction administrative, sous réserve encore une fois, que les éléments constitutifs de ce contrat soient réunis.

Il reste qu'en droit administratif, la plupart des discussions réussies donnent lieu à l'émission d'un avis. Il en est ainsi pour le Comité consultatif de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics, qui doit notifier son avis aux parties dans les six mois de la saisine. A charge ensuite pour le pouvoir adjudicateur de prendre une décision consistant à suivre l'avis, n'en reprendre qu'une partie ou l'ignorer. Au vu de cette nouvelle décision, le titulaire du marché dispose lui aussi de plusieurs options : l'accepter,

⁶⁹³ Il appartiendra alors au juge administratif de prononcer un non-lieu à statuer sur la requête contentieuse qui pourrait avoir été portée devant lui parallèlement à la demande de conciliation. V. sur ce point, partie I, titre II, chapitre II, section I, § II, p. 241 et s.

saisir le juge compétent ou relancer une discussion avec l'administration, impliquant une éventuelle saisine du Comité⁶⁹⁴. Cette procédure qui prévalait déjà pour l'ancien Comité consultatif de règlement amiable, et que les réformes successives ont maintenue, ne semble plus véritablement adaptée aujourd'hui, compte tenu de sa longueur et de la place prépondérante qu'elle accorde à l'administration⁶⁹⁵. Terminer la procédure par la conclusion d'un contrat serait sans doute plus judicieux, dans la mesure où cela permettrait de gagner du temps, de rétablir l'égalité des parties et de renforcer entre elles le dialogue. Sans compter que la nature du contentieux en question se prête aisément à un règlement transactionnel.

Il convient de préciser, enfin, que si le contrat lie les parties, ce n'est pas le cas de l'avis rendu, qui se borne à rendre compte de l'accord des parties, sans s'imposer à elles. C'est manifeste s'agissant de l'avis rendu par le Comité consultatif de règlement amiable.

L'échec des discussions se constate aussi par un acte écrit. Il s'agit le plus souvent d'un avis contenant un exposé du litige, des points de désaccord persistants et la solution éventuellement préconisée par le conciliateur-médiateur. Après réflexion, les parties peuvent reprendre leur discussion sur la base de cet avis et conclure une transaction. Il participera alors de la conclusion d'une transaction administrative.

L'échec peut également être formalisé par un « procès verbal de non-conciliation » ou une « proposition de conciliation ». Le « procès-verbal de non-conciliation » clôture l'échec de la procédure de conciliation menée par le juge administratif, et n'offre d'autre perspective que celle d'une issue contentieuse au règlement du litige, de même que l'échec de la conciliation intervenant dans le cadre d'un référé-expertise. Quant à la « proposition de conciliation », il s'agit d'un mécanisme tout à fait original, consistant pour le tiers à passer outre le désaccord des parties, pour les inciter à accepter la solution qu'il envisage. Il est ainsi prévu qu'en l'absence de dénonciation par l'une des parties de la proposition de conciliation celle-ci est réputée acceptée par elles et vaut accord⁶⁹⁶. Une telle présomption d'acceptation bénéficie, par exemple, aux propositions du Comité national olympique et sportif français. Il ne s'agit plus alors d'un simple avis suggérant une solution, mais d'une proposition s'imposant aux parties, sauf opposition expresse de leur part.

⁶⁹⁴ J. Maïa indique ainsi qu'à l'échelle nationale, les CCRA rendent chaque année environ 200 avis, suivis à 75% par les intéressés. V. colloque préc. du 17 juin 2015 sur la médiation en matière administrative – enregistrement vidéo mis en ligne sur le site internet du Conseil d'Etat.

⁶⁹⁵ Cette place prépondérante est héritée de l'ancien mode de saisine du CCRA : seul le Ministre avait alors le pouvoir de le saisir, et non le titulaire du marché. Ce n'est plus le cas, aujourd'hui.

⁶⁹⁶ Sur les conditions nécessaires à la formulation d'une proposition de conciliation, v. F. MUNOZ, *La conciliation : du droit privé au droit public*, préc., p. 470 et s.

Une grande hétérogénéité caractérise manifestement le cadre des discussions susceptibles de mener à la conclusion d'une transaction administrative. Mais quelles qu'en soient les modalités, des règles communes s'imposent à tous ces processus.

C. Les règles gouvernant la recherche d'une solution transactionnelle

Les discussions susceptibles de conduire à une transaction doivent satisfaire à un certain nombre de principes destinés à protéger les parties. Il est un souci permanent des pouvoirs publics que d'éviter qu'elles se trouvent défavorisées par la recherche d'une solution amiable de règlement des litiges. Il importe alors que les échanges s'opèrent selon des rapports de force équilibrés entre les intéressés (a) et demeurent confidentiels (b).

a. L'équilibre des parties

La recherche d'une solution transactionnelle ne saurait se faire au détriment de l'une ou de l'autre des parties au litige. Leurs intérêts doivent être préservés, surtout en matière administrative, où les personnes privées parties au litige pourraient être placées en position d'infériorité. Or, il n'est pas conforme à l'esprit de la transaction administrative de consacrer un accord né de relations inégalitaires. Celle-ci doit pacifier les relations, et non cristalliser, voire aggraver les tensions.

Sur ce point encore, se manifeste toute l'originalité de ce type de contrat. Alors que la conclusion des contrats administratifs est généralement dominée par l'administration, leur contenu étant notamment déterminé par elle⁶⁹⁷, la conclusion des transactions administratives est gouvernée par le souci d'équilibrer les positions des parties. Ces dernières doivent se

⁶⁹⁷ Le schéma classique oppose les contrats administratifs et les contrats de droit privé, selon leur mode de négociation. Comme le résume J.-B. Seube, « On pourrait alors penser qu'une distinction fondamentale oppose les contrats administratifs et privés quant à leur négociation : les contractants de droit privé négocieraient librement, chacun cherchant à ajuster le contrat au mieux de ses intérêts alors que le contractant de l'Administration n'aurait aucune emprise sur le contrat, déjà dessinée par son tout puissant contractant. Résultat d'une lente négociation en droit privé, le contrat serait le fruit de la seule volonté de l'administration en droit administratif ». Ce schéma n'est plus aussi tranché aujourd'hui : « le développement, en droit privé, des contrats d'adhésion a montré que la liberté contractuelle consistait le plus souvent à n'exprimer qu'un simple accord au contrat fût-il intégralement rédigé par l'un des contractants. [...] L'inégalité entre contractants n'est plus le propre des contrats administratifs ; même en droit privé, il y aura souvent un "fort" face à un "faible", un "dépendant" face à un "indépendant" ». J.-B. SEUBE, « Contrats privés – contrats administratifs : points de convergence ? », in *Mélanges en l'honneur de Michel Guibal*, préc., p. 372.

trouver sur un pied d'égalité, chacune étant mise en situation de conclure un contrat conforme à ses intérêts.

C'est la garantie d'éviter toute contestation ultérieure des contrats, et plus généralement, de favoriser le recours à la transaction. A cet égard, la circulaire du 6 avril 2011 signale que « l'administration [...] ne doit pas [...] rechercher par principe un arrangement désavantageux pour son partenaire »⁶⁹⁸. Cette loyauté relève même de considération d'intérêt général : « l'autorité publique, poursuit la circulaire, a en charge l'intérêt général. Elle ne saurait chercher à obtenir des avantages injustifiés de la part d'un partenaire mal informé »⁶⁹⁹.

Le caractère objectif du droit administratif garantit l'égalité entre les parties, puisque les jurisprudences *Mergui* et *SA Entreprise Renaudin* font obstacle à ce qu'une partie ait à payer plus qu'elle ne doit. Le droit va évidemment servir de référence lors de l'établissement des concessions réciproques. « La connaissance précise du cadre juridique est un préalable indispensable »⁷⁰⁰, et « une conciliation n'est utile que si elle débouche sur des propositions établies en référence au droit. Il s'agit d'une sorte de simulation de résultat d'un procès ... sans procès » a-t-il été signalé⁷⁰¹.

Ainsi, lors de la recherche d'une solution transactionnelle, l'agencement des relations entre les parties au litige ne s'effectue pas sans encadrement. La transaction administrative doit être établie de manière objective, compte tenu des droits que les parties détiennent légitimement. Cette règle qui conditionne le contenu des transactions, commande également la conduite des discussions.

Cette régulation des rapports de force passe donc nécessairement par une bonne compréhension des données du litige, c'est-à-dire des risques contentieux et financiers, et des prétentions légitimes de chacun au regard du droit et des faits d'espèce. Transiger suppose en effet de connaître le dossier litigieux, en droit comme en fait. C'est une garantie d'égalité pour les parties, aucune d'elles n'étant en mesure de profiter de l'ignorance de l'autre. Il est donc préférable que les parties se fassent assister d'un conseil (1) et nécessaire qu'elles se montrent loyales (2).

⁶⁹⁸ Circulaire du 6 avril 2011, préc., § 2, « directives pratiques ».

⁶⁹⁹ *Ibid.*

⁷⁰⁰ E. SERVERIN, P. LASCOMBES, T. LAMBERT, *Transactions et pratiques transactionnelles : sujets et objets des transactions dans les relations conflictuelles de droit privé et de droit public*, préc., p. 153.

⁷⁰¹ L. RICHER, « Collectivités locales et modes alternatifs de règlement des litiges : identifier, organiser et résoudre le litige », préc., p. 239.

1. L'assistance d'un conseil

Permettre aux parties de recourir aux conseils d'une personne de leur choix contribue à les rassurer. Si cette possibilité n'est pas toujours expressément prévue, elle n'est toutefois jamais exclue par les textes. « En conséquence, l'assistance est toujours possible », en conclut F. Munoz⁷⁰².

Il reste à déterminer qui peut endosser ce rôle. Les textes n'imposent aucune restriction : il peut s'agir aussi bien d'un avocat que d'un spécialiste, juriste ou non. Si ce rôle revient naturellement aux avocats, on peut arguer que cette présence n'est pas de nature à inscrire les échanges dans un climat pacifique, mais au contraire, à introduire le contentieux dès le stade de la conciliation. Stratégiquement, il peut être fait de la conciliation un précontentieux. C'est effectivement un risque, mais l'assistance d'un avocat offre aussi aux parties l'avantage d'une information satisfaisante de l'état du droit.

Quant à la rémunération de l'assistant, il est remarquable que la loi du 18 décembre 1998 ait étendu le bénéfice de l'aide juridictionnelle aux démarches visant à conclure une transaction avant l'introduction d'une instance. La loi du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique accordait l'aide juridictionnelle « pour tout ou partie de l'instance », ce qui supposait la saisine préalable du juge. Désormais, l'aide peut aussi être accordée « en vue de parvenir, avant l'introduction de l'instance, à une transaction ou à un accord conclu dans le cadre d'une procédure participative prévue par le code civil », avant procès donc⁷⁰³. De plus, elle concerne les transactions relatives à des litiges administratifs.

L'octroi de l'aide juridictionnelle pour la conclusion des transactions peut surprendre. Il s'inscrit évidemment dans une perspective d'encouragement des modes alternatifs de règlement des litiges. La loi précise d'ailleurs que « lorsqu'une instance est engagée après l'échec des pourparlers transactionnels, la rétribution versée à l'avocat à raison des diligences accomplies durant ces pourparlers s'impute, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, sur celle qui lui est due pour l'instance »⁷⁰⁴, ce qui encourage en principe les avocats à rechercher une solution transactionnelle. De même, le législateur s'est sans doute appuyé sur

⁷⁰² F. MUNOZ, *La conciliation : du droit privé au droit public*, préc., p. 457.

⁷⁰³ V. l'article 10 de la loi du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique, tel que modifié par l'article 1^{er} de la loi du 18 décembre 1998, relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits, et l'article 37 de la loi du 22 décembre 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires.

⁷⁰⁴ Loi du 18 décembre 1998, préc., art. 39.

le fait que la transaction disposant de l'autorité de chose jugée, se trouve dès lors à la croisée du contrat et du jugement.

L'assistance d'un tiers permet d'éclairer les parties au litige et de rééquilibrer les rapports de force lors du processus transactionnel. Mais la protection des droits des parties suppose aussi que chacune d'elles ait connaissance de toute information relative au litige. Pour qu'une solution satisfaisante soit arrêtée, il est nécessaire qu'elles aient accès à toute information et puissent en discuter. « Comment espérer en effet que les parties parviennent à un accord si elles n'ont pas la certitude de connaître tous les éléments de l'affaire ? », remarque justement F. Munoz⁷⁰⁵.

Les parties au litige doivent appuyer leurs allégations sur des justificatifs, rapports d'expertises et documents divers. C'est ainsi que la réalité des faits pourra être établie, et les sommes dues à chacun évaluées. La circulaire du 6 avril 2011 recommande d'ailleurs aux services de « faire un travail d'analyse semblable à celui qui incomberait au juge, si le différend était porté devant lui »⁷⁰⁶. Elle poursuit, « doivent être au préalable examinées l'ensemble des considérations de droit et de fait qui commandent l'issue du différend, afin de pouvoir formuler des propositions de règlement amiable appropriées »⁷⁰⁷.

La question de l'échange des informations a trait plus généralement à celle de la loyauté qui doit présider à la recherche d'une solution transactionnelle.

2. La loyauté des parties

Certes, « il est probable que les parties participent à un mode amiable dans l'espoir d'obtenir le meilleur accord possible, non pour l'intérêt commun de l'ensemble des parties, mais plutôt dans leur intérêt exclusif »⁷⁰⁸. Mais renoncer à saisir le juge étatique ne signifie pas s'en remettre à la loi du plus fort.

Pour y parvenir, il est nul besoin de faire appel aux principes directeurs du procès, le principe de loyauté, tiré du droit des contrats, est tout désigné. On ne saurait, en effet, parler de règlement amiable des litiges qu'en présence d'un accord loyalement conclu. Ce principe

⁷⁰⁵ F. MUNOZ, *La conciliation : du droit privé au droit public*, préc., p. 451.

⁷⁰⁶ Circulaire du 6 avril 2011, préc., § 2.2.

⁷⁰⁷ *Ibid.*

⁷⁰⁸ J.-B. RACINE, « Les garanties de loyauté dans les modes alternatifs de règlement des conflits », in *Pluralisme des modes alternatifs de résolution des conflits, pluralisme du droit*, préc., p. 72.

se trouve donc au cœur du procédé transactionnel : les parties doivent se comporter loyalement lors des discussions, comme plus tard, lors de l'exécution du contrat⁷⁰⁹. Plus précisément ici, il importe qu'elles se montrent loyales dans la recherche d'une solution conforme aux principes posés par les arrêts *Mergui* et *SA Entreprise Renaudin*.

On sait que le principe de loyauté, traditionnellement consacré en droit privé, progresse en droit administratif. Ses contours demeurent cependant vagues et son champ d'application indéterminé.

Pour définir la loyauté, les auteurs font tous appel à d'autres notions, comme la bonne foi, la sincérité, l'honnêteté, la droiture, la probité, la confiance, les expliquant les unes par les autres. A. Beduschi-Ortiz explique, par exemple, que « celui qui agit loyalement est celui qui agit avec bonne foi »⁷¹⁰. En réalité, aucune de ces notions n'est plus prépondérante que les autres à définir la loyauté : toutes y participent à leur manière, selon les domaines et les circonstances dans lesquelles elles ont vocation à intervenir. Notion protéiforme, la loyauté est faite de composantes, comme l'obligation d'information lors des discussions ou l'obligation de bonne foi lors de l'exécution, etc. Le terme d'« application sectorielle » a pu être évoqué à leur égard⁷¹¹. Le flou qui entoure cette notion de loyauté tient sans doute à ce qu'elle « semble intéresser davantage par sa fonction que par sa définition »⁷¹². En l'occurrence, elle permet de moraliser les relations juridiques, « variantes des relations humaines »⁷¹³. La loyauté impose « un devoir général de comportement », son contraire étant « la duplicité, c'est-à-dire le comportement double, qui ruine la prévisibilité »⁷¹⁴. Or, « comportement » ne saurait être assuré que par le truchement d'obligations qui dépassent le strict champ du droit des obligations, auquel le principe de loyauté est plus traditionnellement associé pour concerner toute relation juridique en général.

En effet, ce principe s'applique en droit privé, comme en droit public, à la matière contractuelle comme extracontractuelle. « Si l'aspect contractuel de cette notion a été récemment mis en lumière, la loyauté n'est pas circonscrite au domaine du droit des contrats

⁷⁰⁹ V. sur ce point, partie I, titre II, chapitre II, section II, § II, A, p. 278.

⁷¹⁰ A. BEDUSCHI-ORTIZ, « La notion de loyauté en droit administratif », *AJDA* 2011, p. 944.

⁷¹¹ E. CHEVALIER, « La loyauté contractuelle : portée d'une notion novatrice en droit des contrats administratifs », *JCP A* 2012, p. 2392.

⁷¹² L. MARGUERY, « La "loyauté des relations contractuelles" en droit administratif : d'un principe procédural à un principe substantiel », *RFDA* 2012, p. 664.

⁷¹³ M.-E. BOURSIER, *Le principe de loyauté en droit processuel*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2003, t. 23, p. 3.

⁷¹⁴ P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Paris, LGDJ, 6^e éd., 2013, n° 764.

administratifs. Elle ne se résume pas, en effet, à la seule exigence de la loyauté contractuelle. Elle peut avoir une portée plus large, couvrant plusieurs domaines du droit administratif », indique A. Beduschi-Ortiz⁷¹⁵. Il s'impose même à l'administration un devoir général de loyauté dans ses rapports avec les administrés. Ainsi, « en dehors de la matière contractuelle, l'obligation de loyauté consiste en une obligation mise à la charge de l'administration qui, agissant de bonne foi, doit s'abstenir de causer du tort aux administrés », explique encore A. Beduschi-Ortiz⁷¹⁶. Les implications de cette obligation sont surtout procédurales. Lors d'un contrôle fiscal, par exemple, l'administration ne doit pas induire en erreur les contribuables⁷¹⁷. Les agents publics sont également soumis à cette exigence, qui relève alors de la déontologie. L'exigence de neutralité et le devoir de réserve en seraient les implications concrètes⁷¹⁸.

Il reste cependant, que le principe de loyauté reçoit une application toute particulière en droit des contrats. En droit privé, il trouve à s'appliquer autant lors de la formation que lors de l'exécution desdits contrats. MM. Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck insistent sur la prévisibilité inhérente au devoir de loyauté : « La bonne foi dans l'exécution, comme dans la formation du contrat, consiste pour chacune des parties à ne pas surprendre la confiance qu'elle a suscitée en contractant. [...] Elle est l'expression du devoir général de loyauté, présent dans de nombreuses branches du droit [...] le contraire de la loyauté est la duplicité, c'est-à-dire le comportement double, qui ruine la prévisibilité »⁷¹⁹.

Ainsi, au stade des négociations préalables au contrat, cette règle de conduite implique de l'honnêteté qui se traduit juridiquement par l'obligation précontractuelle d'information et de renseignement. La théorie des vices du consentement, consacrée par le Code civil permet de sanctionner le dol, la violence et l'erreur. Lors de l'exécution du contrat, la loyauté exige que le cocontractant se comporte avec bonne foi, conformément à l'article 1134 al. 3 du Code civil, la bonne foi étant alors le prolongement de la « force obligatoire des contrats »⁷²⁰.

⁷¹⁵ A. BEDUSCHI-ORTIZ, « La notion de loyauté en droit administratif », préc., p. 944.

⁷¹⁶ *Ibid.*, p. 945.

⁷¹⁷ *Ibid.*

⁷¹⁸ *Ibid.*, p. 946.

⁷¹⁹ P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, préc., n° 764.

⁷²⁰ *Ibid.*

Pourtant majeur en droit privé des contrats, le principe de loyauté des relations contractuelles n'a été que récemment consacré en droit des contrats administratifs⁷²¹. Et de nombreuses interrogations demeurent.

Ainsi, dans la décision du 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, le Conseil d'Etat juge que « eu égard à l'exigence de loyauté dans les relations contractuelles »⁷²², toute irrégularité invoquée par les parties ou soulevée d'office par le juge n'est pas de nature à fonder l'annulation d'un contrat. Seules les irrégularités tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, peuvent la justifier. Ce n'était pas le cas, en l'occurrence, de l'absence de transmission de la délibération autorisant le maire à signer le contrat. Cet arrêt, en permettant aux parties d'invoquer la violation de l'obligation de loyauté dans les relations contractuelles, fonde la nécessité pour elles de se comporter loyalement lors de l'exécution de leur contrat, et entend mettre un terme à tout détournement de procédure à des fins purement contentieuses. C'est ce qui fait dire à L. Marguery, que la loyauté contractuelle apparaît « plus comme un modèle de conduite procédurale que comme un principe déterminant la bonne conduite contractuelle »⁷²³.

Rien n'est moins sûr cependant. La jurisprudence ne s'est pas clairement prononcée, mais il est loisible de s'interroger sur la portée de ce principe et de considérer qu'il ne se limite pas, en droit des contrats administratifs, au contentieux. En effet, pourquoi ne pas en faire, à l'instar du droit privé, un principe substantiel dont bénéficieraient les contrats administratifs au stade de leur formation comme de leur exécution ? C'est tout à fait envisageable, d'autant que le Conseil d'Etat, en transposant au droit administratif la théorie des vices du consentement du droit privé, a implicitement fait un pas en ce sens. Les parties sont obligées de se comporter loyalement, sinon avec loyauté, du moins sans déloyauté. A propos de l'arrêt *Commune de Béziers*, B. Plessix estime d'ailleurs que « [...] viser l'exigence de loyauté contractuelle, ce n'est pas seulement, dans une vision publiciste un peu étroite,

⁷²¹ La consécration du principe de loyauté des relations contractuelles en droit administratif va de pair avec le souci de maintenir la stabilité des contrats. Sans doute, le Conseil d'Etat privilégiait-il jusque là la sanction des illégalités commises sans considérer ni leur nature, ni leur degré. « Le droit administratif semblait vivre dans l'ignorance de l'extraordinaire vitalité de la théorie générale des obligations, où doctrine et Cour de cassation, en quelques années, ont développé les concepts de proportionnalité, de loyauté, de fraternité, de cohérence, de transparence, de stabilité, de pérennité, et même de solidarisme contractuel » explique B. PLESSIX, chron. sur CE, 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc., n° 10. Le principe n'était pas totalement ignoré, mais ses occurrences assez marginales. V. sur ce point, E. CHEVALIER, « La loyauté contractuelle : portée d'une notion novatrice en droit des contrats administratifs », préc., n° 9-10-11.

⁷²² CE, 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc.

⁷²³ L. MARGUERY, « La "loyauté des relations contractuelles" en droit administratif : d'un principe procédural à un principe substantiel », préc., p. 665.

augmenter les pouvoirs du juge de plein contentieux. C'est introduire dans les contrats administratifs, au profit des contractants aussi bien publics que privés, un devoir général de comportement qui irradie l'ensemble de la matière contractuelle, des pourparlers jusqu'à la rupture [...] »⁷²⁴. C'est aussi l'analyse conduite par S. Hourson dans sa thèse consacrée aux « conventions d'administration »⁷²⁵. Il qualifie la loyauté d'« exigence primordiale pour les relations conventionnelles »⁷²⁶ et estime qu'il « paraît hautement souhaitable de reconnaître, pour le moins, un devoir de loyauté entre les parties »⁷²⁷.

Il est vrai que les procédures réglementées auxquelles la conclusion de nombre de contrats administratifs se trouve soumise, ôtent bien souvent son intérêt au principe de loyauté lors de la formation des contrats. Si ce principe travaille essentiellement à préserver l'intérêt des parties au contrat, ce n'est pas le cas du formalisme et de la transparence, inhérents à ces procédures formalisées. La spécificité du droit administratif est remarquable sur ce point. « Les règles relatives à la procédure de passation des contrats administratifs ont pour principal objet de protéger "l'intérêt de la société tout entière et non des parties " en favorisant la liberté d'accès à la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics », explique F. Brenet⁷²⁸, s'appuyant sur les observations de N. Boulouis. Ce dernier proposait de distinguer la dimension publique ou sociale du contrat, de sa dimension personnelle ou, pour le dire autrement, la nature administrative du contrat de sa dimension contractuelle⁷²⁹. Cette thèse permet de clarifier la combinaison des principes de loyauté et la transparence.

S'agissant de la transaction administrative, cette combinaison apparaît clairement. Ce contrat, s'il n'est pas soumis à une procédure réglementée, n'en doit pas moins respecter un principe substantiel, consistant en l'interdiction pour les personnes publiques de payer des sommes qu'elles ne doivent pas, interdiction étendue ensuite aux personnes privées par souci d'équité. Au même titre que les procédures réglementées pour la passation des marchés publics, l'interdiction s'imposant aux transactions administratives vise à protéger les parties. Elle a trait, en ce qui concerne les personnes publiques, à la dimension publique de la transaction administrative. Au-delà, pour tout ce qui concerne les rapports entre les parties,

⁷²⁴ B. PLESSIX, Chron. sur CE, 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc., n° 10.

⁷²⁵ S. HOURSON, *Les conventions d'administration*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 277, 2014.

⁷²⁶ *Ibid*, p. 455.

⁷²⁷ *Ibid*, n° 755.

⁷²⁸ F. BRENET, « Précisions sur l'office du juge du contrat saisi par les parties d'un litige relatif à son exécution », *Dr. Adm.* 2011, comm. 29, n° 2.

⁷²⁹ N. BOULOUIS, cité par F. BRENET, « Précisions sur l'office du juge du contrat saisi par les parties d'un litige relatif à son exécution », *Dr. Adm.* 2011, comm. 29, n° 2.

indépendamment de la protection de leurs deniers, le principe de loyauté s'applique. C'est ainsi que s'articulent les deux principes lors de la formation de ce type de contrat. L'interdiction faite aux personnes publiques et privées de payer des sommes qu'elles ne doivent pas concerner le contenu des contrats, tandis que le principe de loyauté oblige plus généralement les parties à se comporter loyalement lors des discussions, c'est-à-dire à s'informer mutuellement de l'état du dossier, à ne pratiquer aucune manœuvre destinée à vicier le consentement de l'autre, etc., de manière à ce qu'*in fine*, elles concluent un contrat conforme à leurs droits.

La circulaire du 6 avril 2011 recommande du reste aux services de mener leurs « négociation[s] de bonne foi », de s'« acquitter loyalement de [leurs] obligations » ; c'est là un « devoir »⁷³⁰. Le terme d'obligation est équivoque, puisqu'il s'agit non pas des obligations nées de la transaction, mais des obligations imposées par les jurisprudences *Mergui* et *SA Entreprise Renaudin*. L'enjeu est insigne puisqu'il en va de l'intérêt général, selon la circulaire de 2011, et de la crédibilité de l'administration en tant que cocontractant. Il s'agit aussi d'éviter des contestations ultérieures devant le juge administratif.

C'est ainsi que sont juridiquement encadrées les discussions menées en vue d'un règlement transactionnel. Les rapports de force sont rééquilibrés, l'administration étant placée sur le même pied d'égalité que toute autre partie au litige⁷³¹. Il s'agit évidemment d'une des clefs de réussite de la conclusion des transactions administratives, la confidentialité des échanges étant souvent regardée comme un autre facteur de succès.

b. La confidentialité des échanges

La confidentialité permet d'instaurer un climat de confiance entre les parties, et à ce titre, constitue une condition de réussite du processus transactionnel. Les parties sont libres de s'exprimer sans avoir à craindre qu'en cas d'échec des discussions, les débats soient utilisés contre elles. « En particulier, précise C. Jarrosson, on ne peut ni déduire d'une proposition

⁷³⁰ Circulaire du 6 avril 2011, préc., § 2.1.

⁷³¹ Ce souci de rééquilibrer les rapports de force dans la transaction administrative est d'ailleurs assez remarquable. Ce n'est pas ce qui caractérise, par exemple, la transaction fiscale. Le contribuable peut se faire assister d'une personne de choix, mais il est placé uniquement dans une situation de demandeur. Il n'y a pas de négociations véritables ?

transactionnelle qu'elle constitue un aveu de faute, ni faire état du contenu des discussions entre parties, lorsque celles-ci ont échoué »⁷³².

La confidentialité n'est pas également consacrée en droit privé et en droit administratif. En droit privé, elle concerne autant la tenue de négociations, que leur teneur et leur issue, même si certains auteurs en soulignent les inconvénients⁷³³. En droit administratif, elle ne se conçoit qu'à l'égard de l'engagement de discussions, mais non de leur issue.

S'agissant de la tenue des discussions, qu'elles soient menées par les parties elles-mêmes ou par un tiers, la confidentialité est rarement exigée par les textes. C'est le cas du conciliateur sportif⁷³⁴ ou des avocats auxquels les parties ont pu faire appel, qui doivent garder secrets les échanges qu'ils ont effectués⁷³⁵.

Mais, sans être expressément imposé, le caractère secret des discussions menées par certains conciliateurs peut aussi aller de soi, comme dans le cadre de la procédure de conciliation menée par le juge administratif.

Sur ce point, il est une difficulté commune au droit privé et au droit administratif : l'implication dans les négociations de tiers, à commencer par les assureurs des parties. Ceux-ci doivent parfois être informés de la tenue et du contenu des discussions, auxquelles il leur arrive aussi de participer. L'article L. 124-2 du Code des assurances énonce que « l'assureur peut stipuler qu'aucune reconnaissance de responsabilité, aucune transaction, intervenues en dehors de lui, ne lui sont opposables [...] ». Se pose alors la question du respect de l'exigence de confidentialité. C. Jarrosson y voit « une question sensible, car elle place l'assuré dans une situation inconfortable entre deux obligations inconciliables par lui prises à l'égard de deux cocontractants »⁷³⁶. Pour lui, « la seule solution consistera en une négociation avec l'un ou l'autre (ou les deux) cocontractants... A défaut, c'est à l'aune de la bonne foi que seront appréciés les comportements des parties »⁷³⁷. Mais la circulaire du 7 septembre 2009 relative au recours à la transaction pour la prévention et le règlement des litiges portant sur l'exécution

⁷³² C. JARROSSON, « Le contrat de transaction dans les relations commerciales internationales », *Rev. Critique de droit international privé* 1997, p. 657.

⁷³³ L. POULET, *Transaction et protection des parties*, préc., n° 13.

⁷³⁴ V. L. du 16 juillet 1984, art. 19 § IV. Il est même prévu des sanctions en cas de manquement à cette obligation, par le décret du 30 août 2002, pris pour l'application du §IV de l'article 19 de la loi précitée. « Le conseil d'administration du Comité national olympique et sportif français, après que l'intéressé a été mis à même de présenter ses observations devant le comité de déontologie, peut prononcer la démission d'office du conciliateur concerné », indique le décret du 30 août 2002, relatif à la mission de conciliation du Comité national olympique et sportif français.

⁷³⁵ V. article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, modifié par l'article 4 de la loi du 28 mars 2011, loi de modernisation de certaines professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées.

⁷³⁶ C. JARROSSON, « Le contrat de transaction dans les relations commerciales internationales », préc., p. 683..

⁷³⁷ *Ibid.*

des contrats de la commande publique admet sans difficulté la présence des assureurs. Elle explique que « les collectivités et établissements publics qui ont conclu des marchés publics d'assurances comprenant des stipulations réservant les droits de l'assureur doivent veiller à associer celui-ci aux négociations préalables à la conclusion de transactions. Les assureurs peuvent intervenir directement pour le règlement des litiges ou y apporter leur concours »⁷³⁸.

Quant à la question de l'obligation de confidentialité des sous-traitants, dans la mesure où ils ne sont pas concernés par la tenue et le contenu des discussions entre un maître d'ouvrage et un entrepreneur, elle n'a pas lieu de se poser.

Il convient toutefois de mentionner un cas particulier, véritable exception au caractère confidentiel de la mise en œuvre d'une procédure en vue d'un règlement amiable. Elle réside dans l'obligation faite à un CCRA saisi d'un différend relatif à un marché des collectivités territoriales, de leurs groupements ou de leurs établissements publics, d'en informer le préfet du département de leur implantation. Si le différend est relatif à un marché passé par la région ou par un groupement dont la composition excède le cadre d'un département, l'information est adressée au préfet de la région où se situe son siège⁷³⁹.

De manière générale, assurer la confidentialité des négociations ne soulève guère de difficultés. En revanche, la confidentialité de l'issue des échanges s'accommode mal des exigences du droit administratif.

En premier lieu, il faut mentionner l'obligation de transmission de certains avis des organismes de conciliation, à l'instar de ceux des CCRA, qui doivent être notifiés aux parties, au ministre chargé de l'économie, et le cas échéant, au préfet⁷⁴⁰. De même, la décision prise par le pouvoir adjudicateur sur l'avis du comité doit être notifiée au titulaire du marché et au secrétaire du comité, et transmise pour information au ministre chargé de l'économie⁷⁴¹.

La transmission au juge de l'issue des négociations soulève également un certain nombre de questions, surtout dans l'hypothèse d'un échec des négociations. Les positions doctrinales sur l'opportunité d'instaurer une obligation de transmission au juge sont partagées. Si elle permet *in fine* de rendre plus efficace le travail du juge, elle présente aussi le risque

⁷³⁸ V. Circulaire du 7 septembre 2009, préc., n° 2.3.

⁷³⁹ D. du 8 décembre 2010 relatif aux comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics, art. 5.

⁷⁴⁰ D. du 8 décembre 2010 relatif aux comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics, art. 8.

⁷⁴¹ *Ibid.*

d'influencer sa décision⁷⁴². Une telle obligation de transmission ne semble pas être obligatoire, la plupart des textes étant muets sur la question. L'impartialité du juge devant être garantie quelle que soit la qualité de l'avis rendu, il est préférable qu'il n'en ait pas connaissance.

La confidentialité est susceptible, en second lieu, de se heurter à la loi du 17 juillet 1978 sur la communication des documents administratifs⁷⁴³. Ainsi, la Commission d'accès aux documents administratifs reconnaît à l'ensemble des avis des CRCI le caractère de documents administratifs au sens de l'article 1^{er} de la loi. Compte tenu des informations très personnelles contenues dans les avis en cause — mentions personnelles et médicales, protégées par le secret de la vie privée —, la CADA limite leur communication aux seules personnes concernées. Cela permet aussi d'éviter une divulgation préjudiciable d'éléments relatifs au comportement des professionnels de santé⁷⁴⁴. Se trouvent ainsi conciliées la confidentialité et la communication des documents administratifs. Les contentieux en la matière sont en outre assez rares.

La publicité de certains actes clôturant la procédure de discussion amiable est parfois inévitable. Les documents se rapportant à la conclusion des transactions administratives, et ce, indépendamment de toute demande de tiers, sont aussi rendus publics sur le fondement de la loi du 17 juillet 1978. La délibération du conseil municipal autorisant le maire à signer le contrat en est un exemple.

En conclusion, la confidentialité qui constitue un des avantages de la transaction par rapport à la décision de justice rendue publique, ne peut être totalement garantie en droit administratif. Si la confidentialité de la tenue et de la teneur des négociations se trouve largement préservée, la publicité des documents relatifs à l'issue des discussions, et plus particulièrement ceux ayant trait à la conclusion d'une transaction administrative, est, elle, inévitable. Compte tenu de la présence d'une personne publique au contrat, et du caractère

⁷⁴² P. Delvolvé y est lui favorable, considérant que « les processus pré-juridictionnels ont cet avantage de mettre en valeur les points sur lesquels porte véritablement le différend. Le juge va alors être saisi, s'il l'est, de la question essentielle [...]. L'avis de la commission, préalablement intervenue, va éclairer le juge et lui permettre éventuellement, du moins dans certains cas, de rendre son jugement dans des conditions meilleures que si aucune procédure pré-juridictionnelle n'était intervenue », P. DELVOLVÉ, « La justice hors le juge », *JCP E* 1984, n° 4, p. 16. C'est aussi la position du Conseil d'Etat, tandis qu'il affirme qu'une tentative de conciliation est « avantageuse dans tous les cas : si elle réussit, le juge n'est pas saisi ; si elle échoue, le juge sera éclairé et sa tâche facilitée par l'expertise déjà ordonnée et le procès verbal adopté », *La prévention du contentieux administratif*, EDCE 1988, p. 14.

⁷⁴³ L. n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal.

⁷⁴⁴ CADA, avis, 1^{er} avril 2004, réf. 2004-1039, *AJDA* 2005, p. 1257, note E. Cadeau.

administratif des transactions administratives, la conclusion du contrat doit obéir aux règles du droit administratif.

SECTION II. LA CONCLUSION DES TRANSACTIONS ADMINISTRATIVES

Si un accord comportant des concessions réciproques est trouvé entre les parties pour régler leur litige administratif, alors il sera constitutif d'une transaction administrative. Pour que le contrat soit valide, il faut encore que les règles relatives à l'échange des consentements (§I) et à sa formalisation aient été satisfaites (§II).

§I. LES REGLES RELATIVES A L'ENGAGEMENT DES PARTIES

On sait que la transaction administrative naît d'un échange des consentements entre les parties à un litige, et que le droit administratif impose certaines limites au consensualisme, en principe, en vigueur en droit français⁷⁴⁵. Il importe d'examiner matériellement comment s'opère l'échange des consentements, c'est-à-dire comment l'offre et l'acceptation se rencontrent (A), étant entendu que le consentement émis par la personne publique doit émaner d'une personne compétente pour de faire (B).

A. La rencontre de l'offre et de l'acceptation

En principe, le contrat transactionnel est réputé conclu sitôt l'échange des consentements réalisé, dès la rencontre de l'offre de l'une des parties au litige et de son acceptation par l'autre. De ces deux manifestations unilatérales de volontés naît un contrat les engageant l'une envers l'autre. Bien souvent, cependant, cet échange ne suffit pas à donner sa perfection au contrat, et appelle des formalités particulières.

Il est alors de toute première importance d'identifier le moment où l'échange se réalise et consécutivement, le contrat se forme. C'est à partir de là que les parties seront obligées réciproquement. La tâche est délicate, car le contrat est le produit de la volonté individuelle, et relève à ce titre d'une opération d'abord mentale. La volonté, élément psychologique, suppose

⁷⁴⁵ V. *Supra*, partie I, titre I, chapitre II, section I, § II, B, p. 123 et s.

une extériorisation, dont le juge administratif admet qu'elle puisse prendre diverses formes, dès lors qu'elle est claire⁷⁴⁶.

Le schéma classique de la conclusion des transactions administratives correspond à celui de tout contrat consensualiste : une partie, le sollicitant, émet une offre de contracter que son destinataire accueille ou non. L'acceptation éventuelle marque la rencontre des volontés, et ainsi, fait naître le contrat. L'offre et l'acceptation sont donc bien dissociées, chacune d'elles devant par ailleurs présenter certaines caractéristiques.

S'agissant de l'offre de contracter, elle est définie comme « la proposition ferme de conclure à des conditions déterminées un contrat de telle sorte que son acceptation suffit à la formation de celui-ci »⁷⁴⁷. Elle doit donc être ferme, précise et dénuée de toute équivoque. Sa forme n'importe pas ; elle peut être expresse ou tacite, assortie ou non d'un délai. Seule compte la manifestation claire de volonté, qu'il s'agisse d'un écrit, d'une parole, d'une attitude, d'un geste, etc. Quand elle émane d'une personne publique, elle est constitutive d'un acte administratif unilatéral. De manière générale, aucune valeur juridique ne lui est attribuée. Elle ne vaut reconnaissance ni de responsabilité ni de dette, et peut être retirée à tout moment, tant qu'elle n'a fait l'objet d'une acceptation de la part de son destinataire⁷⁴⁸.

L'acceptation, quant à elle, résulte de l'agrément pur et simple de l'offre par son destinataire. Il s'agit, en pratique, d'un moment essentiel entraînant la formation définitive du contrat sous réserve du respect de certaines conditions.

Une acceptation seulement partielle de l'offre ne saurait valoir conclusion d'une transaction, quand bien même les divergences seraient minces car l'offre et l'acceptation doivent en tout point concorder. De même, l'émission par le destinataire de l'offre de réserves ou de conditions ne vaut pas acceptation. Il s'agit d'une contreproposition, qui, constitutive d'une nouvelle offre, est insusceptible de faire naître le contrat.

Il va de soi également que l'acceptation, par les parties à un litige, du principe d'un règlement transactionnel ne donne pas lieu à la formation du contrat. Il n'y a de transaction conclue que pour autant que les parties s'accordent sur les éléments essentiels du contrat : étendue du litige à régler, parties en cause et droits et obligations auxquels elles s'engagent, c'est-à-dire le montant et la nature des concessions réciproques.

⁷⁴⁶ V. sur ce point, *Supra*, partie I, titre I, chapitre II, section I, § II, B, p. 123 et s.

⁷⁴⁷ F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, préc., n° 108.

⁷⁴⁸ Plus précisément, la signature apposée sur un projet de transaction peut faire l'objet d'un retrait jusqu'à la signature de l'autre partie. C'est ce qui résulte *a contrario* de l'arrêt, CE, 30 octobre 1974, *Commune de Saint-Pierre-les-Bois contre Sieur Gohin*, préc.

En pratique, ce schéma se complique bien souvent, quand plusieurs offres sont émises ou plus exactement quand elles s'entrecroisent : à l'offre de l'une, répond la contreproposition de l'autre. Le contrat ne sera finalement conclu, que lorsque l'une des parties va donner une réponse conforme à la dernière proposition de l'autre. Il y a plusieurs offres, mais toujours qu'une seule proposition. En outre, cette succession d'offres atteste l'authenticité des discussions menées⁷⁴⁹.

Compte tenu de l'imbrication des règles de consentement, de forme et de compétence, la rencontre de l'offre et de l'acceptation ne suffit pas toujours à donner sa perfection au contrat. Les collectivités territoriales et les établissements publics doivent satisfaire un certain nombre de formalités ayant trait à la validité de leur consentement, qui doit intervenir dans le respect des règles de l'organisation et de l'action administratives.

B. L'expression du consentement des collectivités publiques

Les parties à la transaction ne sont liées par le contrat que pour autant que leur consentement a été valablement donné. Cette question est aussi importante pour les personnes publiques que privées.

⁷⁴⁹ La transaction fiscale répond à une logique différente, inhérente sans doute aux exigences de la matière. La transaction fiscale ne naît pas véritablement de la rencontre des consentements. Il y a plusieurs temps dans l'échange des consentements, qui en outre ne suffisent pas à rendre la transaction définitive. D'abord, la procédure de passation est ainsi établie que l'accord du contribuable à la proposition de transaction des services fiscaux ne fait pas naître le contrat. L'administration conserve la faculté de refuser de conclure la transaction. Ce n'est que si elle donne son accord, après celui du contribuable, que le contrat sera réputé conclu. Il n'y a pas de rencontre des volontés, mais des propositions de la part de l'administration jusqu'à son accord définitif, propositions ne valant pas promesse de transiger et n'ayant aucune force contraignante. De même, la transaction ne deviendra définitive, qu'après l'exécution des obligations prévues, en vertu de l'article L. 251 du Livre des procédures fiscales. Plus précisément, cet article prévoit que la transaction ne devient définitive, qu'après avoir été approuvée par l'autorité compétente et exécutée par le contribuable. C'est la réunion de ces deux éléments qui confère à la transaction un caractère définitif. Cela fait alors obstacle à ce que le contribuable remette en cause par la voie contentieuse, tant les droits en principal que les pénalités, et à ce que, de son côté, l'administration mette à la charge du contribuable une imposition excédant la somme fixée par la transaction – même dans le cas où la différence résulte d'une erreur commise par le service. Un pourvoi introduit devant le juge sera réputé sans objet et rejeté. Dans ses conclusions prononcées sur l'arrêt *Ministre de l'Economie contre Mme Chatelus*, L. Vallée, insistait sur le fait que l'acceptation du rehaussement de la part du contribuable est conditionnée, non pas par l'exécution de sa propre obligation de payer sa dette prévue par la transaction, mais par l'exécution par l'administration de son engagement relatif à la modération des pénalités. C'est donc l'action positive de l'administration fiscale qui va déclencher l'accord du contribuable, et le paiement effectué par ce dernier, qui confère à la transaction son caractère définitif. V. CE, 10 août 2005, *Ministre de l'Economie contre Mme Chatelus*, concl. Vallée, *Droit fiscal* 2006, comm. 222.

Lors de la conclusion du contrat, il importe que la personne publique s'assure que la personne privée est bien représentée. S'il s'agit d'une personne morale, il convient, par exemple, de vérifier que son représentant a effectivement le pouvoir de conclure une transaction en son nom au regard des dispositions légales – le mode de représentation des sociétés est parfois prévu par la loi elle-même – et des documents de la société – *Kbis*, statuts, procès-verbal d'assemblée, de conseils d'administration, etc. L'autorisation d'un organisme collégial, éventuellement requise pour transiger, est nécessaire et doit couvrir effectivement les objets sur lesquels il est prévu de transiger. Dans le cas où la société fait l'objet d'une procédure collective, l'accord du mandataire légal est en principe préalablement requis.

La compétence du mandataire pour conclure une transaction au cours d'une procédure juridictionnelle mérite également d'être évoquée. Dans une telle hypothèse, l'avocat ne peut transiger qu'en vertu d'un mandat exprès⁷⁵⁰. En revanche, le mandat donné par plusieurs entreprises à l'une d'entre elles dans le cadre d'un groupement permet au mandataire de conclure en leur nom une transaction. A cet égard, un mandat consistant à représenter les entreprises du groupement auprès du maître d'ouvrage et à prendre toutes décisions relatives à l'application des clauses du marché est suffisant pour autoriser le mandataire à transiger avec le maître d'ouvrage au nom des entreprises⁷⁵¹. Y. Goutal recommande, toutefois, « de privilégier par principe les représentations directes et éviter les mandataires, dont le mandat est potentiellement un motif de fragilité »⁷⁵².

Quant aux personnes publiques, si les textes et la jurisprudence leur ont reconnu le droit de transiger⁷⁵³, il faut encore examiner dans quelles conditions elles peuvent s'engager. La question de la reconnaissance du droit de transiger se double d'une autre interrogation tenant à la compétence matérielle du signataire de l'acte. Cette considération est d'autant plus importante qu'elle est d'ordre public et que le juge peut la soulever à tout moment de la procédure juridictionnelle. En l'occurrence, ces règles sont propres à chaque type de collectivités : l'Etat (a), les collectivités territoriales (b) et les établissements publics (c) ne s'engagent pas pareillement.

⁷⁵⁰ CE, sect., 5 janvier 1966, *Sieur Hawezack*, *Leb.*, p. 6, *D.* 1966, p. 317, note F. Moderne.

⁷⁵¹ CE 21 janvier 1994, *SA Stefal*, *Leb. T.*, p. 853.

⁷⁵² Y. GOUTAL, « Conseils pour bien transiger », préc., p. 242. V. plus généralement sur les règles de capacité et de pouvoir des personnes privées, F. JULIENNE, « Transaction. Formation », fasc. préc., n° 20 et s., et D. VEAUX, « Transaction. Formation », *J.-Cl. Notarial Répertoire*, fasc. 40, n° 4 et s.

⁷⁵³ V. *Supra*, introduction, p. 21 et s.

a. Le consentement de l'Etat

C'est par les arrêts *Evêque de Moulins* et *Compagnies de chemins de fer du Nord, de l'Est et autres* que le Conseil d'Etat a reconnu à l'Etat la faculté de transiger, en l'absence de texte contraire⁷⁵⁴. Fort logiquement, la Haute juridiction a dû aussi déterminer l'entité détenant la compétence matérielle de signer une transaction, et donc d'engager contractuellement l'Etat. Dans l'arrêt *Evêque de Moulins*, le Conseil d'Etat a reconnu aux ministres, dans leur champ de compétence, le pouvoir de signer les transactions au nom de l'Etat, solution, toujours en vigueur.

Pour des raisons pratiques assez évidentes, des aménagements à ce principe ont été organisés. Au sein des administrations centrales, les directeurs bénéficient d'une délégation de signature leur permettant de transiger. Il s'agit d'une délégation générale de signature, qui n'est pas propre aux transactions. Le décret du 27 juillet 2005 autorise ainsi les ministres à déléguer leur signature pour que puissent être signés, « au nom du ministre ou du secrétaire d'Etat et par délégation, l'ensemble des actes, à l'exception des décrets, relatifs aux affaires des services placés sous leur autorité [...] »⁷⁵⁵. Les bénéficiaires de cette délégation sont désignés par décret également. Outre cette délégation générale de compétence, il arrive que, par arrêté, un ministre accorde, à titre nominatif, une délégation aux fins de signer les transactions à un directeur d'administration centrale⁷⁵⁶. Dans ces hypothèses, la légalité de la transaction dépend aussi de la légalité de la délégation de signature⁷⁵⁷.

S'agissant des administrations décentralisées, là aussi des aménagements sont possibles. Cependant, à la différence des administrations centrales, les administrations déconcentrées ne jouissent pas d'une délégation générale de signature. Ces dernières ne pourront transiger que si une délégation expresse de signature leur est accordée à cet effet⁷⁵⁸.

A titre incident, il faut préciser qu'« une transaction ne peut être conclue par un département ministériel sans l'aval de l'autorité chargée du contrôle financier ». C'est ce

⁷⁵⁴ CE, 23 décembre 1887, *Evêque de Moulins*, préc. ; CE, 17 mars 1893, *Compagnies de fer du Nord, de l'Est et autres, contre ministre de la guerre*, préc.

⁷⁵⁵ D. n° 2005-850 du 27 juillet 2005 relatif aux délégations de signature des membres du Gouvernement, abrogeant en son article 5, le décret précédemment en vigueur, le décret n°47-233 du 23 janvier 1947 autorisant les ministres à déléguer, par arrêté, leur signature.

⁷⁵⁶ A titre d'exemple, ce fut le cas, dans l'espèce qui avait opposé le ministre de la Défense à la société SYSECA. V. TA Melun, 4 décembre 2001, *Ministre de la Défense*, concl. Jarrigue, *BJDCP* 2002, p. 311.

⁷⁵⁷ Ces règles ne sont évidemment pas spécifiques aux transactions administratives, ni même aux contrats administratifs. Les délégations de signature, pour être régulières, doivent satisfaire, aux règles générales, que sont la nécessité d'un texte législatif ou réglementaire les autorisant, ainsi que leur publication.

⁷⁵⁸ C'est ce que rappelle l'arrêt CAA Lyon, 7 janvier 2010, N° 08LY00326, *La Société Brace Ingénierie*.

qu'indique la circulaire du 6 avril 2011, qui précise aussi que « le rôle de celui-ci [le contrôleur financier] est de veiller à la régularité de la dépense et de s'assurer que les crédits correspondant au montant de l'indemnisation à verser par l'Etat sont engagés comptablement sur la ligne budgétaire appropriée ». « Afin de permettre une rapide exécution des accords transactionnels ou d'éviter un éventuel refus de visa », la circulaire conseille aussi « de prendre l'attache du contrôleur financier avant d'envoyer une proposition formelle de transaction. Cette conduite s'impose, en particulier, lorsque la transaction porte sur des sommes importantes »⁷⁵⁹.

Les règles de compétence concernant l'Etat sont donc relativement simples, donnant lieu à une conclusion aisée et rapide des transactions. A cet égard, pour apprécier si les règles de compétence ont bien été respectées, il convient de se référer à la date de passation du contrat. La simplicité de ces règles rompt avec ce qui prévaut pour les collectivités territoriales.

b. Le consentement des collectivités territoriales

L'expression de leur consentement par les collectivités territoriales suppose l'intervention de diverses autorités, toutes également nécessaires, aucune d'elles n'étant en mesure d'engager seule la collectivité. Leur consentement est donc réalisé par une série d'actes administratifs unilatéraux.

Il importe de bien veiller au respect de ces règles, puisque comme l'observe L. Richer, « il arrive trop fréquemment que la personne publique ne soit pas représentée par un négociateur habilité à conclure un accord au nom de la collectivité. Un risque existe alors que de longues heures de réunions s'avèrent par la suite inutiles parce qu'une assemblée délibérante saisie trop tard refuse d'adopter la solution issue des discussions »⁷⁶⁰. Les collectivités susceptibles de conclure une transaction administrative sont plus précisément les communes, les départements et les régions, les règles d'engagement de ces derniers (2) étant calquées sur celles des premières (1).

⁷⁵⁹ Circulaire du 6 avril 2011, préc., § 2.2.4.

⁷⁶⁰ Y. GOUTAL, « Conseils pour bien transiger », préc., p. 241.

1. Les communes

Dans sa version antérieure à la loi du 17 mai 2011, l'article 2045 al. 3 du Code civil indiquait : « les communes et les établissements publics ne peuvent transiger qu'avec l'autorisation expresse du roi ». C'est ainsi que le Code civil reconnaissait lui-même la faculté de transiger à ce type d'entité juridique. Dans sa version actuelle, l'article énonce que « les établissements publics de l'Etat ne peuvent transiger qu'avec l'autorisation expresse du Premier ministre ». Leur disparition dans ce texte ne signifie pas pour autant que la faculté de transiger leur a été ôtée. Comme pour l'Etat, elles ont désormais la faculté de transiger en l'absence de disposition contraire. Le législateur de 2011 a procédé à une actualisation pour tenir compte de la suppression de la tutelle sur les communes. Aujourd'hui, la principale difficulté qui se présente à elles lors de la signature de leurs transactions tient à la répartition des compétences au sein de l'exécutif local.

Pendant longtemps, les communes ne furent pas libres de recourir à la transaction. L'arrêté du 24 frimaire an XII a d'abord fixé une procédure très formalisée : la transaction devait faire l'objet d'une délibération du conseil municipal, recevoir un avis favorable du conseil de Préfecture, et enfin être autorisée par le Chef de l'Etat. Cette procédure, dont les « conditions [...] rapprochaient la situation des communes à celles des mineurs en droit civil »⁷⁶¹, fut finalement allégée. Il lui fut substitué, par la loi du 18 juillet 1837 et le décret du 25 mars 1852, un régime d'autorisation : les transactions devaient désormais recueillir l'autorisation de l'Etat, et plus précisément, de son représentant au niveau local, le Préfet du département⁷⁶². Là encore, la marge de manœuvre des communes était faible. Et, en 1926, l'autorisation préfectorale fut supprimée. Il revenait au conseil municipal d'autoriser le maire à transiger, conformément à la loi du 5 avril 1884, l'approbation de l'autorité de tutelle — au moyen d'un décret en Conseil d'Etat — n'étant nécessaire que, lorsque le conseil statuant sur l'acceptation d'une libéralité faite à la commune, décidait de transiger avec les héritiers de l'auteur de la libéralité⁷⁶³.

⁷⁶¹ J.-M. AUBY, « La transaction administrative », préc., p. 1.

⁷⁶² Avant 1982, les textes successifs réservent une place prépondérante au Préfet, au niveau local : la loi de 1871, le décret-loi du 5 novembre 1926, la loi du 23 décembre 1940 (sous le Gouvernement de Vichy), l'ordonnance du 24 octobre 1945, les décrets du 26 septembre 1953 et du 9 mars 1954, notamment. Sur le rôle du Préfet dans l'organisation administrative, d'un point de vue historique, v. à ce sujet S. VERCLYTTE, *La déconcentration en France*, préc.

⁷⁶³ L. du 5 avril 1884, art. 111.

Depuis les lois de décentralisation, la tutelle sur les communes a donc été supprimée. La loi du 17 mai 2011, en n'évoquant que l'autorisation du Premier ministre pour les établissements publics de l'Etat, a entériné cette évolution. L'autorisation des instances de tutelle a laissé place à un contrôle du préfet sur les transactions envisagées et les actes détachables s'y rapportant.

La procédure de passation applicable aux transactions administratives des communes est celle de tout contrat envisagé par elles. Elle se déroule en plusieurs temps : à l'issue des discussions, le contrat ne peut être signé par le maire qu'après autorisation du conseil municipal par une délibération transmise au représentant de l'Etat.

En vertu de l'article L. 2122-21 du Code général des collectivités territoriales, « sous le contrôle du conseil municipal et sous le contrôle administratif du représentant de l'Etat dans le département, le maire est chargé d'une manière générale, d'exécuter les décisions du conseil municipal, et en particulier : [...] 7° de passer dans les mêmes formes les actes de vente, échange, partage, acceptation de don ou de legs, acquisition, transaction, lorsque ces actes ont été autorisés, conformément aux dispositions du présent code ». En d'autres termes, le maire n'est pas compétent pour signer de sa propre initiative une transaction ; il doit en avoir été autorisé par l'assemblée délibérante.

Une répartition des compétences existe entre le maire et le conseil municipal, chacun étant doté d'une compétence propre, limitée à un stade bien défini de la procédure de passation. Chacune de ces entités adopte une décision nécessaire à la validité des transactions. « Les règles de compétence sont fractionnées[. Or,] chaque fraction est également nécessaire à la perfection de l'acte. C'est la raison pour laquelle ces diverses interventions ne sont pas considérées seulement comme un élément formel de procédure de conclusion du contrat, mais comme l'exercice de compétences spécifiques », explique D. Pouyaud⁷⁶⁴.

A cet égard, le Conseil d'Etat a eu l'occasion de préciser l'étendue de l'autorisation de signer le contrat donnée par délibération de l'Assemblée délibérante au pouvoir exécutif d'une collectivité territoriale. Si le principe de cette autorisation préalable ne fait pas de doute, puisque prévu par les textes, l'étendue de la compétence de l'organe délibérant était moins certaine. Il existait, en effet, des incertitudes sur ce qui devait être porté à la connaissance des

⁷⁶⁴ D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, préc., n° 17.

élus, et consécutivement sur la teneur de leur autorisation, incertitudes que le Conseil d'Etat a levées en 2006 avec l'arrêt *Commune de Théoule-sur-mer*⁷⁶⁵.

Plus généralement, c'est la répartition des compétences entre eux, lors de la passation des transactions, qui devait être précisée. Les négociations précontractuelles sont menées par le pouvoir exécutif, le Conseil délibérant intervenant, lui, au stade de la passation des transactions pour en autoriser ou non la signature, par délibération.

L'arrêt *Commune de Théoule-sur-Mer*, à propos d'une transaction signée par une commune, indique qu'il ne doit pas s'agir de la part du conseil délibérant d'un simple accord sur le principe d'un règlement transactionnel d'un litige : « le conseil municipal ne peut pas donner son blanc-seing au maire pour transiger »⁷⁶⁶. Pour que la transaction soit valablement formée, l'organe délibérant doit se prononcer sur les caractéristiques essentielles du contrat de transaction. La validité de l'engagement contractuel dépend de la validité de la délibération.

Il en résulte que « lorsqu'il entend autoriser le maire à conclure une transaction, le conseil municipal doit, sauf à méconnaître l'étendue de sa compétence, se prononcer sur tous les éléments essentiels du contrat à intervenir, au nombre desquels figurent notamment la contestation précise que la transaction a pour objet de prévenir ou de terminer et les concessions réciproques que les parties se consentent à cette fin »⁷⁶⁷. Une délibération se bornant à accueillir favorablement le principe de l'indemnisation d'un préjudice sans se prononcer sur le principe d'un règlement transactionnel, ni sur le contenu du contrat lui-même, ne donne pas qualité au maire de conclure la transaction. Dans une telle hypothèse, la transaction est nulle, comme ce fut le cas dans l'affaire évoquée.

Le Conseil d'État rappelle ici qu'aux termes de l'article L. 2122-21 du Code général des collectivités territoriales, la décision de conclure une transaction relève des attributions du conseil municipal, la signature de la convention par le maire ne faisant que l'exécuter.

La solution posée par l'arrêt *Commune de Théoule-sur-mer* est de nature à limiter les pouvoirs de l'autorité exécutive, et consécutivement à renforcer ceux de l'organe délibérant, qui doit se prononcer en toute connaissance de cause, et donner son consentement éclairé. Ce faisant, cette solution s'inscrit dans un mouvement plus général en faveur de la démocratie

⁷⁶⁵ CE, 11 septembre 2006, *Commune de Théoule-sur-mer*, préc.

⁷⁶⁶ J.-D. DREYFUS, « Le Conseil municipal ne peut pas donner un blanc-seing au maire pour transiger », *AJDA* 2006, p. 2125.

⁷⁶⁷ CE, 11 septembre 2006, *Commune de Théoule-sur-mer*, préc.

locale et du renforcement des droits des élus. Elle n'est pas isolée et concerne d'autres contrats.

Dans l'arrêt *Commune de Montélimar* de 2004, le Conseil d'Etat affirme, à propos des marchés publics, que lorsqu'il entend autoriser le maire à souscrire un marché, le conseil municipal doit, sauf à méconnaître l'étendue de sa compétence, se prononcer sur « tous les éléments essentiels du contrat à intervenir, au nombre desquels figurent notamment l'objet précis de celui-ci, tel qu'il ressort des pièces constitutives du marché, mais aussi son montant exact et l'identité de son attributaire »⁷⁶⁸. Il en est également ainsi pour la passation des baux sur les terrains communaux⁷⁶⁹ et la passation des conventions de délégation de service public⁷⁷⁰.

Le Conseil d'Etat n'a pas jugé opportun d'appliquer aux transactions un régime particulier. Sans doute a-t-il été sensible au fait que la transaction engage les finances de la collectivité.

La difficulté est alors d'identifier les éléments essentiels du contrat. Fondamentale en droit des contrats publics, la notion d'éléments essentiels du contrat ne fait pourtant pas l'objet d'une définition claire. Dans ses décisions, le Conseil d'Etat se contente de ne citer que certains d'entre eux « notamment ».

La notion doit être comprise comme renvoyant à ce qui « est le plus important dans ce contrat », explique J.-D. Dreyfus, qui poursuit, « et ce que le juge considère comme étant le plus important, ce sont les éléments sans lesquels l'entité saisie ne peut émettre un consentement éclairé ou, si l'on préfère, ne peut véritablement se déterminer en toute connaissance de cause. S'ils peuvent quelque peu varier en fonction du type de contrat en cause (ainsi les concessions réciproques devront être indiquées dans une transaction conclue en application de l'article 2044 du code civil), ils se doivent toujours d'être précis »⁷⁷¹. Il ne s'agit donc pas pour l'exécutif de soumettre à l'organe délibérant un projet de contrat finalisé, mais un projet de contrat au contenu relativement précis, du moins sur ce qui est essentiel.

⁷⁶⁸ CE, 13 octobre 2004, *Commune de Montélimar*, *Leb.*, p. 369, *AJDA* 2004, p. 2107, note J.-D. Dreyfus, *Dr. Adm.* 2004, n° 172, note A. Ménéménis, *JCP A* 2004, p. 1683, concl. Casas, *JCP A* 2005, n° 1245, note F. Linditch, *Coll. Terr.* 2004, comm. 223, note G. Pelissier, et 248, note L. Erstein, *RFDA* 2004, p. 1229, note P. Terneyre.

⁷⁶⁹ CE, 5 décembre 2005, *Commune de Pontoy*, *Leb.*, p. 548, *AJDA* 2005, p. 2433, *JCP A* 2006, p. 1009, concl. Glaser, *Dr. Adm.* 2006, comm. 30, E. Glaser, *Coll. Terr.* 2006, comm. 20, J. Moreau, *RFDA* 2006, p. 188.

⁷⁷⁰ CE, 10 janvier 2007, *Société des pompes funèbres du Roussillon*, *AJDA* 2007, p. 636, note J.-D. Dreyfus, *Dr. Adm.* 2007, n° 39, *JCP A* 2007, p. 2060, note G. Pelissier.

⁷⁷¹ J.-D. DREYFUS, « Le Conseil municipal ne peut pas donner un blanc-seing au maire pour transiger », préc., p. 2125.

Les opérations se déroulent dans un ordre précisément établi. D'abord, l'assemblée délibérante adopte une délibération destinée à autoriser le maire à signer le contrat transactionnel⁷⁷², en ayant connaissance des éléments essentiels du contrat projeté. Ensuite, la délibération est transmise au préfet dans le cadre de son contrôle de légalité.

Deux questions apparaissent alors, qui conditionnent la validité de la passation des transactions administratives : celle du moment de la transmission et celle des actes relevant de cette obligation. En la matière, c'est toujours l'avis *Préfet de la Côte d'Or et autres* du 10 juin 1996 que les collectivités doivent considérer⁷⁷³, l'arrêt *Commune de Béziers* n'en ayant pas remis en cause le principe⁷⁷⁴. Il en résulte que « l'absence de transmission de la délibération autorisant l'exécutif local à conclure un contrat avant la date à laquelle le maire ou président procède à sa signature entraîne : soit, au cas où il s'agit d'un contrat de droit public, l'illégalité de ce contrat ; soit, au cas où il s'agit d'un contrat de droit privé, l'illégalité de la décision du maire ou président de signer le contrat »⁷⁷⁵. Dès lors qu'elle confère la force exécutoire à la délibération, la transmission doit nécessairement intervenir après l'adoption de la délibération et avant la signature du contrat. L'objet même de la transmission commande le calendrier. Il convient d'ajouter que « l'acquisition du caractère exécutoire des actes transmis au représentant de l'Etat est en principe instantanée s'il a, par ailleurs, été procédé, dans les conditions du droit commun, à leur publication ou à leur notification »⁷⁷⁶, et qu'elle « intervient dès leur réception à la préfecture ou à la sous-préfecture »⁷⁷⁷.

Pour ce faire, la collectivité doit veiller à adresser aux services compétents l'autorisation du conseil délibérant, accompagnée en annexe du projet de contrat définitif, c'est-à-dire le texte du contrat tel qu'établi par l'exécutif local dans le respect de l'autorisation de l'assemblée, et destiné à être conclu une fois la délibération devenue exécutoire. Des modifications peuvent encore être envisagées, sous réserve de leur communication aux services préfectoraux⁷⁷⁸. De même, il se peut que l'exécutif local choisisse d'apposer sa signature sur le projet de contrat, afin, non de manifester le consentement de la collectivité, mais d'attester du caractère définitif du projet de contrat. Dans ce cas, une formule de ce

⁷⁷² Des délégations de compétence du maire au profit d'élus ou d'agents sont possibles. Elles doivent alors respecter les règles relatives aux délégations de compétence accordées par l'autorité exécutive à des élus : la délégation doit être autorisée par un texte spécial, être suffisamment précise et avoir été publiée dans le support adapté, préalablement à la signature de l'acte par le délégataire.

⁷⁷³ CE, Avis, 10 juin 1996, *Préfet de la Côte d'Or et autres*, préc.

⁷⁷⁴ CE, 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc.

⁷⁷⁵ CE, Avis, 10 juin 1996, *Préfet de la Côte d'Or*, préc.

⁷⁷⁶ F.-P. BENOIT, « La commune-la collectivité communale », préc., n° 19.

⁷⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁷⁸ Un contrat signé qui ne correspondait pas au projet de contrat soumis au Préfet est ainsi entaché d'irrégularité, CE, 19 octobre 1973, *Patris d'Uckermann, Sieur Patris d'Uckermann et Association « Centre artistique et culturel Hebert-Uckermann, Leb.*, p. 576.

type : « texte du projet définitif du contrat susceptible d'être conclu en exécution de la délibération du conseil municipal en date du ... »⁷⁷⁹, doit clairement être apposée.

Une fois la délibération transmise au préfet et devenue de ce fait exécutoire, le maire peut procéder à la signature du contrat⁷⁸⁰, ce qui vaut engagement de la part de la collectivité à l'égard de son cocontractant. Le Conseil d'Etat juge irrégulier le contrat signé par le maire, mais dissemblable de celui autorisé par l'assemblée délibérante⁷⁸¹. En revanche, une légère différence n'invalide pas la transaction⁷⁸². Enfin, il n'est pas nécessaire de transmettre le contrat signé au Préfet, puisque la transaction ne fait pas partie des actes dont la transmission est obligatoire — prévue en revanche pour les marchés publics, etc. C'est donc à titre d'annexe à la transmission de l'autorisation de l'assemblée délibérante que le contrat est porté à la connaissance du Préfet. Toutefois, l'habitude semble avoir été prise de lui communiquer également le contrat signé.

Le cocontractant de la commune dispose, quant à lui, d'une plus grande latitude, sa signature pouvant intervenir en même temps, avant ou après celle du maire.

Le régime juridique de la passation des transactions administratives des communes correspond à celui de tout contrat conclu par elles. Or, ces règles sont marquées par le formalisme et la complexité. Cela tient essentiellement à la répartition des compétences entre le maire et le conseil municipal, ou du « fractionnement des compétences », selon l'expression de D. Pouyaud⁷⁸³. Le risque d'irrégularité des contrats des collectivités est avéré, dans la mesure où « la diversité des interventions nécessaires à l'élaboration du contrat multiplie nécessairement les risques d'irrégularités »⁷⁸⁴. Il existe également pour les contrats des départements et des régions.

⁷⁷⁹ V. sur tous ces éléments, F.-P. BENOIT, « La commune-la collectivité communale », fasc. préc., n° 173 et s.

⁷⁸⁰ Plus précisément, la transaction ne peut être signée par l'autorité exécutive qu'après réception par les services préfectoraux de la délibération du conseil municipal. CE, Avis, 10 juin 1996, *Préfet de la Côte-d'Or, Leb.*, p. 198, *RFDA* 1997, p. 83, note J.-C. Douence, *RD imm.* 1996, p. 562, note F. Llorens et P. Terneyre, *D.* 1997, jurispr. p. 45, note F.-P. Bénéoit. V. aussi M. Dreifuss, « Vers une meilleure effectivité du contrôle des contrats des collectivités locales », *RDP* 1999, p. 829. Avant cette réception, la délibération n'est pas encore exécutoire, et le maire qui signerait la transaction, par conséquent, incompétent, CE, 19 décembre 2007, *Société Briançon Bus et M/ Brunet*, préc.

⁷⁸¹ CE, 19 octobre 1973, *Sieur Patris d'Uckermann et Association « Centre artistique et culturel Hebert-Uckermann*, préc.

⁷⁸² CE, 30 octobre 1974, *Commune de St-Pierre-les-Bois*, préc.

⁷⁸³ D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, préc., n° 17.

⁷⁸⁴ *Ibid.* Sur le contentieux des transactions administratives, v. partie II, titre II, chapitre I, section I, p. 457 et s.

2. Les départements et régions

Il convient d'emblée de préciser que la conclusion des transactions administratives des départements et des régions répond au même régime juridique que celui des communes.

C'est par la loi du 10 août 1871 que les départements se sont vu reconnaître la faculté de transiger⁷⁸⁵. Faculté consacrée aujourd'hui dans le Code général des collectivités territoriales, qui dispose en son article L. 3213-5, que le « Conseil départemental statue sur les transactions concernant les droits des départements ». Jusqu'en 1982, le Préfet du département était compétent pour transiger sur habilitation du conseil général au nom du département.

Aujourd'hui, en vertu de l'article L. 3221-1 du Code général des collectivités territoriales, le président du conseil départemental ne fait qu'exécuter les délibérations de l'assemblée délibérante. Comme pour les communes, il a été mis en place un mécanisme d'autorisation préalable de la signature des contrats qui concerne aussi la conclusion des transactions.

Quant aux régions, c'est le juge administratif qui leur a reconnu la possibilité de transiger. Dans un arrêt du 28 septembre 1999, *Société MS Aménagements contre Conseil régional d'Alsace*, le Tribunal administratif de Strasbourg a admis la validité d'une transaction signée par la région Alsace⁷⁸⁶. De même, lors de la demande d'homologation de la transaction signée par la région Picardie et la Société JPR Ingénierie, la possibilité pour la région de transiger n'avait pas soulevé de difficulté⁷⁸⁷.

La répartition des compétences est organisée sur le modèle des communes : l'assemblée délibérante autorise le président du conseil régional à signer la transaction.

La solution de l'arrêt *Commune de Théoule-sur-Mer*, concernant la répartition des compétences entre le maire et l'assemblée délibérante, s'applique donc aussi aux départements et les régions. Si les présidents des conseils départemental et régional sont compétents pour signer les transactions, ce n'est qu'après en avoir été autorisés par

⁷⁸⁵ Les départements ont été dotés de la personnalité juridique sous la monarchie de juillet. Cela explique que les rédacteurs du Code civil ne les aient pas mentionnés dans l'article 2045 du Code civil. V. sur ce point, introduction, p. 23.

⁷⁸⁶ TA Strasbourg, 28 septembre 1999, *Sté MS Aménagements contre Conseil régional d'Alsace*, BJDCEP n° 10, p. 165.

⁷⁸⁷ CAA Douai, 13 avril 2006, *Société Cabinet JPR Ingénierie, Leb.*, p. 595.

délibération de leur assemblée, informée de tous les éléments essentiels du contrat envisagé. Le souci d'informer les élus qui motive la solution de l'arrêt de 2006 vaut pour toutes les collectivités territoriales.

De plus, comme pour les communes là encore, la délibération adoptée par les conseils départemental et régional ne deviendra exécutoire qu'après publicité et transmission respectivement au représentant de l'Etat dans le département, en vertu des articles L. 3131-1 et L. 3131-2 du Code général des collectivités territoriales, et au représentant de l'Etat dans la région, en vertu des articles L. 4141-1 et L. 4141-2 du même Code. Le contrat projeté sera donc transmis au préfet comme annexe à la délibération de l'assemblée délibérante autorisant les présidents des conseils départementaux et régionaux à signer la transaction. Une fois signé, le contrat transactionnel pourra lui-même faire l'objet d'une transmission au Préfet, sans qu'il s'agisse là d'une obligation.

Les communes, les départements et les régions doivent transiger dans le respect des règles juridiques propres à leur fonctionnement, comme celle de l'autorisation préalable du conseil délibérant sur le principe de la transaction et sur ses éléments essentiels. Les mêmes risques d'irrégularité pèsent sur les contrats de ces trois collectivités⁷⁸⁸.

En revanche, les règles concernant la passation des transactions des établissements publics diffèrent quelque peu.

c. Le consentement des établissements publics

Les établissements publics disposent tous de la faculté de transiger. Entérinant l'évolution du droit sur ce point, l'article 2045 al. 3 du Code civil ne soumet plus aujourd'hui que les établissements publics de l'Etat à un régime d'autorisation préalable pour transiger. Implicitement, le Code civil reconnaît donc la faculté de transiger aux établissements publics nationaux, de même que pour les établissements locaux. Aucune autorisation préalable n'est plus nécessaire pour ces derniers, en outre⁷⁸⁹.

Que les établissements publics soient nationaux ou locaux, des règles communes ont été dégagées pour la conclusion de leurs transactions (1). Certains établissements doivent, par ailleurs, satisfaire à des règles particulières (2).

⁷⁸⁸ V. sur ce point, partie II, titre II, chapitre I, section I, p. 457 et s.

⁷⁸⁹ V. *Supra*, introduction, p. 22.

1. Les règles communes à tous les établissements publics

Si le fonctionnement des établissements publics est propre à chacun d'eux, il existe tout de même des constantes, comme leur structure tripartite ou la répartition des compétences.

Généralement, les établissements publics sont pourvus d'un organe délibérant, souvent appelé conseil d'administration et doté d'un président ainsi que d'une ou plusieurs directions. Il se peut aussi qu'il existe des instances consultatives, des conseils scientifiques, etc. chargés notamment de faire des propositions et d'émettre des avis.

Pour déterminer la répartition des compétences entre ces différents organes, les statuts des établissements publics s'inspirent le plus souvent de celle des collectivités territoriales, réservant une sorte de clause générale de compétence au conseil d'administration. Il est généralement prévu que ce dernier règle par délibérations les affaires de l'établissement, et notamment les actions en justice et les transactions. Il appartiendra ensuite au président ou au directeur de signer les contrats.

La jurisprudence n'apporte guère de précisions sur l'objet et le contenu de la délibération de l'organe délibérant. Toutefois, il est loisible de considérer que la solution de l'arrêt *Commune de Théoule-sur-mer* s'étend aux établissements publics. L'organe délibérant ne devra donc pas se contenter d'autoriser le principe d'un règlement transactionnel, mais aussi se prononcer sur les éléments essentiels du contrat, c'est-à-dire les caractéristiques du litige, les parties en litige, les concessions réciproques, notamment.

Les objectifs qui sous-tendent cette solution, la transparence et le renforcement des droits des élus, sont aussi susceptibles de concerner les établissements publics. Cela permet de démocratiser leur fonctionnement, d'équilibrer les pouvoirs et les compétences en leur sein, de faire en sorte que l'organe délibérant donne lui aussi un consentement éclairé à la conclusion d'une transaction.

Ainsi, sur le modèle des communes, départements et régions, il existe une partition des règles de compétence entre l'organe délibérant et le président ou directeur. Mais, les établissements publics, de l'Etat comme des collectivités territoriales, doivent en outre satisfaire des obligations propres.

2. Les règles spécifiques à chaque type d'établissements publics

La conclusion des transactions par les établissements publics ne va pas sans un regard extérieur. Que ce soit avant ou après la signature, celui-ci intervient selon des modalités propres à chacun d'eux.

Les établissements locaux doivent transmettre au représentant de l'Etat certains de leurs actes, obligation qui ne concerne pas les établissements publics nationaux. Ainsi, les délibérations des Conseils des établissements publics communaux et intercommunaux ne deviennent exécutoires qu'après avoir été publiés ou notifiés aux intéressés, et transmis au représentant de l'Etat. Comme pour les transactions des communes, départements et régions, aucun texte n'impose de transmettre au Préfet les transactions conclues.

Quant aux établissements publics de l'Etat, l'article 2045 al. 3 du Code civil soumet leur transaction à un régime d'autorisation préalable. Le recours à ce procédé ne peut donc être librement envisagé par eux, à la différence des établissements publics locaux. La validité de l'accord de volontés dépend de l'intervention d'une autorité extérieure. Le formalisme est alors « poussé à son extrême »⁷⁹⁰. Plusieurs questions apparaissent à cet égard.

Il faut tout d'abord déterminer l'autorité compétente pour accorder cette autorisation. Jusqu'à sa modification par la loi du 17 mai 2011, l'article 2045 al. 3 du Code civil désignait le Roi. Entérinant les précisions de la jurisprudence, l'article 2045 al. 3 donne aujourd'hui compétence au Premier ministre⁷⁹¹.

Il convient également de préciser l'étendue et la teneur de cette autorisation. En l'occurrence, le décret autorisant l'établissement à transiger n'est destiné qu'à valider le principe d'une transaction pour mettre un terme au litige impliquant l'établissement public, sans s'intéresser au contenu lui-même du contrat. Il ne s'agit que d'un accord sur le principe d'un règlement transactionnel d'un litige, et non pas d'une approbation sur le fond du

⁷⁹⁰ L. MARCUS, *L'unité des contrats publics*, préc., p. 76.

⁷⁹¹ En l'absence d'actualisation, le Conseil d'Etat avait dû lever les incertitudes en la matière. Dans son arrêt du 14 décembre 1998, *Chambre d'agriculture de la Réunion* (CE, 14 décembre 1998, *Chambre d'Agriculture de la Réunion, Leb.*, p. 729), il interprétait l'article 2045 comme donnant compétence au Premier ministre pour autoriser par décision expresse, un établissement public à transiger. Cette solution fut rappelée en termes précis dans l'arrêt CE, 23 avril 2001, *Ceccaldi-Raynaud, Dr. Adm.* 2001, n° 172, note G. Chavrier : « l'autorisation mentionnée à l'article 2045 du Code civil n'est pas au nombre des décisions dont l'article 13 de la Constitution réserve la signature au Président de la République mais relève de la compétence attribuée au Premier ministre par l'article 21 de la Constitution ».

contrat⁷⁹². La saisine du Premier ministre s'opère assez librement ; en pratique, tout organe de l'établissement public est autorisé à saisir le Premier ministre⁷⁹³.

Par ailleurs, pour alléger la procédure de passation d'une transaction et éviter d'avoir à solliciter systématiquement une autorisation du Premier ministre, des aménagements ont été admis par le Conseil d'Etat. Il se peut que l'établissement bénéficie d'une autorisation générale pour transiger. Le statut de l'établissement prévoit alors la capacité à transiger dudit établissement, de manière générale ou pour un type de litiges en particulier, solution que la plupart des établissements publics ont adoptée⁷⁹⁴.

Sur ce point, les établissements publics hospitaliers répondent à un régime exceptionnel, le Code de la santé publique reconnaissant aux directeurs des établissements publics le pouvoir de transiger⁷⁹⁵. Il s'agit d'une solution spécifique à ce type d'établissements leur permettant de transiger sans avoir à obtenir une autorisation du Premier ministre, de manière autonome donc.

Cependant, hors cas des établissements publics hospitaliers, et dans le silence des statuts, un décret du Premier ministre reste nécessaire pour autoriser la signature de la transaction envisagée par l'établissement. Le défaut d'autorisation préalable du Premier ministre rend alors inopposable une transaction aux parties⁷⁹⁶. En outre, il semble qu'il s'agisse là d'un vice irrégularisable, « compte tenu des termes même de l'article 2045 du Code civil et de l'interprétation qu'en donne le Conseil d'Etat »⁷⁹⁷. La jurisprudence offre peu d'exemples en la matière.

Ainsi, comme pour tous les actes administratifs, et plus particulièrement ceux de nature à engager les collectivités publiques, la conclusion des transactions est soumise à un

⁷⁹² CE, 23 avril 2001, *Ceccaldi-Raynaud*, préc.

⁷⁹³ *Ibid.*

⁷⁹⁴ L'article 1^{er} du décret n° 2000-764 du 1^{er} août 2000 autorise ainsi les établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel et les établissements publics administratifs d'enseignement supérieur à transiger dans les conditions prévues par les articles 2044 à 2058 du Code civil, pour mettre un terme aux litiges les opposant à d'autres personnes physiques ou morales de droit public. V. aussi à titre d'exemple, le décret n° 2003-413 du 29 avril 2003 portant adaptation de divers textes constitutifs d'établissements publics sous tutelle du ministère de la défense et autorisant la transaction – ce décret autorise plusieurs établissements publics à transiger (Musée national de la marine, Ecole Polytechnique, etc.) –, ou encore le décret n° 2004-1350 du 9 décembre 2004 relatif au statut de l'Établissement public du musée du quai Branly.

⁷⁹⁵ L'article L. 6143-7 du Code de la santé publique énonce, en effet, que « Le directeur, président du directoire conduit la politique générale de l'établissement. Il représente l'établissement dans tous les actes de la vie civile et agit en justice au nom de l'établissement. [...] Il a le pouvoir de transiger [...] ».

⁷⁹⁶ CE, 14 décembre 1998, *Chambre d'Agriculture de la Réunion*, préc. En l'espèce, la transaction relative aux conditions de licenciement d'un agent titulaire d'une chambre d'agriculture est inopposable aux parties en l'absence de décret du Premier ministre autorisant la Chambre à transiger.

⁷⁹⁷ G. LE CHATELIER, « Transaction », préc., n° 16.

fort encadrement procédural. L'accord de volontés des parties est insuffisant à lui seul à engager la collectivité. Il doit être exprimé dans le respect des règles de compétence et de procédure, qui en conditionnent la validité. « Alors que l'expression du consentement de la personne privée se réalise le plus souvent en ne faisant intervenir qu'une volonté, cette volonté se dédouble pour les personnes morales — y compris celles de droit public — et se manifeste en deux étapes, l'habilitation à contracter et la signature du contrat. [...] L'expression du consentement de la personne publique se réduit rarement à une intervention unique »⁷⁹⁸.

Par ailleurs, le respect de ces règles procédurales détermine indirectement la forme des transactions conclues.

§II. LA FORMALISATION DES TRANSACTIONS ADMINISTRATIVES

Les personnes publiques ne sont pas toujours libres de la forme de leurs transactions, dans la mesure où le respect des règles de compétence et de procédure impose bien souvent la forme écrite (A). En outre, les parties doivent se montrer particulièrement vigilantes lors de la rédaction de leurs contrats, de manière à prévenir toute difficulté d'exécution ultérieure, voire même un contentieux (B).

A. La forme des transactions administratives

La conclusion d'une transaction administrative résulte de divers processus, le dialogue des parties au litige elles-mêmes ou la mise en œuvre d'une procédure de conciliation-médiation menée par un tiers. Quoi qu'il en soit, la mise par écrit de l'accord trouvé est souvent imposée et toujours recommandée (a). Dans les litiges contractuels, la transaction peut aussi revêtir la forme particulière d'un avenant au contrat signé (b).

⁷⁹⁸ D. POUYAUD, S. GILBERT, « Les contrats entre personnes publiques », *J.-Cl. Administratif*, fasc. 675, n° 86.

a. La forme écrite

L'article 2044 du Code civil présente la transaction comme un « contrat écrit ». Des doutes ont pu naître quant à la portée de cette précision : s'agissait-il d'une condition de validité dudit contrat ou d'une exigence d'ordre probatoire ? Il en allait naturellement de la forme du contrat transactionnel.

Comme il a été établi, le droit français s'inscrit dans une logique consensualiste. Les jurisprudences judiciaire et administrative ont admis la validité des transactions orales et implicites. Si les éléments caractéristiques de la transaction sont réunis, l'accord de volontés des parties au litige, quelle que soit sa forme, constituera une transaction⁷⁹⁹.

Un simple échange de lettres peut révéler une transaction, de même que le rapprochement des conclusions des parties à une instance juridictionnelle. Progressivement, au fur et à mesure de l'échange des mémoires, les parties vont se reconnaître mutuellement des droits, jusqu'à s'entendre en tout point ou partiellement⁸⁰⁰. Il est fréquent alors de qualifier cette transaction conclue de « contrat judiciaire ». Ce terme désigne pourtant une toute autre réalité : il s'agit d'un contrat conclu en cours d'instance et constaté par le juge à la demande des parties, ce qui a pour effet de lui conférer la force d'un acte authentique⁸⁰¹. A propos du rapprochement des conclusions en cours d'instance, mieux vaut parler de transaction judiciaire – par opposition aux transactions simples, nées de discussions menées par les parties éventuellement assistées d'un tiers, qu'une instance ait été engagée ou non –, ou plus simplement de transactions conclues en cours d'instance. Le juge doit tenir compte de cet accord et prononcer un non-lieu à statuer.

Cependant, le formalisme des contrats des personnes publiques, qui n'est pas sans incidence sur l'élément de définition de la transaction administrative qu'est l'échange des consentements⁸⁰², conditionne aussi la forme de ce contrat. En effet, la procédure complexe à laquelle est soumise la passation des transactions des personnes publiques rend difficilement concevable l'existence d'accords oraux et implicites. Plus précisément, le fractionnement des règles de compétences est incompatible avec le consensualisme : « comment admettre [...] qu'un contrat d'une commune qui doit être autorisée par le conseil municipal et signé par le

⁷⁹⁹ V. *Supra*, partie I, titre I, chapitre II, section I, § II, B, p. 123 et s.

⁸⁰⁰ CE, 9 février 1934, *Chemin de fer du nord contre Sieur de Brigode, Leb.*, p. 194.

⁸⁰¹ V. *Infra*, partie I, titre II, chapitre II, section II, § II, pp. 287-288.

⁸⁰² V. *Supra*, partie I, titre I, chapitre II, section I, § II, p. 123.

maire [...] puisse être tacite [ou même oral] ? L'accepter reviendrait à priver de tout effet la réglementation des compétences au sein de la commune », a-t-il été signalé⁸⁰³.

La forme écrite des transactions, si elle n'est pas exigée par les textes ou la jurisprudence, l'est donc implicitement du fait des règles des compétences. En pratique, seule la rédaction d'un contrat écrit en permet le respect par les collectivités territoriales et leurs établissements publics.

S'agissant des transactions de l'Etat, pour lesquelles aucune formalité particulière n'est requise, ni expressément, ni implicitement, la forme écrite est toutefois fortement recommandée.

En effet, du point de vue probatoire, un certain formalisme est préférable, un écrit permettant de prévenir nombre de difficultés lors de l'exécution de la transaction. C'est d'ailleurs ainsi que doit être compris l'article 2044 du Code civil, explique Troplong : « une transaction verbale, avouée par les parties, a la même autorité qu'une transaction écrite. Mais quand l'existence d'une transaction est mise en question, la preuve extérieure à fournir au juge ne saurait être qu'une preuve littérale. Il faut un acte écrit qui atteste que les parties ont transigé. C'est ce que veut dire notre article [l'article 2044 du Code civil] quand il s'exprime ainsi : ce contrat doit être rédigé par écrit. Ceci ne signifie pas que l'écriture est substantielle dans la transaction ; car une transaction verbale avouée est une transaction valable ; mais le sens de cette disposition est que, en cas de contestation, la seule preuve admissible de l'existence d'une transaction est la représentation de l'écrit qui la contient [...] »⁸⁰⁴.

En droit administratif, comme en droit privé, la conclusion d'une transaction verbale ou implicite ne soulève aucune difficulté, tant qu'aucune des parties ne nie son existence — dans l'hypothèse assez rare où aucune formalité ne serait obligatoire. Quand, en revanche, l'une d'elles entend en contester l'existence, l'intérêt d'un écrit se révèle pleinement.

En droit privé, la jurisprudence applique le droit commun de la preuve en matière contractuelle⁸⁰⁵ : « en gommant toute spécificité de la transaction en matière probatoire, cette analyse de l'article 2044 al. 2 du Code civil suppose un renvoi au droit commun de la preuve avec l'affirmation du principe d'un écrit et l'admission dérogatoire de modes de preuve remplaçant l'écrit »⁸⁰⁶. Or, le principe de droit commun consiste à exiger un écrit à titre de

⁸⁰³ D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, préc., n° 73.

⁸⁰⁴ R. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du Code*, préc., comm. de l'art. 2044, n° 27.

⁸⁰⁵ V. C. civil, art. 1341 et s.

⁸⁰⁶ F. JULIENNE, « Transaction. Formation », fasc. préc., n° 79.

preuve pour la conclusion des contrats portant sur une somme supérieure à 1500 euros. S'agissant des transactions, l'exigence d'un écrit est plus contraignante, puisqu'elle intervient indépendamment de la valeur du contrat⁸⁰⁷.

Mais dans la mesure où l'article 2044 al. 2 du Code civil n'impose un écrit qu'à des fins probatoires, d'autres modes de preuve sont envisageables, qui sont également tirés du droit commun de la preuve. Sont ainsi admises les preuves considérées comme équivalentes à l'écrit : l'aveu judiciaire et le serment décisoire, le témoignage et les présomptions. Ces deux derniers types ne sont toutefois acceptés que de manière restrictive, c'est-à-dire en présence d'un commencement de preuve par écrit⁸⁰⁸, en cas d'impossibilité de produire un écrit⁸⁰⁹, ou encore, dans le cadre de litiges commerciaux.

C'est ainsi que sont conciliées les exigences de l'article 2044 al. 2 du Code civil et du droit commun en matière de preuve.

Dans la mesure où les transactions orales et implicites sont aussi considérées comme valables en droit administratif, la question de la preuve de l'existence d'une transaction en cette matière se pose également. Elle est cependant envisagée en termes différents.

Le principe est ici que la conclusion d'une transaction ne se présume pas⁸¹⁰. Elle doit être prouvée. Mais il faut noter à l'instar de F. Munoz que « bien souvent l'administration de la preuve de la transaction [...] posera moins de problèmes en contentieux administratif où la procédure est inquisitoriale »⁸¹¹. La charge de la preuve ne repose pas exclusivement sur le demandeur, puisque le juge est en mesure de prescrire des mesures d'instruction consistant, par exemple, à demander la production de pièces complémentaires. En cas de refus des parties, les allégations du requérant seront tenues pour vraies. S'agissant des transactions implicitement conclues, le juge pourra être amené à examiner si les éléments contenus dans une lettre correspondent à ceux de la lettre de réponse. Si c'est le cas, il tiendra la transaction pour effectivement formée. Dans le cas contraire, l'élément prépondérant de l'accord de volontés faisant défaut, il en déduira qu'aucune transaction n'a été conclue.

⁸⁰⁷ Cass. Civ., 8 janvier 1879, S. 1879, p ; 216 ; Cass. 2^e civ., 26 juin 1975, *Gaz. Pal.*, 1975, 2, comm., p. 222.

⁸⁰⁸ Le commencement de preuve par écrit est défini par l'article 1347 du Code civil comme « tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué. Peuvent être considérées par le juge comme équivalant à un commencement de preuve par écrit les déclarations faites par une partie lors de sa comparution personnelle, son refus de répondre ou son absence à la comparution ».

⁸⁰⁹ C'est-à-dire en vertu de l'article 1348 du Code civil, « lorsque l'une des parties, soit n'a pas eu la possibilité matérielle ou morale de se procurer une preuve littérale de l'acte juridique, soit a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit ou d'une force majeure ».

⁸¹⁰ V. par exemple, CE, 30 mars 1938, *Derue, Leb.*, p. 332.

⁸¹¹ F. MUNOZ, *La conciliation : du droit privé au droit public*, préc., p. 488.

Pour parer toute difficulté, les services administratifs sont encouragés à constater par écrit leur accord, ce qu'ils font presque systématiquement. A cet égard, la circulaire du 6 avril 2011 indique que « la transaction doit être constatée dans un écrit »⁸¹². La circulaire précédente datée du 6 février 1995, se bornait, elle, à recommander un écrit pour les affaires complexes ou importantes⁸¹³. Aujourd'hui, l'écrit est recommandé en toute hypothèse, indépendamment du montant de la transaction.

De manière générale, la question de l'existence d'une transaction administrative ne soulève guère de difficulté, comme le montre la relative rareté du contentieux sur ce point. Les litiges portent davantage sur l'étendue de l'accord transactionnel que sur son existence.

Enfin, il faut indiquer que la rédaction d'un contrat écrit, outre un intérêt probatoire évident, présente l'avantage d'obliger les parties à formaliser clairement leur accord de volontés et de mesurer toute l'importance d'un tel engagement, qui a notamment pour effet d'éteindre les droits litigieux. Ce souci concerne aussi la signature des avenants transactionnels.

b. Les transactions conclues sous forme d'avenants

Dans le cas particulier des litiges contractuels, la transaction prend parfois la forme d'un avenant au contrat initial⁸¹⁴. Le litige se règle alors au moyen d'une transaction impliquant une modification des clauses du contrat. Si le contrat modifié comprend une clause par laquelle les parties renoncent à engager ultérieurement tout recours contentieux tout en s'accordant des concessions réciproques, l'avenant est assimilable en tout ou partie à une transaction.

Les règles de validité de la transaction et celles de l'avenant se cumulent. D'un côté, la transaction demeure soumise aux conditions de validité de ce type de contrat. De l'autre, elle doit aussi satisfaire à celles régissant la validité des avenants, et ainsi ne pas bouleverser l'économie générale du contrat⁸¹⁵.

⁸¹² Circulaire du 6 avril 2011, préc., § 2.3.

⁸¹³ Circulaire du 6 février 1995, préc., § 2.3.2.

⁸¹⁴ A titre d'exemple, v. CAA Nantes, 15 avril 1999, *Centre hospitalier régional de Brest*, N° 95NT00638.

⁸¹⁵ Sur les conditions de validité des avenants, v. notamment L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, préc., n° 453 et E. FATOME, « Les avenants », *AJDA* 1998, p. 760.

En pratique, ce type de transaction est courant. Si sa régularité n'est pas douteuse, son opportunité est plus critiquable. En effet, elle porte en elle le risque de banaliser la transaction, son contenu et ses enjeux, et les parties peuvent ne pas en percevoir toute l'importance. C'est aussi ce que souligne C. Cantié, pour qui « la dissociation formelle de l'avenant modifiant les clauses du contrat et de la transaction mettant fin ou prévenant un litige entre les parties doit ainsi être recommandée, car elle permet de clarifier la portée respective des clauses en cause »⁸¹⁶. Il ajoute que « la partie qui accepte de faire droit à une demande de l'autre et de signer l'avenant, en consentant une modification de ses engagements initiaux ou des caractéristiques du marché, ne peut exclure la survenance ultérieure d'un litige, voire d'un contentieux à ce sujet »⁸¹⁷.

Ainsi, même lorsque la forme écrite n'est pas implicitement exigée pour la validité des transactions administratives, elle demeure préférable. Conférant une certaine solennité aux contrats, elle aide les parties, et surtout les personnes privées, à saisir toute la mesure de leur engagement. C'est aussi un moyen de preuve sûr et efficace.

Il en va de même pour la rédaction du contrat. Il s'agit de s'assurer que les termes du contrat ont été choisis conformément à la volonté des parties.

B. La rédaction des transactions administratives

Les parties à un litige doivent s'accorder sur les éléments essentiels de la transaction : la nature du litige, les faits, les parties en présence, les concessions réciproques, leur nature et leur montant. Quelle que soit la forme du contrat, orale ou écrite, tacite ou expresse, l'accord sur ces éléments doit apparaître clairement.

Dans la grande majorité des cas, les contrats constitutifs d'une transaction administrative prennent une forme écrite dont la rédaction doit être soignée, afin, encore une fois, d'éviter toute difficulté d'exécution, voire même la formation d'un nouveau litige. D'autant plus, qu'en vertu du principe de la force obligatoire du contrat, les parties ne sont liées que par ce qui a été convenu et établi comme tel dans le contrat. De même, le juge administratif dénie à l'acte rédigé de manière équivoque le caractère d'une transaction, et juge

⁸¹⁶ C. CANTIE, « Les règlements amiables dans les marchés publics », fasc. préc., n° 123.

⁸¹⁷ *Ibid.*

que sa conclusion, en cours d'instance, ne rend pas sans objet les conclusions tendant à ce qu'il soit statué sur le litige auquel il avait pour objet de mettre fin⁸¹⁸.

Rédiger un contrat en termes trop généraux ou équivoques est donc un risque, dont ont pris conscience les praticiens, qui s'efforcent d'être d'une grande rigueur.

Ainsi, malgré l'absence de formalité particulière à ce sujet, la mention des éléments essentiels de l'accord des parties est souhaitable dans les transactions⁸¹⁹, ce que rappelle la circulaire du 6 avril 2011⁸²⁰.

Il importe en premier lieu de définir les parties au contrat de manière à pouvoir les identifier avec certitude. Cette précision est d'autant plus importante que seules les parties évoquées comme telles dans le contrat seront liées par lui. Elles doivent donc être désignées, ou à tout le moins identifiables⁸²¹, et justement désignées ou identifiables⁸²², à partir de leur nom et état civil, raison sociale, coordonnées, etc.

Il convient ensuite de déterminer sur quoi porte la transaction, c'est-à-dire procéder à un rappel sommaire des faits à l'origine du litige, accompagnés de leur date, et dans l'hypothèse où l'administration est responsable de dommages successifs, de la mention de la date de chacun d'eux, pour éviter une double indemnisation pour un même dommage.

La rédaction des concessions réciproques, telles qu'elles ont été arrêtées par les parties, obéit aux mêmes précautions rédactionnelles. A leur lecture, toute personne intéressée doit être en mesure d'apprécier leur consistance. Cela suppose qu'elles soient chiffrées ou du moins chiffrables. Si le versement d'une somme d'argent a été établi entre les parties, le montant total doit en être indiqué — avec la mention hors taxe ou non. De même, il doit apparaître une correspondance entre l'indemnisation et le préjudice visé, ainsi que les sommes éventuellement versées par les organismes sociaux agissant en qualité de tiers payeurs qu'ils soient parties ou non au protocole transactionnel — afin que les règles relatives au recours

⁸¹⁸ CAA Lyon, 11 février 2010, *Mme A.*, AJDA 2010, p. 787. V. plus largement, *Infra*, partie I, titre II, chapitre II, section I, § II, p. 241.

⁸¹⁹ Il est loisible aux parties de sécuriser encore davantage leur contrat. V. sur ce point, partie II, titre II, chapitre II, section I, § I, p. 540 et s. Il importe ici d'examiner le contenu minimal des transactions administratives.

⁸²⁰ Circulaire du 6 avril 2011, préc., § 2.3.

⁸²¹ V. à titre d'exemple, CE, 30 décembre 1993, N° 176221, *SA Cie Polynésienne des transports maritimes*. La transaction conclue ne mentionnait pas le nom des parties, mais à partir de l'un des engagements prévus par le contrat, le Conseil d'Etat a pu identifier les parties intéressées. Cet engagement consistait en le désistement des actions en cours. Aussi, il a pu être jugé que seules les parties ayant saisi le juge d'une instance pendante étaient concernées par ce contrat.

⁸²² C'est ce qu'explique Y. Goutal : « il arrive parfois que la collectivité négocie longuement avec une personne donnée mais que le préjudice soit en réalité subi - en tout ou partie - par une autre société que celle présente comme partie à l'acte. Il s'agit d'une erreur courante, notamment en présence de groupes de sociétés, aux noms très proches. L'erreur est dévastatrice, la transaction n'étant pas opposable à une société qui ne l'a pas signée. On prendra donc soin de s'assurer que la transaction éteint effectivement les actions potentielles, en concluant la transaction avec les bonnes victimes, et en établissant avec précision les liens de droit et les prétentions des parties à l'acte », Y. GOUTAL, « Conseils pour bien transiger », préc., 241.

subrogatoire des tiers payeurs puissent être mises en œuvre. Enfin, il est souhaitable de faire état de tous les éléments sur lesquels les parties se sont appuyées pour établir les concessions réciproques et évaluer les sommes et avantages en cause : documents comptables et financiers, procès-verbaux contradictoires, constats d'huissier, rapports d'expertises, etc. C'est ce que recommande la circulaire⁸²³, sans toutefois que cela conditionne la validité de la transaction conclue⁸²⁴.

Enfin, la transaction doit mentionner un élément important : la formule de la renonciation à tout recours ultérieur portant sur les faits rappelés ou celle d'un désistement dans l'hypothèse d'une instance en cours⁸²⁵. Dans ce dernier cas, il convient de régler le sort des dépens et des frais irrépétibles, y compris ceux exposés, le cas échéant, en première instance, comme le conseille aussi la circulaire du 6 avril 2011⁸²⁶.

En pratique, il est important de veiller à « intégrer tous les chefs de demandes, pour vider le dossier »⁸²⁷. « La transaction n'étant efficace qu'à l'égard des sujets qu'elle entend effectivement éteindre, il est préférable de tout mettre sur la table, y compris, au besoin, ce que la partie adverse n'a pas encore envisagé — ou exprimé à haute voix ... — afin qu'elle ne puisse le faire demain. Tous les chefs de préjudice doivent donc être abordés et présentés comme des chefs de revendication, au moins potentiels, afin de pouvoir faire l'objet d'une renonciation efficace »⁸²⁸.

Enfin, le contrat, quand il prend une forme écrite, doit être établi en autant d'exemplaires que de parties — étant entendu que deux sont destinés à la personne publique, l'un pour le service signataire et l'autre pour le service comptable⁸²⁹. L'ensemble de ces exemplaires est ensuite proposé à la signature des parties qui mentionnent leur nom et, pour les personnes morales, la qualité du signataire. Seule la signature des parties au litige, parties également à la transaction destinée à régler ce litige est nécessaire⁸³⁰. En l'occurrence, il est recommandé que celles-ci paraphent le bas de chaque page du protocole et fassent précéder leur signature, en dernière page, de la date et de la mention manuscrite « Bon pour renonciation à tout recours » ou, en cas d'instance en cours, « Bon pour désistement d'instance

⁸²³ Circulaire du 6 avril 2011, § 2.3.

⁸²⁴ CAA Marseille, 16 juillet 2012, N° 09MA00879, *Préfet des Alpes Maritimes*.

⁸²⁵ Une copie du désistement devra par ailleurs être transmise à la partie adverse intéressée.

⁸²⁶ Circulaire du 6 avril 2011, § 2.3.

⁸²⁷ Y. GOUTAL, « Conseils pour bien transiger », préc., p. 242.

⁸²⁸ *Ibid.*

⁸²⁹ Circulaire du 6 avril 2011, § 2.4.

⁸³⁰ La circonstance, par exemple, que l'architecte, chargé par les parties d'une mission de surveillance des réparations que l'une d'elles s'est engagée à faire, n'ait pas signé la transaction conclue n'affecte pas la validité dudit contrat. CE, 4 octobre 1968, *Commune de Saint-Germain près Herment*, préc.

et renonciation à tout recours ». Le représentant de la personne publique paraphe, signe et date toujours le dernier⁸³¹. L'absence de la mention « lu et approuvé » ne prive pas le contrat de sa validité⁸³².

De manière générale, « la rédaction de l'accord devra autant que possible mettre en évidence que les parties ont eu le temps de réfléchir, de consulter, de mesurer la valeur et la portée de tous les termes de l'accord »⁸³³. La rédaction écrite et précise du contrat, outre son grand intérêt probatoire, permet, en principe, aux parties de s'assurer que leur volonté a été exactement formalisée. Il est primordial que les parties ne soient liées que par ce qu'elles ont convenu entre elles.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

Comme pour tout contrat, la passation des transactions administratives s'opère en plusieurs étapes.

La première, la phase de discussion, offre à l'évidence une grande liberté aux parties, de manière à favoriser leur rapprochement. Ces échanges pouvant se dérouler dans des cadres extrêmement divers, laissés à leur appréciation. Une telle liberté surprend au regard du fort encadrement qui prévaut pour la conclusion des contrats les plus administratifs, tels ceux de la commande publique, qui ne laissent pas place à de véritables négociations entre l'administration et les candidats. Il faut dire qu'elles n'ont pas lieu d'être pour la conclusion de ces contrats, pour lesquels il importe davantage de garantir le bon usage des deniers publics et de préserver les intérêts du service public. Le cocontractant est retenu en fonction de son offre.

Il n'en va évidemment pas de même pour les transactions administratives. Le choix n'est pas celui du cocontractant, mais celui de transiger ou non. L'encadrement se trouve ailleurs : dans le contenu du contrat, et plus précisément dans l'étendue des concessions réciproques, aucune partie n'ayant à payer une somme qu'elle ne doit pas. Or, cet

⁸³¹ *Ibid.*

⁸³² CE, 30 octobre 1974, *Commune de Saint-Pierre-les-Bois contre Sieur Gohin*, préc.

⁸³³ M. BOURRY D'ANTIN, G. PLUYETTE, S. BENSIMON, *Art et techniques de la médiation*, Lexis-Nexis, coll. Pratique professionnelle, 2004, p. 137.

encadrement du contenu du contrat conditionne la teneur des discussions. Les principes posés par les arrêts *Mergui* et *SA Entreprise Renaudin* contribuent, en effet, à rééquilibrer des rapports de force entre les parties, dès lors qu'aucune d'elles ne peut valablement abuser de l'autre. Plus que des interdictions, ils constituent des mesures protectrices. C'est là une spécificité de la transaction administrative, puisque si l'interdiction s'agissant de personnes publiques vaut pour toutes leurs transactions, et non pas seulement les transactions administratives, elle ne s'applique, concernant les personnes privées, qu'aux transactions administratives, sans équivalent en droit privé.

La seconde phase, concernant la passation des transactions administratives et tenant à la conclusion du contrat, est davantage formalisée. C'est ce qu'il résulte nécessairement de la présence d'une personne publique au contrat — les personnes publiques étant le plus souvent impliquées dans les litiges relevant de la juridiction administrative. L'imbrication des règles de compétence, de procédure et de forme est telle que leur consentement doit s'exprimer dans des conditions bien définies. L'autorité signataire doit être compétente pour engager la collectivité, ce qui d'une part, suppose la mise en œuvre de formalités, et d'autre part, tend à rendre obligatoire la rédaction d'un contrat écrit. Ce formalisme juridique vaut pour la conclusion de tout contrat d'une personne publique. Il y a là une particularité des contrats des personnes publiques par rapport à ceux des personnes privées, puisqu'ils résultent d'une procédure complexe faite d'une succession d'actes également nécessaires à leur validité. En cela, Hauriou parlait d'une « opération à procédure »⁸³⁴.

Ce formalisme dans la conclusion des transactions administratives présente des inconvénients, certes, dans la mesure où il contribue à rallonger et alourdir les procédures de passation des contrats et constitue une source de contentieux. Mais il a aussi l'avantage d'obliger les parties à être vigilantes lors de la conclusion de leur contrat, à en soigner la rédaction et ainsi éviter tout malentendu, toute imprécision quant à l'étendue de leur accord. *In fine*, c'est l'exécution du contrat qui s'en trouvera facilitée, les parties n'étant liées que pour ce à quoi elles ont valablement consenti. C'est au travers de ses effets que l'importance de l'accord de volontés se mesure.

⁸³⁴ M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 2^e éd., 1916, p. 157.

CHAPITRE II

LES EFFETS DE LA TRANSACTION ADMINISTRATIVE

Les effets de la transaction administrative résultent de la définition de ce contrat : celle-ci ayant pour objet de régler un litige et devant comporter des concessions réciproques, ses effets consistent à éteindre le litige et à mettre à la charge des parties des droits et obligations. Dès lors, il convient de rechercher quels principes et considérations fondent la réalisation de tels effets.

En énonçant que « Les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort [...] », l'article 2052 du Code civil auquel le Conseil d'Etat choisit de se référer expressément, a pu faire naître un doute à cet égard. Dans la mesure où la présence de concessions réciproques a été ajoutée par la jurisprudence judiciaire, il n'y a pas à s'étonner de ce que l'article se contente d'évoquer l'effet extinctif des litiges, sans mentionner les droits et obligations que la transaction met aussi à la charge des parties. La difficulté réside davantage dans l'usage du terme « autorité de la chose jugée », qui tend à assimiler la transaction à la décision de justice. Certains auteurs ont pu parler de la transaction comme d'un « équivalent juridictionnel »⁸³⁵.

Il est vrai que la transaction administrative présente des effets similaires à ceux de la décision de justice. Si, en certaines hypothèses, elle fait l'objet d'une homologation du juge de manière à en renforcer la valeur juridique, il n'en reste pas moins, que par elle-même elle constitue un contrat, soumis à ce titre aux principes du droit des contrats, notamment ceux de l'effet obligatoire et de l'effet relatif.

Dès lors, il convient de s'interroger sur le degré d'administrativité des règles présidant à la réalisation des effets de la transaction administrative. Tout en étant soumis à l'effet obligatoire des contrats, certains contrats administratifs réservent à l'administration dans l'intérêt du service public des pouvoirs exorbitants du droit commun. En l'occurrence, les

⁸³⁵ Sur ce point, v. Y. NOUVEL, « L'autorité de la chose jugée attachée à la transaction », *Procédures* 2007, ét. 18.

caractéristiques de la transaction administrative ne semblent ni s'accommoder de tels pouvoirs, ni les nécessiter.

En définitive, la transaction administrative n'a d'autres effets que ceux que les parties ont souhaités. L'extinction du litige, comme la mise à la charge de droits et d'obligations, résultent de la volonté des parties : le premier est inhérent à toutes les transactions, puisqu'en concluant ce contrat, les parties s'accordent nécessairement pour mettre fin à leur litige (Section I), et la seconde dépend dans son contenu de chaque contrat transactionnel (Section II).

SECTION I. L'EXTINCTION DU LITIGE

Le principal effet de la transaction administrative consiste en l'extinction du litige. Si l'article 2052 du Code civil semble lui accorder l'autorité de chose jugée des décisions de justice, la formule du Code civil ne doit pas être comprise à la lettre, les rédacteurs du Code civil ayant sans doute opté pour une formule forte de manière à renforcer l'autorité de ce contrat. La transaction conserve sa nature contractuelle et n'éteint le litige que conformément à la volonté des parties. Cette extinction du litige trouve son fondement (§I) et ses conditions de réalisation (§II) dans l'effet obligatoire et l'effet relatif des contrats, si bien que les dispositions spéciales du Code civil relatives à la transaction et appliquées par le Conseil d'Etat à la transaction administrative, correspondent aux dispositions générales du droit des contrats.

§I. LE FONDEMENT DE L'EFFET EXTINGTIF DE LA TRANSACTION ADMINISTRATIVE

Le Conseil d'Etat choisit d'appliquer à la transaction qu'il a créée l'article 2052 du Code civil, aux termes duquel « les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort » (A). Toutefois, ce n'est que d'une analogie entre la transaction et le jugement qu'il s'agit. La transaction emporte, certes, des effets procéduraux similaires à ceux

du jugement, mais sur un tout autre fondement juridique, celui de la force obligatoire des contrats (B).

A. L'autorité de la chose jugée évoquée par l'article 2052 du Code civil

Transactions privée et administrative semblent toutes deux bénéficier de l'autorité de la chose jugée entre les parties. C'est ce qu'il résulte, pour la première, de l'article 2052 du Code civil et pour la seconde, de la jurisprudence du Conseil d'Etat. En effet, dans son avis *L'Hay-les-Roses* du 6 décembre 2002, consacrant l'existence d'une transaction spécifique à la résolution des litiges administratifs, la Haute juridiction vise expressément l'article 2052 du Code civil, ce qu'elle ne faisait pas jusque-là.

Accorder à la transaction l'autorité de chose jugée n'était pas, de la part des rédacteurs du Code civil, une innovation. Ils n'ont fait que s'inscrire dans une longue tradition qui remonte au droit romain. Un rescrit célèbre des empereurs Dioclétien et Maximien associait déjà transaction et jugement⁸³⁶. « Les transactions, écrivait ensuite Domat, ont une force pareille à l'autorité des choses jugées, parce qu'elles tiennent lieu d'un jugement d'autant plus ferme que les parties y ont consenti et que l'engagement qui délivre d'un procès est tout favorable »⁸³⁷. Les rédacteurs du Code civil se sont manifestement inspirés de ce que F. Boulan qualifie d'« habitude de penser »⁸³⁸.

L'autorité de chose jugée est celle qui est attachée aux décisions de justice. Il s'agit d'un instrument processuel, d'un attribut de l'acte juridictionnel, qui bénéficie ainsi d'une autorité spéciale que n'ont pas les actes administratifs, par exemple. Définir plus précisément la notion d'autorité de la chose jugée n'est cependant pas aisé, et comme pour celle de la chose jugée, les textes ne sont d'aucun secours⁸³⁹.

L'autorité de chose jugée procède de l'idée qu'« à un moment, le différend doit s'éteindre »⁸⁴⁰. Elle vise donc à mettre un terme au litige et à stabiliser une situation donnée. Mais pour en saisir tous les aspects, il faut se tourner vers les adages latins.

⁸³⁶ Diocl. et Maxim., L. 20, *Code, De transactionibus*.

⁸³⁷ DOMAT, *Lois civiles*, Titre 13, Sect. 1, n° 9, cité par P.-A. Dalloz, *Rec. Jurisprudence du XIX^e siècle*, vol. 27, Bruxelles, Tablier éd., 1832, p. 234.

⁸³⁸ F. BOULAN, *La transaction privée en droit positif*, préc., p. 345.

⁸³⁹ V. C. GUETTIER, « Chose jugée », *J.-Cl. Administratif*, fasc. 1110, n° 40 et s.

⁸⁴⁰ C. BROUELLE, *Contentieux administratif*, Paris, LGDJ, coll. Manuel, 2013, 2^e éd., n° 398.

Le premier à considérer, l'adage *Res judicata veritae habetur*, renvoie à la dimension positive de l'autorité de la chose jugée, en ce qu'il signifie que la chose jugée a force de vérité légale. Une présomption de vérité est attachée à l'acte juridictionnel. « Ce qui donne au jugement sa pleine valeur [...], ce n'est pas d'être conforme à la vérité absolue (où est la vérité ?), c'est d'être revêtu par l'Etat d'une force particulière qui interdit de le remettre en question, parce qu'il faut une fin au litige. Le litige (dès lors que les voies de recours sont épuisées) est vidé, tranché une bonne fois pour toutes, ce qui garantit stabilité, sécurité et paix entre les hommes », précise Carbonnier⁸⁴¹.

L'adage, *Bis de eadem re sit actio*, renvoie, quant à lui, à la dimension négative de l'autorité de la chose jugée, impliquant que ne puisse plus être soumis à un tribunal ce qui a déjà été jugé. Il s'agit d'éviter que le litige soit rejugué indéfiniment. Le juge, saisi d'une demande tendant à ce que le litige soit de nouveau jugé, aura donc l'obligation de la rejeter sur le fondement de l'autorité de la chose jugée, une fois le jugement devenu définitif, et sous réserve de la triple identité de parties, d'objet et de cause.

En effet, en droit de la procédure civile, comme en droit du contentieux administratif, le régime général de l'autorité de la chose jugée est celui de l'autorité relative de chose jugée. Une décision de justice n'est revêtue de l'autorité de la chose jugée qu'en présence de ces trois éléments. La condition de l'identité de parties repose sur l'idée que « la vérité censée être dégagée par le juge est contingente et dépend des éléments qui lui sont apportés et donc notamment des parties mises en cause [...] »⁸⁴². L'identité d'objet concerne l'objet de la demande, c'est-à-dire, les conclusions des parties, le résultat qu'elles attendent de leur demande. Enfin, l'identité de cause s'intéresse au terrain juridique sur lequel sont formulées les demandes. Elle est réalisée en présence de deux demandes dirigées contre une même décision et placées sur le même terrain juridique.

L'autorité absolue de chose jugée peut être exceptionnellement reconnue à certaines décisions, comme celles par lesquelles le juge administratif annule un acte administratif pour excès de pouvoir⁸⁴³. Ces décisions bénéficient alors d'une protection plus importante, puisqu'elles s'imposent à tous, indépendamment des parties, de l'objet et de la cause de la demande portée devant le juge.

⁸⁴¹ J. CARBONNIER, *Droit civil, 1 : Introduction*, PUF, Quadrige, 1^e éd., 2004, n° 190.

⁸⁴² C. GUETTIER, « Chose jugée », fasc. préc., n° 31.

⁸⁴³ Sur le champ d'application de l'autorité absolue de chose jugée, v. notamment C. GUETTIER, « Chose jugée », fasc. préc., n° 54 et s. et R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, préc., n° 1207 et s.

L'instrument processuel que constitue l'autorité de la chose jugée répond à plusieurs finalités. Il permet d'assurer la protection juridique des justiciables, en stabilisant la situation juridique née du jugement, et plus généralement, d'éviter une instrumentalisation du juge, qui sinon, pourrait être saisi plusieurs fois de la même demande. C'est l'importance sociale du juge étatique que l'autorité de la chose jugée permet d'asseoir. Son rôle serait, en effet, affaibli en l'absence d'autorité de la chose jugée⁸⁴⁴.

Ainsi, le jugement définitif emporte un certain nombre d'effets pour le juge comme pour les parties. Le premier ne pourra plus ni modifier, ni rapporter sa décision, et les secondes ne seront plus en mesure d'introduire un nouveau recours, la décision étant dotée de l'autorité de la chose jugée.

Transaction et jugement mettent fin, tous deux, à un litige. Aussi l'article 2052 du Code civil étend-il le bénéfice de l'autorité de la chose jugée aux contrats transactionnels. La transaction signée emporte des effets procéduraux similaires à ceux de la décision de justice. C'est dans cette mesure que l'expression d'« équivalent processuel », communément utilisée à propos de la transaction, a un sens.

B. L'effet obligatoire des contrats, véritable fondement de l'effet extinctif

Il est classique, en droit français, de comparer la transaction et le jugement. Mais comparer n'est pas assimiler. Si tous deux permettent d'éteindre un litige, cette finalité commune ne doit pas faire oublier leur profonde différence de nature. Dès lors, c'est dans un sens plus métaphorique que littéral que la formule de l'article 2052 doit être comprise. Sans reprendre l'ensemble des éléments opposant ces deux actes, il suffit de rappeler que leur mode de formation est différent et, avec lui, leur force juridique.

Les fonctions attribuées à la transaction et au jugement diffèrent, comme dès lors, leur mode de formation.

⁸⁴⁴ C'est ce que D. Labetoulle rappelait dans ses conclusions sur l'arrêt *Mammar* : « qu'une loi défasse ce que le juge a fait, et c'est le principe de la séparation des pouvoirs qui est atteint et c'est la fonction sociale du juge qui est ébranlée », D. LABETOULLE, concl. sur CE, 26 octobre 1984, *Mammar, Leb.*, p. 340, D. 1985, J, p. 223. Il faut préciser que, pour autant, l'autorité de la chose jugée ne présente pas de valeur constitutionnelle. V. sur ce point, C. GUETTIER, « Chose jugée », fasc. préc., n° 8.

Le jugement est un acte juridictionnel, produit du travail unilatéral d'un agent de la force publique. Une seule des parties au litige saisit le tribunal pour qu'il tranche le différend par un jugement qui s'imposera à elles, et qui sera « le fruit d'une conviction portée jusqu'à la certitude dans l'esprit du magistrat qui le prononce »⁸⁴⁵. Par le jugement, il s'agit pour le juge saisi, tiers habilité et impartial, de dire le droit, d'accueillir comme fondée ou non une prétention : « le tranchant d'une décision tient à l'énonciation du droit aux fins de repousser une des prétentions [...] il faut en outre, un tiers habilité, car seule l'extériorité au différend permet de déterminer de manière impartiale si la chose demandée est due ou non »⁸⁴⁶. La logique du procès est celle de l'affrontement, et l'office du juge s'inscrit dans un registre binaire, consistant à accueillir ou rejeter la demande.

A l'inverse, la transaction naît d'un accord de volontés entre les parties qui consentent réciproquement à des concessions. Elle résulte de discussions entre les parties — assistées éventuellement d'un tiers —, menées au regard de la règle de droit. Comme le jugement, la transaction est conforme à la règle de droit, telle qu'elle est énoncée par les textes et la jurisprudence, la différence résidant plus généralement dans le fait que la transaction n'a pas vocation à dire le droit. Aussi, en cas d'incertitude, les parties doivent saisir le juge pour qu'il tranche le litige⁸⁴⁷.

Compte tenu de ces profondes différences, la transaction ne saurait disposer de la même force juridique que le jugement. Ce n'est donc pas d'une extension de l'autorité de la chose jugée qu'il est question dans l'article 2052 du Code civil, mais d'une analogie forte entre transaction et jugement destinée à rappeler de manière éclatante les effets de la transaction.

En outre, pour ce faire, il n'est nul besoin d'étendre à la transaction l'autorité de la chose jugée. La force obligatoire des contrats suffit, consacrée en ces termes par l'article 1134 alinéa 1 du Code civil : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Conséquence de l'autonomie de la volonté, la force obligatoire des contrats postule que les engagements librement consentis lient les parties et le juge⁸⁴⁸. « Ce qu'elles [les parties] ont convenu s'impose à elles, sans qu'il soit besoin du renfort d'aucune

⁸⁴⁵ R. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du Code*, préc., n° 130.

⁸⁴⁶ Y. NOUVEL, « L'autorité de la chose jugée attachée à la transaction », préc., p. 40.

⁸⁴⁷ V. notamment, *supra*, pp. 65-66.

⁸⁴⁸ Les rédacteurs du Code civil ont posé comme fondement du contrat la volonté des parties, s'inspirant directement des travaux de Domat et de Pothier. Sur la philosophie qui anime l'article 1134 alinéa 1, v., notamment, A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de philosophie du droit, 1969, p. 199 et s. et D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Paris, Economica, coll. Corpus histoire du droit, 2007, p. 492 et s.

norme »⁸⁴⁹. En l'occurrence, par la transaction, les parties s'accordent pour éteindre les droits litigieux, et ce faisant, le droit d'agir en justice qui y est attaché. Aussi la transaction emporte-t-elle nécessairement renonciation à agir en justice.

Il est fréquent, en droit français, de réduire les effets du contrat aux obligations qui en naissent, ce que dénonce P. Ancel, dans son article « Force obligatoire et contenu obligationnel »⁸⁵⁰. Selon lui, il convient de distinguer le contenu obligationnel du contrat, de ses effets non obligationnels, produits par lui en tant qu'acte normatif. « Il est vrai, sans doute, explique-t-il, qu'une obligation contractuelle est complètement configurée par le contrat qui l'a fait naître, qu'elle est complètement sous la dépendance de sa source. Mais on ne saurait en déduire à l'inverse que le contrat (la source) se ramène entièrement aux obligations qu'il fait naître »⁸⁵¹. En effet, « dire que les parties sont obligées par le contrat (il vaudrait mieux dire qu'elles sont engagées, tenues par le contrat) ne signifie pas nécessairement, et pas seulement, qu'elles sont tenues (débitrices) d'obligations », car explique l'auteur, « ce qu'on appelle force obligatoire du contrat ne se réduit pas à son contenu obligationnel »⁸⁵².

Cette analyse permet d'expliquer les effets de la transaction. Celle-ci emporte par elle-même, indépendamment de son contenu, un effet extinctif, et cela dès sa signature. Peu importe alors que les parties aient exécuté ou non leurs obligations réciproques. L'extinction du litige ne dépend pas de la volonté des parties, pas plus que de celle du juge.

Que les parties le veuillent ou non, leur litige est éteint par la conclusion d'une transaction. Il ressort très clairement de la jurisprudence, que l'inexécution des termes du contrat par les parties n'a aucune incidence sur sa validité et *a fortiori* sur son effet extinctif⁸⁵³. Le litige étant définitivement éteint, le fait qu'une des parties, voire les deux ne procèdent pas à l'exécution du contrat n'a pas pour effet de le faire renaître. Quant au juge, il ne peut que constater l'existence du contrat et l'extinction du litige.

L'effet extinctif de la transaction repose sur l'effet obligatoire des contrats, sans pour autant être assimilé à une obligation contractuelle. Comme l'observe P. Ancel, « il n'y a pas d'opposition entre cet effet extinctif et l'effet obligatoire de tout contrat. Cet effet extinctif est, comme tous les effets du contrat, obligatoire, en ce sens que ni les parties, ni le juge, ne

⁸⁴⁹ F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, préc., n° 25.

⁸⁵⁰ P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel », *RTD Civ.* 1999, p. 771.

⁸⁵¹ *Ibid.*, p. 773.

⁸⁵² *Ibid.*, p. 774.

⁸⁵³ CE, 28 janvier 1994, *Sté Raymond Camus et Cie*, *Rec. T.*, p. 1041-1123.

peuvent méconnaître cette extinction, et c'est précisément cela qui se traduit par l'irrecevabilité de l'action »⁸⁵⁴.

Ainsi, le seul mécanisme contractuel suffit par lui-même à assurer l'effet extinctif du litige et, par conséquent, l'irrecevabilité de tout recours juridictionnel. Pour autant, l'article 2052 du Code civil n'est pas dénué de toute pertinence : énoncer de manière éclatante l'effet extinctif de ce contrat⁸⁵⁵. « Peut-être les contractants auraient-ils pu lui donner la même force en se fondant seulement sur l'article 1134, mais l'avantage opéré en 1804 est de donner sans ambiguïté une grande efficacité à l'ensemble des transactions conclues », estime L. Poulet⁸⁵⁶, qui juge aussi que « s'il fallait supprimer du Code civil les articles qui ne sont pas strictement indispensables parce que le mécanisme contractuel permettrait de pallier leur absence, le code serait très allégé, notamment en matière de contrats spéciaux ou de régimes matrimoniaux »⁸⁵⁷.

C'est ainsi que doit être compris l'article 2052, qui a l'intérêt de rappeler les similitudes existant entre l'exception de la chose transigée et l'exception de la chose jugée. Il faut dire qu'il s'agit là du seul point de rencontre entre transaction et jugement : l'extinction du litige.

§II. LA REALISATION DE L'EFFET EXTINCTIF

La signature d'une transaction administrative éteint *ipso facto* le litige auquel elle a trait, qui ne peut donc plus donner lieu à un recours juridictionnel (A). Il est alors de toute première importance de bien identifier le champ d'application du contrat, c'est-à-dire les cocontractants et les faits visés par eux dans ledit contrat. Le principe est celui de la relativité de la transaction (B).

⁸⁵⁴ P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel », préc., p. 782.

⁸⁵⁵ R. Troplong écrivait à cet égard que « Rien n'est plus favorable qu'une transaction, car rien n'est plus utile au bien de la paix et au maintien de la concorde ; c'est pourquoi, le législateur accueille et protège d'une manière spéciale tous les pactes qui en assurent la stabilité », R. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du Code*, préc., n° 20.

⁸⁵⁶ L. POULET, *Transaction et protection des parties*, préc., n° 99.

⁸⁵⁷ *Ibid.*

A. L'incidence de la transaction administrative sur les recours juridictionnels

Le litige réglé par la transaction est réputé éteint au même titre que s'il l'avait été par un jugement. Toutefois, l'autorité de la chose jugée attachée au jugement et l'autorité de la chose jugée attachée à la transaction en vertu de l'article 2052 ne se réalisent pas dans les mêmes conditions. Alors que l'autorité de la chose jugée attachée au jugement ne devient définitive qu'à la suite de l'exercice des voies de recours, de la renonciation à celles-ci ou encore de l'extinction du délai conditionnant leur mise en œuvre, l'autorité de la chose jugée attachée à la transaction produit immédiatement ses effets à l'égard des parties et du juge. Mais, pour immédiates qu'elles soient, les conséquences procédurales de la conclusion d'une transaction diffèrent selon qu'un recours a été engagé préalablement ou non.

Ainsi, la demande portant sur le même objet que celui qui a donné lieu à la transaction doit être rejetée pour irrecevabilité, le défendeur pouvant soulever une fin de non-recevoir⁸⁵⁸. Les conséquences de la transaction sont ici relativement aisées à identifier.

Quand une transaction est conclue alors qu'une instance juridictionnelle était en cours, il n'y a pas lieu non plus de statuer sur la requête. Il revient, dans ce cas, au demandeur de se désister de sa requête, le désistement étant défini par B. PACTEAU, comme « la renonciation du requérant à poursuivre l'instance »⁸⁵⁹. En présence d'une transaction, le désistement vaut désistement d'instance et d'action, solution assurément logique, puisque les prétentions des parties ont été transformées en droits reconnus, éteignant par là-même le droit d'agir qui y était attaché⁸⁶⁰.

En l'occurrence, ce désistement obéit à certaines conditions. Il doit d'abord faire l'objet d'une demande écrite et explicite. Dans un arrêt de 2006, *M. A.*⁸⁶¹, le Conseil d'Etat a rappelé que la conclusion d'un protocole d'accord ne vaut pas par elle-même désistement d'instance et d'action, et qu'une manifestation de volonté en ce sens doit être impérativement formulée par le requérant⁸⁶².

⁸⁵⁸ V. à titre d'exemple, les arrêts CE 28 novembre 1990, *OPHLM de la Meuse*, *Rec. T.*, p. 871, et CAA Bordeaux, 23 décembre 2010, *Mmes X et M. X*, N° 10BX01629.

⁸⁵⁹ B. PACTEAU, *Contentieux administratif*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental Manuels, 3^e éd., 2013, n° 151.

⁸⁶⁰ V. sur ce point, *Supra*, p. 253 et s.

⁸⁶¹ CE, 26 juillet 2006, *M. A.*, N° 272493.

⁸⁶² Les conditions relatives aux requérants, et notamment celles de la qualité pour agir et de la capacité, s'appliquent également au désistement. V. sur ce point et sur le désistement plus généralement, J.-P. THIELLAY, « Instruction. Désistement », *J.-Cl. Justice administrative*, fasc. 69, n° 5.

Si le désistement peut être pur et simple, il est aussi admis qu'il puisse être assorti de réserves. En matière transactionnelle, le désistement est parfois subordonné à l'exécution financière de la transaction. Dans ce cas, les parties choisissent de conditionner l'extinction du litige à l'exécution du contenu du contrat. Cette possibilité, manifestation de la liberté contractuelle, a été admise par la jurisprudence⁸⁶³.

Quant à la présentation de la demande, elle est susceptible d'intervenir à tout moment jusqu'à la clôture de l'instruction. En l'absence de cet acte de clôture, le désistement peut même être produit lors de l'audience, jusqu'à la lecture des conclusions du Rapporteur public⁸⁶⁴. Il faut ajouter que le requérant qui ne se désisterait pas de son recours après la conclusion d'une transaction, peut être condamné au paiement d'une amende sur le fondement du recours abusif⁸⁶⁵.

Une fois la demande de désistement présentée en bonne et due forme, il demeure une question tenant à la réception de l'acte par le défendeur et le juge : le consentement du défendeur est-il nécessaire ? Le juge administratif doit-il donner acte purement et simplement du désistement ou, au contraire, procéder d'abord à un contrôle de ses motifs ?

S'agissant du défendeur, son consentement au désistement n'est pas nécessaire en matière de plein contentieux. Selon la formule consacrée, il est toujours possible, mais jamais obligatoire⁸⁶⁶. La jurisprudence ne conditionne pas les effets du désistement à son acceptation⁸⁶⁷. Sauf hypothèse de demande reconventionnelle, l'action du défendeur n'a pas d'incidence sur l'efficacité de la demande de désistement⁸⁶⁸. Cette question est d'ordre théorique, car la transaction étant un accord de volontés destiné au règlement d'un litige, il est peu probable que l'une des parties s'oppose à la cessation de l'instance.

Quant au juge, sa marge de manœuvre est des plus faibles, se résumant à donner acte du désistement par un jugement ayant autorité de la chose jugée. Dès lors que le demandeur a clairement manifesté la volonté de se désister de sa demande, le juge a l'obligation d'en donner acte purement et simplement, sans qu'il y ait lieu, pour lui, de vérifier la réalité et la

⁸⁶³ V. à titre d'exemple, CAA Versailles, 25 novembre 2008, *Sté Bouygues Bâtiment Ile-de-France*, N° 05VE01674.

⁸⁶⁴ CE, 21 janvier 1948, *Latreille de Lavarde*, *Rec. T.*, p. 662. S'agissant plus précisément d'un désistement consécutif à la conclusion d'une transaction, v. CAA Bordeaux, 6 novembre 2008, *Centre hospitalier St-Nicolas de Blaye*, préc.

⁸⁶⁵ CAA Nancy, 17 mars 2008, *Sté Tissage Lévêque*, N° 06NC01014.

⁸⁶⁶ C. Blumann avait usé de cette formule dans sa thèse, formule aujourd'hui largement reprise. V. C. BLUMANN, *La renonciation en droit administratif français*, préc., p. 165.

⁸⁶⁷ CE, 29 novembre 1937, *Sieur X.*, *Leb.*, p. 973, *S.* 1938. 3. 40 ; CE, 9 mars 1988, *SA Sotraduig et Caliqua*, *Leb.*, p. 113, *AJDA* 1988, p. 485, obs. X. Prétot, *RDPA* 1988, p. 1458.

⁸⁶⁸ V. sur ce point, G. PEISER, « Incidents de procédure », *Répertoire de contentieux administratif*, n° 104 et s. et 161 et s.

pertinence de l'accord trouvé par les parties. Tout refus du juge sera censuré par le Conseil d'Etat⁸⁶⁹.

Dans l'hypothèse d'une transaction conclue en cours d'instance, un non-lieu à statuer est également susceptible d'intervenir. Il est défini comme l'arrêt du procès du fait de la disparition de la requête, de la disparition de son objet, par exemple⁸⁷⁰.

Identifier lequel du désistement ou du non-lieu à statuer est le plus approprié est affaire de circonstances. Bien que ces deux actes présentent le même objet, constater la cessation du procès, chacun d'eux trouve à s'appliquer dans un contexte particulier.

S'il est, ici, plus rigoureux de la part du demandeur de présenter un désistement, la jurisprudence est cependant assez peu formelle en la matière. Qu'il en informe le juge, lui demandant de donner acte de son désistement ou de prononcer un non-lieu à statuer, dans tous les cas, le procès sera définitivement interrompu, compte tenu de l'extinction du litige par la conclusion d'une transaction.

Dans le cas où le demandeur ne se manifeste pas et que le juge constate l'existence d'un accord, ce dernier est tenu de prononcer un non-lieu à statuer, les conclusions dont il a été saisi étant devenues sans objet. C'est ce qu'il advient, par exemple, quand il est informé de l'accord par le défendeur à l'occasion d'une demande de non-lieu à statuer, le désistement ne pouvant émaner que du seul demandeur.

Il faut aussi mentionner la circonstance particulière, dans laquelle aucune des parties ne présente de conclusions, ni en désistement, ni à fin de non-lieu à statuer. Un cas d'espèce peut être relevé : la conclusion d'une transaction avait été constatée dans le rapport de l'expert désigné par ordonnance du juge des référés, il avait même été joint au dossier, le protocole d'accord prévoyant en contrepartie des travaux à effectuer par la société, le désistement par la commune de la procédure engagée et un partage égal des frais d'expertise. Or, ni désistement, ni aucune autre observation n'avaient été formulés par les parties. Le Conseil d'Etat a alors jugé que le non-lieu à statuer ne pouvait être prononcé : « en l'état du dossier à la date où le tribunal a statué, celui-ci ne pouvait, en l'absence de conclusions en ce sens, décider que le litige était devenu sans objet ni entériner le protocole d'accord en ce qu'il prévoyait la répartition par moitié des frais d'expertise », et ainsi que, la partie requérante « n'[était] pas fondée à soutenir que le tribunal administratif aurait entaché son jugement d'irrégularité en

⁸⁶⁹ Si la décision du juge de donner acte du désistement du demandeur n'est pas susceptible d'appel, le refus du tribunal d'en donner acte l'est. V. CE, 11 février 1966, *Berthier, Leb.*, p. 110.

⁸⁷⁰ V. sur ce point, B. PACTEAU, *Contentieux administratif*, préc., n° 155 et s.

rejetant sa demande, en ne prononçant pas un non-lieu à statuer et en laissant à sa charge la totalité des frais d'expertise » ; il rejette le recours⁸⁷¹. Dans ce cas, il appartient aux parties de tirer les conséquences de cette situation, soit par une action en justice destinée à faire valoir la transaction, soit en transigeant de nouveau pour en obtenir la résiliation et appliquer la décision de justice. En tout état de cause, l'antériorité doit bénéficier à la transaction administrative.

Enfin, si le demandeur et le juge ne s'accordent pas sur l'étendue de la transaction conclue, le juge constatera le désistement et prononcera un non-lieu à statuer sur le surplus. De tels désaccords peuvent apparaître en présence de transactions partielles : le demandeur adresse au Tribunal un désistement concernant l'indemnisation de certains préjudices réglés par la transaction, tout en maintenant sa demande à l'égard d'autres, que le juge estime pourtant avoir été également réglés par la transaction.

Enfin, quand le juge constate un rapprochement des conclusions des parties constitutif d'une transaction⁸⁷², il prononce un non-lieu à statuer⁸⁷³. Cet accord constaté par le juge en première instance ne pourra plus être contesté en appel par les parties⁸⁷⁴.

B. L'étendue de l'autorité de chose transigée dans la transaction administrative

L'autorité de chose transigée ne produit ses effets qu'à l'égard de ce qui a été décidé par les parties au contrat. Le principe est celui de la dépendance de l'effet extinctif du litige à la volonté des parties, les dispositions spéciales relatives à la transaction rejoignant ici celles, plus générales, du droit des contrats. Ainsi, seuls les éléments litigieux visés par la transaction sont éteints (a), et encore pour les parties à ce contrat uniquement (b).

⁸⁷¹ CAA Nantes, 22 novembre 1995, *Commune du Havre*, N° 93NT00529.

⁸⁷² V. *Supra*, partie I, titre II, chapitre I, section II, § II, p. 223.

⁸⁷³ CE, 9 février 1934, *Chemin de fer du nord contre Sieur de Brigode, Leb.*, p. 194.

⁸⁷⁴ CE, 24 mars 1944, *Sieur et Delle Canel, Leb.*, p. 102 ; CE, 9 novembre 1949, *Marquis contre Ville de Pantin, Leb.*, p. 470.

a. La relativité de l'objet du litige réglé

La relativité de la chose transigée quant à l'objet du litige est exprimée par les articles 2048 et 2049 du Code civil, qui disposent respectivement que « Les transactions se renferment dans leur objet : la renonciation qui y faite à tous droits, actions et prétentions ne s'entend que de ce qui est relatif au différend qui y a donné lieu », et « Les transactions ne règlent que les différends qui s'y trouvent compris, soit que les parties aient manifesté leur intention par des expressions spéciales ou générales, soit que l'on reconnaisse cette intention par une suite nécessaire de ce qui est exprimé ».

Le juge administratif s'est largement inspiré de la substance de l'article 2049, qu'il cite même parfois *in extenso*⁸⁷⁵. Sur ce point, la logique de la transaction privée et de la transaction administrative est la même.

L'exception de chose transigée ne peut donc être utilement invoquée que si la demande porte sur le même objet que celui de la transaction, c'est-à-dire, pour les mêmes prétentions fondées sur les mêmes faits que ce qui a été réglé transactionnellement. Cela suppose alors de se référer aux termes de la transaction, interprétés restrictivement dès lors qu'ils emportent renonciation au droit d'agir en justice.

A partir de là, une distinction doit être établie, selon que les préjudices dont il est demandé réparation, dans le cadre d'un recours juridictionnel ou d'un règlement amiable des litiges, ont la même cause que ceux réglés ou non par la transaction.

Quand les préjudices dont il est demandé réparation ont pour origine une autre cause que celle ayant déjà occasionné des préjudices réparés par voie transactionnelle, l'apparition d'un nouveau litige ne fait pas de doute. L'exception de chose transigée ne saurait être utilement invoquée.

L'arrêt *Commune de Montmarault* en est une bonne illustration : le Conseil d'Etat y déclare recevable une demande en réparation dirigée contre une commune à raison des désordres apparus dans un étang et imputés par le propriétaire au fonctionnement défectueux de la station d'épuration. La transaction conclue quelques années plus tôt entre le propriétaire et la commune pour le règlement d'un litige né à la suite du rejet dans le même étang des eaux usées de la collectivité, avant la construction de la station d'épuration, ne pouvait donc être

⁸⁷⁵ V. à titre d'exemple, CAA Marseille, 17 octobre 2011, *ONIAM*, N° 10MA00099.

valablement invoquée par la commune pour demander le rejet du recours en réparation du propriétaire de l'étang⁸⁷⁶. Les différents dommages, ceux dont il est demandé réparation et ceux dont la réparation avait déjà été réalisée, n'ayant pas la même cause, l'exception de chose transigée n'est pas pertinente.

Cette circonstance ne soulève guère de difficulté. Il n'en va pas de même en présence de préjudices ayant la même cause que ceux déjà réglés par une transaction.

Il faut à cet égard rappeler que l'autorité de chose transigée ne porte que sur les éléments litigieux réglés par la transaction. Ainsi, ceux qui n'ont pas été visés par la transaction ne sont pas réputés éteints, quand bien même ils auraient la même cause que ceux résolus par elle.

C'est ce que la Cour administrative d'appel de Lyon a eu l'occasion d'énoncer clairement : « s'il est constant que Mme A. a renvoyé à l'ONIAM un document intitulé protocole d'indemnité transactionnelle provisionnelle [...] relatif à l'indemnisation, à hauteur de 50 % des préjudices [...], à titre de provision à valoir sur le règlement du dossier, il résulte de l'instruction que l'intéressée n'a jamais entendu renoncer à solliciter la réparation intégrale desdits préjudices, en vue de laquelle elle avait saisi le Tribunal administratif de Lyon ; que dans les circonstances de l'espèce, et eu égard aux termes équivoques dans lesquels le document que l'ONIAM a soumis à la signature de Mme A. était rédigé, le litige en tant qu'il concerne le surplus des indemnités au titre de ces chefs de préjudice ne peut être regardé comme ayant été réglé par ledit protocole »⁸⁷⁷.

De la même façon, s'il est manifeste que les parties n'ont entendu transiger que sur les préjudices actuels, une action peut toujours être intentée ou une seconde transaction conclue pour la réparation de préjudices révélés ultérieurement, tels ceux résultant de l'apparition d'une nouvelle lésion ou infirmité.

Cette possibilité dépend toutefois des termes de la transaction, puisqu'une clause de réserve peut être introduite sur ce point dans le contrat.

⁸⁷⁶ CE, 24 juillet 1981, *Commune de Montmarault*, N° 22764.

⁸⁷⁷ CAA Lyon, 11 février 2010, *Mme A.*, N° 07LY01194. D'autres affaires similaires pourraient être citées, comme celle tranchée par l'arrêt de la CAA de Marseille, le 17 octobre 2011, *M. A.*, N° 10M1A00625 : la Cour annule un non-lieu à statuer prononcé en première instance sur les conclusions présentées par M. A. à l'encontre d'un établissement hospitalier, pour l'indemnisation des différents préjudices subis du fait de la perte de sa concubine. Il en ressort que la transaction réglait l'indemnisation du préjudice moral, mais non pas celle du préjudice économique et d'agrément. La demande relative à l'indemnisation de ces préjudices était donc bien recevable.

En l'absence de réserve, les désordres susceptibles d'apparaître après la conclusion d'une transaction et non réglés par elle, marquent la naissance d'un nouveau litige. C'est cette solution que le Conseil d'Etat a retenue dans un arrêt *Wogensky et Société Albaric* du 18 novembre 1988 : « Considérant que si, par une transaction [...], les consorts [...] ont entendu se désister de toute instance et action à l'encontre de l'Education nationale, cette transaction qui concerne seulement les désordres décrits dans les rapports de l'expertise [...], auxquels elle se réfère, ne faisait pas obstacle à ce que ses auteurs portent devant le juge les litiges résultant de l'apparition de nouveaux désordres »⁸⁷⁸. En l'espèce, des négligences lors de l'édification d'un centre hospitalier universitaire avaient entraîné la démolition d'un bâtiment mitoyen sur ordre du Tribunal administratif après un arrêté de péril pris par le Préfet de police. Il s'agissait alors d'indemniser les propriétaires de l'immeuble, les locataires et sous-locataires qui invoquaient de nouveaux désordres non réglés par la transaction et relatifs à la perte de bail et aux « démarches, pertes de temps et frais divers » occasionnés. Tous les préjudices, ceux réglés par la transaction comme ceux nouvellement en litige, avaient bien pour origine les mêmes faits. Pour autant, la transaction conclue ne concernait que les litiges actuels, connus lors de sa conclusion. L'identité de cause entre les préjudices n'implique pas nécessairement l'autorité de chose transigée.

Ainsi, l'extinction des éléments litigieux par la conclusion d'une transaction ne signifie pas que les faits à l'origine des préjudices aient disparu ou qu'ils ne peuvent plus être considérés comme générant des préjudices. Ils demeurent et sont susceptibles de faire naître de nouveaux préjudices, eux-mêmes à l'origine de nouveaux litiges, qu'une instance juridictionnelle ou une transaction pourront régler.

Il se peut, par ailleurs, que les préjudices indemnisés par la transaction s'aggravent. L'appréciation d'une telle circonstance est délicate tant les liens entre les préjudices nouveaux et l'aggravation de préjudices réglés par la transaction sont ténus. Il importe, en outre, de concilier respect de la volonté des parties et protection des parties.

Sur ce point, la jurisprudence judiciaire est davantage développée que la jurisprudence administrative. La démarche du juge judiciaire consiste à se référer d'abord à la transaction, au sein de laquelle les parties ont pu insérer une clause stipulant que l'aggravation de l'état de la victime pourra faire l'objet d'une indemnisation complémentaire. La manifestation de

⁸⁷⁸ CE, 18 novembre 1988, *Wogensky et Sté Albaric*, *Rec. T.*, p. 899-901.

volonté des parties lève toute difficulté à ce sujet. En revanche, faute de précision expresse, il conviendra d'identifier la portée que les parties ont entendu donner à leur transaction. Si elles ne se sont accordées que sur les litiges actuels, c'est-à-dire ceux révélés au jour de la signature du contrat, une action demeure ouverte pour les nouveaux préjudices résultant de l'aggravation des anciens. Mais, si la transaction concerne toutes les suites actuelles et futures du fait dommageable, obtenir une indemnité complémentaire sera plus difficile — hors cas de clause en ce sens prévue dans le contrat. En principe, une fin de non-recevoir sera opposée, le litige étant clos. Toutefois, pour corriger les résultats choquants d'une telle solution, la jurisprudence judiciaire a fait appel à la théorie des vices du consentement, et établi une distinction entre l'aggravation prévisible et connue des préjudices lors de la signature de la transaction et celle qui ne pouvait l'être. Il en résulte que l'erreur dans l'appréciation de la gravité du préjudice ne constitue pas une cause de rescision de la transaction. A l'inverse, l'apparition d'un désordre nouveau et imprévisible sera considérée comme une erreur sur l'objet de la contestation, susceptible d'entraîner l'annulation de la transaction, en vertu de l'article 2053 du Code civil⁸⁷⁹. Par erreur sur l'objet de la contestation, il faut entendre erreur sur un des éléments pris en considération par les parties comme base de leur accord. Parmi eux figurent, en premier lieu, la consistance et l'étendue du litige que la transaction avait pour but de résoudre.

La jurisprudence judiciaire s'en tient à cette analyse⁸⁸⁰. F. Boulan regarde comme un « critère de bon sens », ce critère de distinction « entre les suites normales et prévisibles et celles qui n'ont pu l'être, ou qui ne l'ont certainement pas été, compte tenu des circonstances dans lesquelles les transactions ont été conclues [...] »⁸⁸¹. Il s'agit pour le juge de protéger les victimes, en réduisant la portée des transactions à titre forfaitaire sur le fondement en particulier d'une erreur commise par la victime dans l'appréciation de son préjudice. Préoccupation d'autant plus impérieuse que la transaction tend à devenir un procédé de règlement courant des conséquences dommageables des accidents de la route, contentieux où les victimes, pressées bien souvent, ne prennent pas le temps de mesurer toute l'importance du document qu'elles signent.

⁸⁷⁹ L'article 2053 du Code civil dispose qu'« [...] une transaction peut être rescindée lorsqu'il y a erreur dans la personne ou sur l'objet de la contestation. Elle peut l'être dans tous les cas où il y a dol ou violence ».

⁸⁸⁰ Sur l'état de la jurisprudence judiciaire s'agissant de l'aggravation des préjudices après la conclusion d'une transaction, v. M. MENJUCQ, « Régime de la réparation. – Transaction », fasc. 240, *J.-Cl. Responsabilité civile et Assurances*.

⁸⁸¹ F. BOULAN, *La transaction en droit privé positif*, préc., p. 305.

Si, de son côté, le juge administratif a été assez peu saisi de demandes de réparation pour des préjudices résultant de l'aggravation de ceux visés par une transaction, les rares arrêts sur la question révèlent toutefois une convergence entre les jurisprudences administrative et judiciaire.

Le juge administratif s'en tient lui aussi à la volonté des parties telle qu'exprimée dans le contrat. Dès lors qu'elles ont entendu s'accorder sur les conséquences actuelles et futures du dommage, sans clause d'indemnité complémentaire, il n'est pas permis à la victime d'être indemnisée au titre de l'aggravation de son préjudice. C'est ce qu'il ressort de l'arrêt *Mme Veuve Bonneau*, dans lequel le Conseil d'Etat juge « qu'à la suite de l'accident dont elle a été victime [...] et dont la responsabilité incontestée incombe à la Communauté urbaine de Lille, Mme Bonneau a accepté de signer une transaction [...] aux termes de laquelle elle a renoncé, pour l'avenir, au droit d'agir en justice, moyennant le versement à titre d'indemnité définitive d'une somme de [...] ; que ce versement a été accepté par la requérante à titre forfaitaire et sans réserve, celle-ci s'engageant à ce qu'aucune complication ou aggravation de quelque nature qu'elle soit, qu'elle reconnaissait avoir envisagée, puisse être considérée comme restée en dehors de la transaction »⁸⁸². La transaction fut à l'évidence rédigée en termes généraux, la formule « aucune complication ou aggravation de quelque nature qu'elle soit, qu'elle reconnaissait avoir envisagée » n'étant guère explicite. Bien qu'équivoque, cette rédaction est intéressante, dès lors qu'elle laisse supposer que certaines aggravations ou complications non envisagées par la victime auraient pu faire l'objet d'une indemnisation complémentaire. La difficulté est alors d'identifier précisément ce qui n'avait pas été envisagé par elle. On voit d'ailleurs tout le danger qu'il y a pour les parties à signer une transaction rédigée de manière trop peu précise.

Si le juge administratif s'en tient à la volonté des parties, il peut, à l'instar du juge judiciaire, être amené à annuler une transaction lorsque l'aggravation des préjudices traduit en réalité une erreur sur la consistance et l'étendue du litige. Il restera au juge à déterminer quelle hypothèse caractérise une erreur sur la consistance et l'étendue du litige. Pour ce faire, il devra procéder à une analyse de la situation de fait, en tenant compte, par exemple, de l'expérience de la victime⁸⁸³. Les arrêts sont toutefois tellement rares sur ce point, qu'il est délicat d'en tirer des enseignements généraux⁸⁸⁴.

⁸⁸² CE, 20 janvier 1981, *Mme Veuve Bonneau*, N° 29385.

⁸⁸³ CAA Lyon, 12 juin 2008, *SA Axima Centre*, N° 04LY00090.

⁸⁸⁴ Sur le contentieux de la conclusion des transactions, et plus précisément sur l'application de la théorie des vices du consentement, v. partie II, titre II, chapitre I, section II, § I, p. 513 et s.

Il ressort de ces développements que l'autorité de chose jugée qui s'attache à la transaction impose aux parties de s'accorder clairement et précisément sur l'objet du contrat, c'est-à-dire sur l'étendue qu'elles souhaitent lui conférer. Il importe aussi de bien identifier les parties au contrat.

b. La relativité des parties au contrat

La transaction administrative ne peut être opposée qu'à ceux qui l'ont conclue, et non aux tiers. Cette solution résulte autant de l'article 2052 du Code civil, qui prend soin d'énoncer que « les transactions ont, entre les parties l'autorité de la chose jugée en dernier ressort », que de l'effet relatif des contrats, consacré ainsi par l'article 1165 du même Code, « les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes [...] ».

Le principe de l'effet relatif des contrats est bien établi en droit français. Il remonte au droit romain, la formule de l'article 1165 du Code civil étant d'ailleurs directement inspirée de l'adage latin, *res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest*.

Les fondements prêtés à ce principe ont évolué dans le temps. La doctrine y a longtemps vu un corollaire de la théorie de l'autonomie de la volonté. Analyse que présentent ainsi MM. Terré, Simler et Lequette : « Dès lors que l'obligation a sa source dans la volonté, ne peuvent être tenus que ceux qui l'ont voulue »⁸⁸⁵. En outre, poursuivent-ils, « admettre qu'une personne puisse en lier une autre sans que celle-ci l'ait voulu, ce serait non seulement porter atteinte au principe de l'indépendance juridique des individus ; mais encore risquer de mettre en place des rapports injustes »⁸⁸⁶.

Si, aujourd'hui, la théorie de l'autonomie de la volonté connaît un certain recul, le principe de l'effet relatif demeure un principe fondamental du droit des contrats⁸⁸⁷. Le contrat étant le fruit d'un accord de volontés, il ne saurait engager que ceux qui l'ont voulu. Les auteurs du contrat seront ensuite sujets des rapports d'obligations que ce contrat crée.

Le Conseil d'Etat a rappelé clairement cette solution à propos de la transaction administrative, dans l'arrêt *OPHLM de la Ville de Firminy* du 13 janvier 1984 : « [...] »

⁸⁸⁵ F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, préc., n° 485.

⁸⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁸⁷ Sur le principe de l'effet relatif des contrats, v. plus précisément, J.-L. GOUTAL, *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1981, t. 171.

l'architecte et le bureau d'études ne peuvent [...] se prévaloir de la transaction intervenue entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur en vue d'exonérer celui-ci des conséquences dommageables des malfaçons qui leur sont imputables, pour demander à être eux-mêmes déchargés des responsabilités qu'ils encourent dans la réparation de ces malfaçons ; qu'il s'ensuit que Y... et A... et la Société ... ne sont pas fondés à exciper des stipulations de la convention [...] à laquelle ils n'étaient pas parties, pour demander à être exonérés des responsabilités qui leur incombent à l'égard du maître de l'ouvrage »⁸⁸⁸.

De même, l'exception de chose transigée ne peut être opposée à la partie demanderesse qu'à la condition qu'elle ait elle-même figuré dans la transaction en personne ou par représentation, et qu'elle agisse en la même qualité que celle dont elle se prévaut dans le procès. Il s'agit là d'un élément déterminant. Mieux vaut alors parler d'identité de « personnalités juridiques » que d'identité des personnes physiques, ainsi qu'il l'est communément admis.

En effet, les parents d'un enfant victime d'une faute médicale peuvent, par exemple, se trouver parties à une instance en vue de la réparation du préjudice qui leur a été causé en tant que parents, tout en agissant aussi pour le compte de leur enfant mineur. S'ils concluent une transaction en ce qui concerne le préjudice qui leur a été causé personnellement, l'exception de chose transigée ne sera pas pour autant invocable et opposable dans l'instance qu'ils mènent pour le compte de leur enfant.

Il arrive que les parties ne soient pas précisément désignées dans le contrat, auquel cas il appartient au juge de les identifier par déduction à partir des éléments figurant dans ledit contrat. Ainsi, dans l'arrêt *SA Cie Polynésienne des transports maritimes* du 30 décembre 1993, le Conseil d'Etat a pu identifier les parties à une transaction à partir de l'un des engagements prévus par le contrat⁸⁸⁹. Celui-ci consistant dans le désistement des actions en cours, il a été jugé que seules les parties ayant saisi le juge d'une instance pendante étaient concernées par ce contrat.

Transaction et jugement présentent donc tous deux un effet extinctif à l'égard du litige visé. Le jugement, acte de puissance publique, dispose de l'autorité de chose jugée, et la transaction, acte contractuel, est dotée de l'effet obligatoire dès sa signature comme tout

⁸⁸⁸ CE, 13 janvier 1984, *OPHLM de la Ville de Firminy*, *Leb. T.*, p. 672.

⁸⁸⁹ CE, 30 décembre 1993, N° 176221, *SA Cie Polynésienne des transports maritimes*.

contrat. L'effet est identique, mais le fondement différent. De même, la transaction se distingue encore du jugement par les engagements librement consentis par les parties qu'elle contient.

SECTION II. LA MISE A LA CHARGE DES PARTIES DE DROITS ET OBLIGATIONS

La conclusion d'une transaction administrative entraîne l'extinction du litige et l'obligation pour les parties de procéder à l'exécution des termes du contrat, c'est-à-dire des droits et obligations qui en résultent, ce que P. Ancel appelle « le contenu obligationnel du contrat »⁸⁹⁰.

En effet, la transaction administrative fait naître des droits et obligations pour les parties. Plus exactement, et c'est là une des manifestations de son originalité, ce contrat fait des droits litigieux des droits reconnus et établis. La situation juridique des parties est transformée : la situation est désormais clarifiée, et les droits reconnus (§I). En outre, elles sont tenues d'exécuter leurs obligations. Ne manque pas alors de se poser la question du fondement de la force de ce contrat. D'autant que d'obligatoire, la transaction peut devenir, en certaines circonstances, exécutoire (§II).

§I. LA RECONNAISSANCE DE DROITS ET OBLIGATIONS ENTRE LES PARTIES

La transaction administrative fait naître une situation juridique nouvelle, en ce que les droits et prétentions antérieurement allégués sont désormais reconnus. Il ne s'agit pas pour les parties de créer des droits et obligations, mais de déclarer ceux qui résultaient des dommages causés (A). Il faut ajouter que cette reconnaissance de droits et obligations entre les parties n'est pas sans incidence à l'égard des tiers. En effet, bien que dotée de l'effet relatif propre à tout contrat, la transaction administrative s'impose aussi aux tiers (B).

⁸⁹⁰ P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel », préc.

A. La nature déclarative de la transaction administrative

Il convient de déterminer comment s'opère la transformation de droits allégués en droits reconnus : s'agit-il pour les parties d'assainir une situation litigieuse en se reconnaissant mutuellement les droits préexistants qu'elles détenaient déjà et qu'elles faisaient valoir lors des discussions prétransactionnelles, auquel cas la transaction présente une nature déclarative, ou de transférer réciproquement les droits du patrimoine juridique d'une partie à l'autre, sans considération de ces droits préexistants, auquel cas la transaction est dite translatrice de droits ?

C'est, en effet, la question de la nature juridique de la transaction qui se pose : déclarative de droits ou translatrice de droits. En l'occurrence, le droit privé (a) et le droit administratif (b) s'accordent à considérer qu'en principe, ce contrat ne fait que déclarer des droits préexistants.

a. L'analyse de la nature de la transaction de droit privé

En droit privé, de nombreuses et anciennes controverses ont été consacrées à la question de la nature de la transaction. Les juristes romains, puis ceux de l'Ancien droit se prononçaient en faveur d'une nature déclarative. Les théories doctrinales ont ensuite évolué : pour certains, la transaction ne pouvait être que déclarative de droits préexistants, quand pour d'autres, elle apparaissait comme un acte translatif ou, pour d'autres encore, comme un acte mixte, à la fois déclaratif et translatif selon les circonstances et les termes du contrat⁸⁹¹. Dans bien des cas, la transaction a servi de support à l'étude des concepts d'acte déclaratif et d'acte translatif⁸⁹².

Aujourd'hui, la doctrine privatiste semble s'accorder pour reconnaître à la transaction une nature déclarative, à l'instar du jugement. Elle s'appuie, à cet égard, sur l'article 2052 du Code civil.

F. Julienne indique que « la transaction présente des effets similaires à un jugement pour lequel le caractère déclaratif s'explique par l'impartialité des juges qui s'attachent sans

⁸⁹¹ V. sur ces différents éléments, F. BOULAN, *La transaction en droit privé positif*, préc., p. 374 et s.

⁸⁹² V. à titre d'exemple, L. BOYER, *La notion de transaction, contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, préc.

les modifier à constater les droits de chaque partie. Dans cette logique, les droits établis par la transaction ne sont pas considérés comme faisant l'objet d'une transmission entre les parties. Ils sont traités comme étant préexistants et faisant juste l'objet d'une reconnaissance par le biais de la transaction »⁸⁹³. C'est ainsi qu'est définie la transaction et entendu l'acte déclaratif. A titre exceptionnel, il est admis que la transaction soit translatrice de droits, « lorsqu'une partie en contrepartie d'une renonciation partielle ou totale d'une autre à un droit litigieux consent une prestation relative à un bien ou à un droit non litigieux, comme l'abandon d'une propriété non contestée »⁸⁹⁴. Cet exemple de l'abandon du droit de propriété et son transfert du patrimoine de l'une à l'autre des parties est le plus remarquable et le plus fréquemment cité au titre de la nature parfois translatrice de la transaction⁸⁹⁵.

La transaction de droit privé présenterait donc une nature déclarative. Les droits et obligations en résultant, trouveraient leur cause, non dans l'accord transactionnel, mais dans les faits antérieurs, à la différence d'un acte translatif, dans lequel, « c'est par la volonté du cédant, vendeur ou donateur, que le concessionnaire se trouve investi d'un droit »⁸⁹⁶.

Pour la majorité de la doctrine, le contrat de transaction est déclaratif, dans la mesure où il ne fait que reconnaître des droits préexistants qui trouvent leur cause dans les faits et actes antérieurs. Cette modification de la situation des parties apparaît comme le résultat des concessions réciproques établies à partir des actes et faits antérieurs. Ainsi que le résume clairement F. Boulan, « cette transformation des droits antérieurs consciemment acceptés par les parties dans la mesure où elles consentent des concessions réciproques pour y parvenir, ne créent pas pour autant un droit nouveau au profit de l'une d'elles, c'est-à-dire qu'elle n'est pas constitutive, car les droits ainsi déterminés resteront quand même rattachés par une sorte de cordon ombilical aux actes ou aux faits antérieurs qui lui servent de fondement »⁸⁹⁷.

La transaction modifie donc la situation juridique des parties, en faisant des droits anciennement litigieux des droits reconnus. En outre, c'est de manière incertaine que le droit préexistant est révélé et reconnu, la situation prétransactionnelle en droit privé ayant un caractère douteux. La transaction « confère [donc] aux droits antérieurs et dans une mesure inconnue, une efficacité future »⁸⁹⁸.

⁸⁹³ F. JULIENNE, « Transaction. Notion », fasc. préc., n° 49.

⁸⁹⁴ M. MENJUCQ, « Régime de la réparation. Transaction », fasc. préc., n° 130.

⁸⁹⁵ V. aussi sur ce point, C. RADE, « Les effets de la transaction », in *La transaction dans toutes ses dimensions*, préc., p. 92.

⁸⁹⁶ F. BOULAN, *La transaction en droit privé positif*, préc., p. 438.

⁸⁹⁷ *Ibid.*, p. 440.

⁸⁹⁸ *Ibid.*

Indépendamment de son importance théorique, la question de la nature de la transaction présente aussi un intérêt pratique. En matière de responsabilité civile, par exemple, l'effet déclaratif « permet de situer à la date du fait dommageable la naissance de la créance d'indemnité dont est titulaire la victime ; considération pouvant être essentielle en particulier dans le contexte d'une "faillite" de la victime ou du responsable dans la mesure où elle peut déterminer les droits des créanciers sur cette créance d'indemnité et le sort de celle-ci au regard du droit des procédures collectives »⁸⁹⁹.

« Contenu obligationnel » et situation prétransactionnelle sont à l'évidence intimement liés. Il en va de même en droit administratif.

b. L'analyse de la nature de la transaction administrative

La transaction administrative et la transaction privée répondent à la même définition : régler une situation litigieuse et comporter des concessions réciproques. Cela relève de l'essence même du contrat transactionnel, quelle que soit la branche du droit considérée.

On sait que des règles particulières commandent, cependant, tout le droit de la transaction administrative, celles que consacrent les arrêts *Mergui* et *SA Entreprise Renaudin*, interdisant respectivement aux personnes publiques et privées de payer des sommes qu'elles ne doivent pas. Si les éléments constitutifs de la transaction administrative sont inspirés de ceux de la transaction privée, le traitement juridique qui en est fait en droit administratif est, on s'en souvient, propre à cette matière.

Ainsi, une transaction n'est susceptible d'être conclue que pour autant que la situation litigieuse ne présente pas de difficulté sérieuse, au regard tant de la règle de droit à appliquer, que du principe de la responsabilité des parties au litige. De la même façon, l'étendue de ce qui peut être concédé par les parties est assez largement encadrée : celles-ci ne pouvant supporter des sommes qu'elles ne doivent pas, l'étendue des concessions réciproques dépend largement des faits litigieux. Ce sont dans les faits antérieurs que les concessions vont trouver leur cause, leur fondement et leurs limites.

Les liens entre faits litigieux et contenu obligationnel du contrat sont donc renforcés par la règle posée par les arrêts *Mergui* et *SA Entreprise Renaudin*.

⁸⁹⁹ M. MENJUCQ, « Régime de la réparation. Transaction », fasc. préc., n° 130.

Les droits allégués par les parties ne pourront faire l'objet d'une consécration que dans la mesure où ils sont fondés. La transaction administrative ne fait donc que reconnaître des droits préexistants, objectivement détenus par les parties et allégués par elles lors des discussions prétransactionnelles.

Dans cette mesure, la transaction administrative apparaît comme un acte déclaratif. C'est du moins ce qu'il advient pour les transactions dont les concessions réciproques portent exclusivement sur ce qui était en litige.

Le cas des transactions complexes est plus délicat à analyser. Ce terme désigne les transactions qui contiennent des concessions réciproques sans rapport avec les droits et prétentions initialement allégués par les parties et portant donc sur des éléments extérieurs à l'objet du litige.

La validité de ce type de concessions réciproques a été admise par l'arrêt *Société Krupp Hazemag* du 11 juillet 2008⁹⁰⁰. Si le champ de ce qui peut être concédé aux termes des transactions administratives s'en trouve singulièrement élargi, il connaît cependant des limites, notamment quand les parties transigent alors qu'une décision au fond a déjà été rendue, comme c'était le cas en l'occurrence. L'étendue des concessions réciproques fait l'objet, là encore, d'un certain encadrement.

Trois critères permettent d'apprécier la licéité des concessions réciproques : la réciprocité des concessions, leur caractère non manifestement disproportionné et la recherche de la satisfaction de l'intérêt général. Les commentateurs précisent d'ailleurs qu'il convient de se référer à « l'équilibre général de la transaction [et aux] obligations respectives susceptibles de peser sur chaque partie en l'absence d'accord »⁹⁰¹.

Dans le cas d'espèce, la communauté d'agglomération Sarreguemines Confluences acceptait de renoncer notamment à la moitié de la créance qu'elle détenait sur la société Krupp Hazemag eu égard à l'arrêt de la Cour administrative d'appel, en échange de l'engagement de la société de maintenir une moyenne de 80 salariés au moins sur le site de Sarreguemines pour cinq ans, ou à défaut, de verser à la communauté d'agglomération une somme de 100 000 euros par année où cette moyenne ne serait pas atteinte. Le Conseil d'Etat admet la validité de cet engagement pourtant extérieur aux éléments du litige initial, dans la mesure où il répond à un but d'intérêt général. En outre, la validité de cette concession était d'autant plus aisée à admettre ici que les parties avaient pris soin d'insérer dans le contrat une

⁹⁰⁰ CE, 11 juillet 2008, *Société Krupp Hazemag*, préc.

⁹⁰¹ E. GEFFRAY, S.-J. LIEBER, « Le juge de cassation face à la transaction », préc., p. 1591.

clause obligeant la société à verser à la collectivité une somme correspondant au montant de l'abandon de sa créance, en cas d'inexécution de son engagement.

Dans une telle hypothèse, il est difficile de considérer que la transaction ne fait que reconnaître des droits préexistants. Certes, sa validité est examinée au regard des critères cumulatifs que sont la réciprocité, la non-disproportion manifeste et l'intérêt général, mais les éléments extérieurs au litige constituant les concessions réciproques ne sauraient pour autant être perçus comme des droits préexistants. Les parties ont ici créé purement et simplement des droits nouveaux sans lien avec le litige initial. Mais, pour le rappeler, ce type de transaction complexe doit respecter les règles posées par les arrêts *Mergui* et *SA Entreprise Renaudin* et justifier les éléments nouveaux, extérieurs au litige, par la satisfaction de l'intérêt général.

La transaction complexe va donc au-delà de la reconnaissance des droits préexistants nés des faits antérieurs à la transaction. Elle crée de nouveaux droits au profit des parties, revêtant ainsi une dimension translative. Ce type de transaction est toutefois assez rare et comprend, en outre, des incertitudes au regard de sa conformité au droit des aides d'Etat⁹⁰².

Ce n'est donc qu'à titre exceptionnel que la transaction administrative présente une nature translative de droits. Le plus souvent, il s'agit d'un acte déclaratif. C'est par ce mécanisme que sont mis à la charge des parties, des droits et des obligations dont elles sont réputées avoir toujours été titulaires. La situation juridique des parties à une transaction administrative est modifiée, selon la consistance des concessions réciproques, par la reconnaissance ou la création de droits. De même, cette nouvelle situation juridique est susceptible de concerner également les tiers.

B. La sphère d'application de la transaction administrative

La transaction administrative répond au principe de l'effet relatif des contrats, qui implique que seules les parties au contrat sont concernées par le rapport d'obligations en résultant (a). Toutefois, les tiers ne sauraient ignorer le contrat, au risque de le priver de son efficacité. Dès lors, il convient de rechercher quels peuvent en être, pour eux, les effets (b).

⁹⁰² V. sur ce point, *Infra*, partie II, titre I, chapitre II, section II, § II, p. 441 et s.

a. L'effet relatif des droits et obligations résultant de la transaction administrative

Le principe de l'effet relatif des contrats est commun à tous les contrats, privés et administratifs. Le contrat n'a, en principe, d'effets qu'à l'égard des individus qui l'ont conclu ; des volontés particulières ne sont pas en mesure d'engager d'autres volontés particulières. Comme on le sait, ce principe est consacré par l'article 1165 du Code civil, aux termes duquel « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121 », l'article 1121 portant sur la stipulation pour autrui.

Alors même que les contrats administratifs ont bien souvent un rayonnement plus large que celui des contrats privés, le principe de l'effet relatif des contrats leur est aussi applicable. Le Conseil d'Etat a ainsi jugé qu'un contrat administratif ne pouvait créer d'obligations à la charge d'un tiers sans son consentement⁹⁰³, ni être invoqué par lui⁹⁰⁴. Il n'est pas davantage permis, pour l'exécution d'un contrat conclu avec une partie, de se référer au contrat conclu avec une autre⁹⁰⁵.

Ce principe de l'effet relatif des contrats s'applique également au contrat transactionnel, fruit de la rencontre de volontés individuelles. Il fait l'objet d'une disposition spéciale, l'article 2051 du Code civil qui énonce que « la transaction faite par l'un des intéressés ne lie point les autres intéressés et ne peut être opposée par eux ». Du reste, Troplong observe que « c'est le propre de toutes les conventions quelconques de ne pouvoir ni nuire ni profiter aux tiers. A cet égard, la transaction n'est ni plus ni moins privilégiée que les autres contrats »⁹⁰⁶.

Sans viser le Code civil, le Conseil d'Etat applique à la transaction administrative ce principe bien établi du droit des contrats. C'est ce qu'il ressort d'une jurisprudence constante, et notamment des arrêts *OPHLM de la Ville de Firminy*⁹⁰⁷ et *OPHLM de la Meuse*⁹⁰⁸.

⁹⁰³ CE, 7 octobre 1987, *Sociétés des Casinos du Touquet, Leb.*, p. 306.

⁹⁰⁴ CE, 23 juin 1976, *Latty, Leb.*, p. 329. En l'espèce, le requérant, tiers à un contrat administratif, se prévalait des obligations que ce contrat imposait aux parties pour dénoncer la carence de celles-ci. Le Conseil d'Etat a rejeté la requête.

⁹⁰⁵ CE, 4 avril 1990, *Société Pomona, Rec. T.*, p. 767.

⁹⁰⁶ R. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant les articles du Code*, préc., n° 120.

⁹⁰⁷ CE, 13 janvier 1984, *OPHLM de la Ville de Firminy*, préc.

⁹⁰⁸ CE, 28 novembre 1990, *OPHLM de la Meuse, Rec. T.*, p. 866 et 871, *RDP* 1992, p. 1563-1564, *D.* 1991, somm. p. 188, obs. P. Terneyre.

Plus précisément, deux catégories de personnes se trouvent obligées par les transactions administratives : celles qui ont participé à la formation du contrat et celles qui acquièrent ultérieurement la qualité de parties.

La première catégorie mérite d'être précisée. Il faut, d'une part, rappeler que toutes les personnes ayant participé à la formation du contrat n'en sont pas nécessairement parties. L'approbation qui conditionne parfois la conclusion des transactions administratives n'a pas pour effet de lier aux contrats les autorités dont elles émanent. Ainsi, le Premier ministre doit approuver la conclusion des transactions envisagées par certains établissements publics nationaux, sans que cela donne lieu à la mise à sa charge d'obligations contractuelles. Approuver la conclusion d'un contrat n'est pas s'engager.

Il importe, d'autre part, de bien identifier les parties au contrat, opération parfois complexe. Des personnes en réalité tierces au contrat peuvent s'estimer liées par lui, comme ce peut être le cas en présence de contrats ne mentionnant pas le nom exact des parties. Dans l'arrêt déjà évoqué *SA Entreprise polynésienne des transports maritimes*, le Conseil d'Etat avait dû analyser précisément les clauses contractuelles pour pouvoir inférer si l'entreprise requérante était partie à la transaction ou non⁹⁰⁹. Le protocole d'accord indiquant « porte[r] transaction sur certains contentieux », « la cour a pu déduire de ces stipulations, sans les dénaturer, que ce protocole ne concernait que les armateurs qui avaient engagé des actions devant le tribunal administratif ou introduit des appels devant la cour administrative d'appel, de sorte que la SA Compagnie polynésienne des transports maritimes ne pouvait fonder sa demande d'indemnité sur la méconnaissance [...] d'une transaction à laquelle elle n'était pas partie dès lors qu'il ressortait de l'instruction qu'elle n'avait engagé aucune instance contentieuse ».

La seconde catégorie concerne les personnes qui acquièrent la qualité de parties après la conclusion du contrat par le jeu de la transmission des obligations⁹¹⁰. Si les exemples pratiques font défaut, cette hypothèse nécessite d'être envisagée.

Il est possible d'imaginer qu'une personne, partie à une transaction, décède avant que le contrat ait été exécuté. Dans ce cas, les ayants cause universels du défunt vont être assimilés au cocontractant initial. Ils sont alors tenus d'exécuter la transaction et peuvent en exiger l'exécution comme s'ils l'avaient conclue eux-mêmes. En outre, si le décès est

⁹⁰⁹ CE, 30 décembre 1998, *SA Compagnie polynésienne des transports maritimes*, préc.

⁹¹⁰ Sur cette question en général, v. R. NOGUELLOU, *La transmission des obligations en droit administratif*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 241, 2004.

consécutif au dommage que la transaction avait vocation à indemniser, les héritiers sont en droit de solliciter une indemnité en raison du préjudice qu'ils ont personnellement éprouvé.

L'effet de la transaction s'étend aussi aux ayants cause à titre particulier⁹¹¹. La transaction portant sur un bien produit également des effets à l'égard de l'acquéreur du bien, tout tiers qu'il était originellement à la transaction. De la même façon, si une société succède aux droits d'une autre par l'effet d'une déclaration de dissolution sans liquidation, elle sera regardée comme la continuation de la première, et donc comme partie obligée par un contrat de transaction déjà signé.

Mais, si la transaction administrative ne profite et n'oblige que ces catégories de personnes, elle est susceptible d'avoir par ailleurs des répercussions sur la situation de tiers au contrat.

b. Les effets des droits et obligations résultant de la transaction administrative sur les tiers

Le principe de l'effet relatif des contrats ne fait pas obstacle à ce que la transaction administrative présente aussi des effets à l'égard des tiers. Non seulement, elle est opposable aux tiers (1), mais en outre, elle est susceptible de fonder une action récursoire (2).

1. L'opposabilité aux tiers

Les tiers sont obligés de respecter la nouvelle situation juridique résultant de la transaction administrative. Si le contrat ne fait naître des obligations que pour les parties, sans rendre les tiers ni créanciers ni débiteurs, il est néanmoins opposable aux tiers par les parties et aux parties par les tiers.

En effet, le mécanisme de l'opposabilité joue dans les deux sens à l'égard des tiers : ceux-ci sont tenus de prendre acte de la nouvelle situation juridique et de la reconnaissance des droits qu'elle emporte, tout en pouvant, le cas échéant, s'en prévaloir. Et, conformément au principe de l'effet relatif des contrats, ils ne pourront ni faire obstacle à l'exécution du contrat, ni en exiger l'exécution.

⁹¹¹ CE, 20 juillet 1910, *Compagnie des chemins de fer de Paris-Lyon-Méditerranée*, *Leb.*, p. 594.

Ce mécanisme de l'opposabilité est aujourd'hui bien identifié par la doctrine. Il ne s'agit pas à proprement parler d'une exception au principe de l'effet relatif des contrats, mais plutôt d'une nouvelle lecture du principe destinée à garantir une plus grande efficacité de l'effet obligatoire des contrats. Pour que le contrat réalise pleinement ses effets, il importe que tous respectent la situation juridique créée. MM. Ghestin, Jamin et Billiau définissent l'opposabilité comme étant « un phénomène général qui tend à faire reconnaître l'existence du contrat par les tiers, car si ces derniers étaient autorisés à le méconnaître, il ne pourrait pratiquement pas atteindre à l'efficacité, même entre les parties »⁹¹². Ils expliquent même, que « l'opposabilité est un complément nécessaire de la force obligatoire du contrat. Elle n'exprime alors qu'un aspect de celle-ci »⁹¹³.

Le contrat n'est donc, désormais, plus considéré comme étant uniquement l'affaire des parties, son rayonnement devant aussi impliquer des tiers. Grâce au mécanisme de l'opposabilité, la combinaison des principes de l'effet obligatoire et de l'effet relatif des contrats est réalisée⁹¹⁴.

Une fois définie l'opposabilité des contrats aux tiers, il convient d'examiner comment elle s'opère dans le cadre de la transaction administrative. En l'occurrence, tous les tiers ne se trouvent pas dans la même situation, tous n'entretenant pas le même degré d'extériorité par rapport aux parties contractantes.

Différentes catégories de tiers se dégagent ainsi : certains constituent des tiers au contrat et aux parties, autrement dit des tiers absolus, tandis que d'autres se trouvent dans une situation particulière du fait de liens avec l'une des parties au contrat.

⁹¹² J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, Paris, LGDJ, 3^e éd., 2001, n° 724.

⁹¹³ *Ibid.*

⁹¹⁴ Il faut tout de même préciser, que si la combinaison de l'effet relatif des contrats et de l'opposabilité des contrats aux tiers a été admise sans difficulté par la doctrine et la jurisprudence, le fondement du mécanisme de l'opposabilité a fait longtemps l'objet de discordes. Il a, par exemple, été fréquemment expliqué que le contrat était opposable aux tiers, en tant que fait social, la confusion entre fait et acte juridiques ayant alors été critiquée – le contrat permettant de poser des règles nouvelles à la différence du fait juridique. L'analyse de MM. Ghestin, Jamin et Billiau semble aujourd'hui s'être imposée, v. MM. GHESTIN, JAMIN, BILLIAU, *Les effets du contrat*, préc., n° 725 et s. P. Ancel va « encore plus loin [que ces auteurs] et [estime] que le contrat a force obligatoire aussi bien à l'égard des tiers que pour les parties elles-mêmes, et que c'est cette force obligatoire à l'égard des tiers qu'on appelle habituellement opposabilité. En d'autres termes, poursuit-il, si l'obligationnel, dans le contrat, ne concerne en principe que les parties, l'obligatorité, elle, est nécessairement générale », v. P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », préc., n° 53. Sur la question du fondement de l'opposabilité du contrat aux tiers, v. aussi, J.-L. GOUTAL, *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, préc., n° 33, I. MARCHESSAUX, « L'opposabilité du contrat aux tiers » in *Les effets du contrat à l'égard des tiers : comparaisons franco-belges*, M. Fontaine et J. Ghestin (dir.), Paris, LGDJ, 1992, M. UBAUD-BERGERON, « Le juge, les parties et les tiers : brèves observations sur l'effet relatif du contrat », in *Mélanges en l'honneur de M. Guibal*, préc., p. 575.

Le premier type de tiers, celui des tiers absolus ou *stricto sensu*, n'entretient pas de liens particuliers avec les parties ; leur situation n'est pas subordonnée à la leur, comme ce peut être le cas vis-à-vis d'une compagnie d'assurance ou de créanciers. Pourtant, la transaction n'est pas sans effet sur leur situation juridique : le contrat pourra être opposé aux tiers, et à l'inverse, être invoqué par eux pour le rendre opposable aux parties.

Cette dernière hypothèse est illustrée par l'arrêt du Conseil d'Etat du 30 juillet 2003, *M. et Mme Dupouy*⁹¹⁵. Des agriculteurs, victimes de dommages causés par des serres agricoles défectueuses, ont engagé une action en responsabilité contre des constructeurs après avoir déjà perçu diverses indemnités, et notamment, une somme versée en vertu d'une transaction par le syndicat mixte d'aménagement rural de la Drôme, qui avait participé à la réalisation des serres. Le Conseil d'Etat rejette la requête, jugeant que « la Cour n'a pas estimé que les constructeurs pouvaient se prévaloir d'une transaction à laquelle ils n'étaient pas parties, mais s'est bornée à constater que les requérants avaient déjà perçu une indemnité en vertu de cette transaction ; que par suite le moyen tiré de ce qu'elle aurait commis une erreur de droit en estimant que cette transaction pouvait avoir un effet à l'égard des tiers manque en fait ». Ainsi, la transaction, si elle ne profite ni ne nuit aux tiers, ne saurait pour autant être ignorée de ceux-ci.

La question de l'opposabilité du contrat aux tiers ayant des liens particuliers avec l'une des parties au contrat se présente avec d'autant plus d'intérêt.

Les assureurs, par exemple, constituent des tiers d'un genre particulier, dans la mesure où leur situation est directement subordonnée à celle des parties. L'opposabilité de la transaction à leur égard va dépendre des termes du contrat. En vertu de l'article L. 124-2 du Code des assurances, « l'assureur peut stipuler qu'aucune reconnaissance de responsabilité, aucune transaction, intervenues en dehors de lui, ne lui sont opposables [...] ». De fait, les marchés publics d'assurances conclus par les collectivités publiques contiennent fréquemment ce type de clause. Pour ne pas risquer de devoir assumer seules l'exécution de la transaction administrative conclue, les collectivités doivent donc veiller à associer leur assureur aux négociations préalables à la conclusion du contrat. Dans le cas contraire, l'assureur sera en droit de considérer que la transaction ne lui est pas opposable. De manière générale,

⁹¹⁵ CE, 30 juillet 2003, *M. et Mme Dupouy*, N° 229496.

cependant, les assureurs voient plutôt d'un bon œil la conclusion d'un tel contrat, garantie *a priori* d'un règlement rapide et moins coûteux des litiges⁹¹⁶.

2. Le mécanisme de l'action récursoire

Il est permis aux victimes de n'agir qu'à l'encontre de l'un ou de l'autre des responsables du dommage, qui devra alors supporter l'intégralité de l'indemnisation, à charge pour lui de se retourner éventuellement contre le véritable auteur ou son co-auteur. La victime dispose d'un choix : agir contre l'un ou l'autre des responsables du dommage, l'action récursoire permettant *in fine* de régler la charge de l'indemnisation entre eux. Il faut préciser, à titre incident, que ce mécanisme est exercé par les personnes publiques selon la technique de l'état exécutoire. Un titre exécutoire est émis à l'encontre de l'agent, qui pourra en contester le principe et le montant devant le juge administratif⁹¹⁷.

Plusieurs hypothèses sont envisageables : l'action récursoire peut être exercée par l'administration contre son agent ou par son agent contre l'administration — la première hypothèse étant plus fréquente, la victime ayant davantage intérêt à agir contre la personne publique assurément solvable⁹¹⁸, ou par une personne publique à l'encontre d'une autre⁹¹⁹.

Il importe ici de considérer la nature de l'acte par lequel l'un des responsables est contraint de procéder à l'indemnisation intégrale de la victime et qui donne lieu ensuite à une action récursoire. Le plus souvent, il s'agit d'une condamnation par une décision de justice. Le juge administratif, saisi ensuite dans le cadre d'une action récursoire, devra apprécier les parts respectives de responsabilité des uns et des autres afin de répartir la charge de l'indemnité entre eux, en ramenant, par exemple, le montant du titre exécutoire émis par l'administration à l'encontre de son agent à un montant inférieur. Toutefois, le Conseil d'Etat a aussi admis qu'il pouvait s'agir d'un contrat de transaction.

⁹¹⁶ Sur la conduite des négociations préalables à la conclusion d'une transaction administrative, v. *Supra*, partie I, titre II, chapitre I, section I, § II, C, p. 193 et s.

⁹¹⁷ V. sur ce point, R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. I, Montchrestien, coll. Domat droit public, 15^e éd., 2001, p. 1401.

⁹¹⁸ CE, 28 juillet 1951, *Laruelle* et 28 juillet 1951, *Delville*, S. 1952.3.25, note Mathiot, *RDP* 1951, p. 1087, note Waline, *JCP* 1952 II 6734, note Eisenmann.

⁹¹⁹ CE, 25 juin 1969, *Ville Toulouse c/ Gamero*, *Rec. T.*, p. 767, concernant l'action récursoire d'une commune contre l'Etat.

Il était question dans l'arrêt du 18 novembre 1960, *Sieur Tilhaud*⁹²⁰, d'une action récursoire engagée par l'Etat à l'encontre de l'un de ses agents visant au remboursement des sommes qu'il avait dû verser à des victimes d'actes de vols et de pillages commis par les Forces françaises de l'Intérieur en 1944, lors d'arrestations et de perquisitions. Afin d'indemniser le préjudice subi par les victimes, après la reconnaissance par un jugement du Tribunal militaire de la culpabilité de l'un de ses agents, l'Etat avait procédé par arrangement amiable à l'indemnisation intégrale des préjudices subis — soit environ 15 millions d'anciens francs —, puis avait émis un titre exécutoire à l'encontre de l'agent condamné pour le remboursement de l'intégralité de la somme versée. L'agent avait saisi le Tribunal administratif d'une demande en annulation du titre exécutoire, demande qui avait l'objet d'un rejet. Devant le Conseil d'Etat, l'agent contestait, non pas le principe d'une action récursoire après arrangement amiable, mais l'étendue de sa responsabilité et, consécutivement, le montant de la somme réclamée par l'Etat, faisant valoir qu'il n'était pas le seul auteur des vols et pillages.

Le Conseil d'Etat juge que si l'agent ne pouvait utilement contester devant la juridiction administrative sa participation à des actes de pillage, en raison de l'autorité de chose jugée qui s'attache aux déclarations de culpabilité des Tribunaux militaires, il lui était, en revanche, loisible de contester le déroulement des faits, et notamment d'être le seul auteur et ainsi de remettre en cause le montant de la somme qui doit être mise à sa charge dans le cadre d'une action récursoire. En l'occurrence, comme il ressort des pièces du dossier que les vols et pillages étaient le fait de plusieurs agents, le Conseil d'Etat ramène la somme à rembourser par l'agent à 5 millions d'anciens francs.

Rien ne semble donc faire obstacle à ce que l'action récursoire puisse être fondée sur un arrangement amiable. La rédaction de la décision du Conseil d'Etat ne livre toutefois aucune indication permettant de connaître la nature exacte de l'arrangement amiable passé en cause, transaction ou non.

Plus tard, le Conseil d'Etat a consacré expressément la possibilité d'exercer une action récursoire après la conclusion d'une transaction, dans deux arrêts rendus la même année, les arrêts du 6 août 2008, *M. Mazière*⁹²¹ et du 12 décembre 2008, *Ministre de l'Education nationale contre M. H.*⁹²².

⁹²⁰ CE, 18 novembre 1960, *Sieur Tilhaud, Leb.*, p. 636.

⁹²¹ CE, 6 août 2008, *M. Mazière, AJDA* 2008, p. 1565.

⁹²² CE, 12 décembre 2008, *Ministre de l'Education nationale contre M. H.*, *AJDA* 2009, p. 895, note C. Deffigier.

Il était question dans la première affaire de la réparation des dommages corporels et matériels de la victime d'un accident de la circulation causé par un gendarme, ayant commis une faute personnelle non dépourvue de tout lien avec le service.

Le gendarme avait, dans le cadre d'une mission, pris dans son véhicule un appelé sans autorisation, et s'était ensuite détourné de son trajet pour lui permettre de retirer de l'argent. Le Tribunal de police ayant jugé le gendarme seul responsable de l'accident, l'Etat avait procédé à la réparation des dommages causés au conducteur adverse, puis émis un titre de perception à l'encontre de l'agent afin d'obtenir le remboursement de l'indemnité versée, ainsi que des dommages causés au véhicule de l'administration. L'agent avait ensuite contesté la validité du titre, faisant notamment valoir qu'une transaction ne pouvait donner lieu à une action récursoire.

Saisi du contentieux, le Conseil d'Etat indique clairement, que « la Cour a pu sans commettre d'erreur de droit prendre en considération les transactions intervenues pour clore le litige civil relatif aux conséquences de l'accident causé par M. Mazière, même si celui-ci n'y était pas partie, pour juger que l'Etat était fondé à réclamer à l'intéressé en raison de sa faute personnelle, le remboursement des sommes versées au titre de ces perceptions ».

La seconde affaire concernait l'indemnisation des préjudices subis par des élèves, victimes de faits de violence commis par un instituteur dans une école publique, faits constitutifs d'une faute personnelle détachable du service compte tenu de leur gravité. L'enseignant avait été condamné par le Tribunal correctionnel. Pour réparer les préjudices causés aux élèves, le Préfet du Bas-Rhin avait conclu une transaction avec des parents d'élèves. L'Etat avait ensuite émis à l'encontre de l'agent un titre exécutoire visant au remboursement de l'intégralité de la somme arrêtée par la transaction, titre contesté par son destinataire.

Dans la continuité de l'arrêt rendu quelques mois plus tôt, le Conseil d'Etat juge que « la circonstance que le préjudice n'ait pas été établi par une décision juridictionnelle condamnant la collectivité mais corresponde à la réparation accordée par la collectivité publique à la victime de la faute personnelle de l'agent dans le cadre d'un règlement amiable formalisé par une transaction conclue entre la collectivité et la victime ou ses ayants droit ne fait pas par elle-même obstacle à la possibilité pour la collectivité de se retourner contre l'agent à raison de la faute personnelle commise par celui-ci ». De plus, indépendamment du montant des indemnités versées en exécution de la transaction, le juge accepte de moduler

l'indemnité réclamée par l'administration à son agent. En l'occurrence, il la réduit presque de moitié.

A plusieurs points de vue, la portée de ces arrêts est remarquable : sur la possibilité d'exercer une action récursoire à partir d'une transaction, d'une part, et sur les pouvoirs du juge administratif lors de la contestation devant lui du titre de perception, d'autre part.

Par ces deux arrêts, le Conseil d'Etat consacre clairement la possibilité pour les intéressés d'engager une action récursoire aux fins de remboursement des indemnités versées en exécution d'une transaction. Le champ de l'action récursoire comprend désormais les indemnités versées par une transaction, au même titre que les décisions de justice, ce qui dans les deux cas d'espèce, est d'autant plus aisé à admettre que la responsabilité pénale des agents fautifs avait été reconnue par un jugement du Tribunal correctionnel.

Incontestablement, ces deux arrêts contribuent à renforcer la place de la transaction parmi les modes de règlement des litiges. Il faut, toutefois, s'interroger sur la nature des transactions en cause.

En effet, si ces arrêts ont pu être regardés comme portant extension de l'action récursoire à la transaction administrative, il ne semble pas que ce soit exactement le cas. Il y a bien une extension de l'action récursoire au mécanisme transactionnel, mais pas à la transaction administrative.

Pour déterminer la nature juridique des contrats en cause, il convient d'appliquer le critère de la compétence juridictionnelle pour connaître du litige initial, dégagé par l'avis *L'Hajj-les-Roses* et repris par le Tribunal des conflits⁹²³.

Dans l'affaire Mazière, la transaction permettait de procéder à la réparation des dommages causés par un agent de l'Etat lors d'un accident de la circulation. Or, le contentieux des dommages causés par les véhicules dont les personnes publiques ont la propriété ou la garde relève de la compétence du juge judiciaire en vertu de la loi du 31 décembre 1957⁹²⁴. Il s'agissait alors d'unifier le contentieux des accidents de la circulation pour que tous les préjudices soient également évalués. La loi précise également que les tribunaux judiciaires statuent « conformément aux règles du droit civil ». De plus, la loi de 1957 institue un système de substitution de responsabilité : les victimes d'accident de

⁹²³ V. *Supra*, p. 92 et s.

⁹²⁴ L. du 31 décembre 1957, préc.

circulation mettant en cause un véhicule de l'administration ne peuvent agir que contre la personne publique, qui, si elle est condamnée, décidera ou non d'exercer une action récursoire contre les agents assurant la conduite ou la surveillance du véhicule. Le Tribunal correctionnel ne peut déclarer la personne publique responsable que si l'agent conduisant ou surveillant le véhicule se trouvait lors de la survenance du dommage, dans l'exercice de ses fonctions, ou du moins, si son comportement n'était pas dépourvu de tout lien avec ses fonctions. Il faut préciser, enfin, que dans certaines hypothèses, l'action en réparation peut être fondée sur un autre régime de responsabilité que celui de la loi de 1957⁹²⁵.

Au regard des faits d'espèce, ni la qualité de l'agent, ni la nature du véhicule, ni les circonstances de l'accident ne font douter de l'application de la loi de 1957. L'action en réparation du conducteur adverse aurait dû être portée devant le juge judiciaire. Dès lors, la transaction conclue entre l'Etat et ce conducteur ne peut que présenter un caractère privé.

Pour déterminer la nature juridique de la transaction conclue dans le second cas d'espèce, il faut se tourner vers l'article L. 911-4 du Code de l'éducation, issu de la loi du 5 avril 1937, aux termes duquel, l'Etat est responsable des dommages causés par les enseignants à l'égard des élèves, devant le juge judiciaire⁹²⁶. Le mécanisme est donc similaire à celui de la loi de 1957.

En l'espèce, les parents des élèves victimes des agissements de l'instituteur condamné au pénal avaient bien saisi le juge judiciaire sur le fondement de l'article L. 911-4 précité, mais l'action était dirigée contre l'instituteur et non contre l'Etat qui, à ce titre, fut rejetée. C'est pourquoi une transaction a été conclue avec l'Etat, qui constitue au regard du critère de la compétence juridictionnelle pour connaître du litige initial, un contrat de droit privé.

Ainsi, les arrêts admettant l'exercice d'une action récursoire sur le fondement d'une transaction mettent en cause des transactions de droit privé. Cela n'en réduit cependant pas la portée, dans la mesure où la possibilité ainsi ouverte ne saurait se limiter aux transactions privées. Quelle que soit la nature du contrat, l'action récursoire peut être exercée à l'instar de ce qui prévaut pour une décision de justice.

⁹²⁵ C'est le cas des actions exercées sur le fondement de la législation instituant à la charge des collectivités locales un régime spécial de responsabilité au profit de leurs élus, ou sur celui de la jurisprudence relative à la responsabilité à l'égard des collaborateurs occasionnels du service public, ou encore sur celui du défaut d'entretien normal d'un ouvrage public ou sur la mauvaise organisation ou le mauvais fonctionnement d'un service public. V. sur ce point, R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. I, préc., n° 1108.

⁹²⁶ L. du 5 avril 1937, préc.

En toute hypothèse, il s'agit là d'une avancée importante pour le procédé transactionnel. Toute personne, collectivité ou agent public, qui choisit d'indemniser la victime d'un cumul de fautes, aura l'assurance de pouvoir se retourner vers l'autre responsable ou celui qu'elle estime être le véritable responsable du dommage. Cette solution est évidemment de nature, sinon à favoriser le recours aux transactions, du moins à ne pas dissuader les intéressés d'en conclure.

Il faut ajouter, par ailleurs, que l'exercice d'une action récursoire sur le fondement d'une transaction se déroule dans les mêmes conditions que celle formée à partir d'une décision de justice. Pas plus que cette dernière lorsqu'elle condamne l'administration ou l'agent à la réparation intégrale d'un préjudice, la transaction n'a l'autorité de chose jugée à l'encontre des tiers. Ni les personnes visées par une action récursoire, ni le juge administratif saisi d'une action en annulation d'un titre de perception, ne se trouvent liés par le contenu de la transaction. Ainsi, la personne concernée par une action récursoire pourra remettre en cause le déroulement supposé des faits dommageables, l'évaluation du préjudice, le montant du remboursement, voire même le principe de sa responsabilité, si celle-ci n'a pas été établie par une décision de justice.

Dans le litige opposant le Ministre de l'Education nationale à son agent, par exemple, le juge administratif a considéré que le montant de la transaction était excessivement élevé au regard des agissements de l'instituteur et de leurs conséquences sur les élèves. A partir de là, il a réduit presque de moitié la somme mise à la charge de l'agent, ce qui aurait constitué une transaction raisonnablement conclue⁹²⁷.

La modulation de l'indemnité réclamée par l'administration à son agent n'est pas propre au règlement transactionnel. C. Deffigier rappelle que « plus largement, le juge administratif au plein contentieux utilise un pouvoir de modulation qui lui permet de corriger des appréciations déraisonnables. Tel est le cas en matière contractuelle : récemment, le Conseil d'Etat a accepté de moduler le montant des pénalités contractuelles infligées par l'autorité administrative à son cocontractant [...] »⁹²⁸.

Si les règles posées dans les arrêts de 2008 concernant l'exercice de l'action récursoire après la conclusion d'une transaction mettaient en cause des transactions de droit privé, ces

⁹²⁷ Cela ne manque évidemment pas de soulever des interrogations quant à l'établissement des concessions réciproques dans les transactions conclues par l'administration, et notamment les transactions administratives. V. *Infra*, partie II, titre II, chapitre I, section II, § II, pp. 531-532.

⁹²⁸ C. DEFFIGIER, « L'action récursoire de l'Etat contre son agent peut être exercée après une transaction », préc., p. 398.

règles doivent être regardées comme étant susceptibles de s'appliquer aussi aux actions récursoires engagées auprès du juge administratif, quelle que soit la nature de la transaction conclue.

C'est ainsi que, par le mécanisme de l'action récursoire et sans qu'il soit porté atteinte au principe de l'effet relatif des contrats, les transactions administratives ont des répercussions sur les tiers. Il ne saurait s'agir ici d'opposabilité du contrat transactionnel aux tiers, dans la mesure où ni eux, ni le juge administratif ne sont tenus par les termes dudit contrat. Mais sans leur être opposable, la transaction a bien des répercussions sur les tiers. Elle reconnaît des droits à la victime et engage la responsabilité d'une personne qui n'est pas entièrement responsable du dommage causé. Aussi une fois ces droits reconnus, la personne ayant supporté l'intégralité de la réparation sera-t-elle en droit de se retourner contre l'autre responsable ou celui qu'elle estime être le véritable responsable. Ce n'est évidemment pas l'objet de la transaction conclue entre la victime et une personne publique ou son agent que de déterminer la répartition des responsabilités.

Le litige n'est éteint qu'entre les parties à la transaction. Un autre va éventuellement naître entre les personnes impliquées dans la réalisation du dommage. Mais encore, une fois, l'effet obligatoire de la transaction administrative n'a d'incidence qu'à l'égard des parties au contrat. Elles seules doivent procéder à son exécution.

§II. L'OBLIGATION D'EXECUTER LE CONTENU DE LA TRANSACTION ADMINISTRATIVE

Dans la mesure où elles se sont librement engagées l'une envers l'autre, les parties à une transaction administrative sont tenues d'en exécuter les termes. C'est là, la manifestation de la force obligatoire des contrats (A). Toutefois, le Conseil d'Etat a admis que puisse être conférée à ce contrat la force exécutoire des décisions de justice de manière à en faciliter l'exécution (B).

A. La force obligatoire de la transaction administrative

L'avis *L'Hay-les-Roses* énonce dans un paragraphe I, qu'« en vertu de l'article 2052 du Code civil, le contrat de transaction par lequel les parties terminent une contestation née ou à naître, a entre ces parties l'autorité de chose jugée en dernier ressort. Il est exécutoire de plein droit, sans qui fassent obstacle, notamment, les règles de la comptabilité publique »⁹²⁹.

La formule, depuis systématiquement citée dans les arrêts mettant en cause une transaction administrative, n'est pas dépourvue de toute ambiguïté sur la signification précise du terme « exécutoire de plein droit ». Se peut-il que la transaction administrative, obligatoire pour les parties du fait même de sa nature contractuelle, dispose en outre de la force exécutoire ? Si, à l'évidence, la transaction administrative n'a pas la force exécutoire (a), la force obligatoire suffit, en revanche, à emporter un certain nombre de conséquences à l'encontre des parties (b).

a. La seule force obligatoire des contrats pour les transactions non homologuées

Que l'exécution de la transaction administrative soit obligatoire pour les parties, conséquence de l'article 1134 du Code civil, ne soulève aucune difficulté. Le doute naît, en revanche, de l'expression « exécutoire de plein droit » qu'utilise le Conseil d'Etat, dans son avis du 6 décembre 2002. Si la formulation générale de l'avis pouvait laisser supposer que les transactions disposent dès leur conclusion de la force exécutoire au même titre que les décisions de justice, ce n'est pas cependant ce qu'il faut retenir.

Le sens à donner à la formule « exécutoire de plein droit » ne s'impose pas immédiatement. Sans doute cela tient-il à l'ambiguïté du terme exécutoire, qui en droit administratif désigne des réalités différentes. Dans sa thèse, *L'autorité de chose décidée*, R.-G. Schwartzenberg dénonce la « licence verbale » qui prévaut en la matière⁹³⁰.

Le premier sens prêté au terme exécutoire renvoie à la force obligatoire des actes administratifs unilatéraux, à la possibilité pour l'administration de modifier la situation juridique par sa seule volonté, sans le consentement des intéressés, de manière immédiate et

⁹²⁹ CE, Avis, 6 décembre 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Hay-les-Roses*, préc.

⁹³⁰ R.-G. SCHWARTZENBERG, *L'autorité de chose décidée*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 93, 1969, p. 106.

obligatoire, de surcroît. Il s'agit là du caractère exécutoire des décisions administratives, manifestation de la puissance publique, que le Conseil d'Etat regarde comme « la règle fondamentale du droit public »⁹³¹. R.-G. Schwartzberg explique que « l'acte administratif impose un rapport obligatoire — à contenu souvent impératif — et exige obéissance immédiate aux normes posées [...]. De même que le défaut de consentement du destinataire n'empêche pas l'acte d'avoir un contenu obligatoire, de même son éventuelle mise en contestation devant un juge ne le prive pas d'effet obligatoire. Il requiert une obéissance préalable à tout contrôle juridictionnel et nonobstant tout contrôle juridictionnel en cours »⁹³². Ce premier sens renvoie fondamentalement au caractère exorbitant du droit commun des actes administratifs unilatéraux⁹³³. Toutefois, le Code général des collectivités territoriales use d'une formule d'une grande généralité, englobant les actes administratifs unilatéraux et les contrats administratifs, tandis qu'il énonce que parmi « les actes exécutoires de plein droit » sous condition de transmission figurent « les conventions relatives aux marchés, à l'exception des marchés passés sans formalité préalable en raison de leur montant, et aux emprunts ainsi que les conventions de concession ou d'affermage de services publics locaux »⁹³⁴.

Le terme exécutoire dans toutes ces hypothèses renvoie à la force obligatoire attachée aux actes régulièrement entrés en vigueur. D'ailleurs, pour désigner cette réalité, R.-G. Schwartzberg préfère la formule de force obligatoire plutôt que celle de caractère exécutoire des actes, plus à même, selon lui, d'éviter une confusion entre la force juridique d'un acte et son exécution⁹³⁵.

En effet, le terme exécutoire a également trait à la force exécutoire, c'est-à-dire à l'exécution par la force. Un acte est dit exécutoire, quand il ouvre droit à la mise en œuvre de mesures de contrainte, voire à la force publique, pour l'accomplissement de son contenu. Cette acception est commune au droit privé et au droit public. Hauriou recommande ainsi de « [...] s'en tenir à cette notion simple et claire, qui est empruntée au domaine du droit

⁹³¹ CE, Ass., 2 juillet 1982, *Huglo, Leb.*, p. 257, D. 1983, IR 270, obs. P. Delvolvé, *AJDA* 1982, p. 657, concl. Biancarelli, note B. Lukaszewicz, *Rev. Administrative* 1982, p. 627, note B. Pacteau.

⁹³² R.-G. SCHWARTZENBERG, *L'autorité de chose décidée*, préc., p. 55.

⁹³³ Certes, les personnes privées non dotées de prérogatives de puissance publique ont également la possibilité d'adopter des actes unilatéraux qui s'imposeront à d'autres personnes privées, mais, observe J. Rivero, « c'est - sauf rares exceptions - soit en vertu d'un consentement préalable donné par l'intéressé (ex. : le salarié par le contrat de travail a accepté de se soumettre aux décisions prises par le patron en matière disciplinaire), soit sous réserve d'un consentement ultérieur (acceptation d'un testament, d'une donation). Ces règles, conclut-il, traduisent un postulat fondamental : l'égalité juridique des volontés humaines », J. RIVERO, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 1960, p. 77.

⁹³⁴ V. CGCT, art. L. 2131-1 et 2, L. 3131-1 et 2 et L. 4141-1 et 2.

⁹³⁵ R.-G. SCHWARTZENBERG, *L'autorité de chose décidée*, préc., p. 111.

privé : la force exécutoire concerne la réalisation matérielle, la traduction dans les faits par la contrainte des éléments de réglementation qui sont contenus dans les actes juridiques »⁹³⁶.

Le terme exécutoire en droit administratif revêt donc plusieurs significations profondément différentes et sans corrélation. Une décision exécutoire peut être insusceptible d'exécution forcée et inversement un acte non exécutoire, donner lieu à des mesures de contrainte pour son exécution. Il reste alors à déterminer ce que désigne l'expression « exécutoire de plein droit » à propos de la transaction administrative.

La formulation générale du paragraphe I de l'avis de 2002 laisse d'abord supposer que c'est à la force exécutoire qu'il est fait référence. Il est toutefois loin d'être évident que la transaction administrative soit dotée d'une telle force. L'avis marque-t-il effectivement la reconnaissance au profit de ce contrat de la force exécutoire, ou résulte-t-il d'une maladresse de rédaction, le Conseil d'Etat s'en tenant à la force obligatoire des contrats ? Plusieurs éléments permettent de le déterminer.

Trois conditions ouvrent droit à la mise en œuvre des procédures d'exécution à l'encontre d'un intéressé : une obligation et une carence dans l'exécution certaines, ainsi qu'un titre exécutoire. Aucune mesure d'exécution ne peut être entreprise par le créancier à l'encontre du débiteur s'il ne dispose d'un titre exécutoire, « traduction formelle — *l'instrumentum* en quelque sorte — du droit appartenant à tout créancier de contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard »⁹³⁷ ; il « atteste de l'engagement explicite de la puissance publique, dans un cas déterminé, à mettre en œuvre les moyens appropriés, y compris la contrainte, sous toutes ses formes, pour faire plier le récalcitrant s'il persiste à ne pas respecter ses obligations »⁹³⁸.

C'est en premier lieu la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution⁹³⁹ qu'il faut considérer, et plus précisément l'article 3 qui dresse une liste des actes constitutifs de titres exécutoires. Ainsi, « Seuls constituent des titres exécutoires : 1° Les décisions des juridictions de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif lorsqu'elles ont force exécutoire, ainsi que les transactions soumises au président du tribunal de grande instance ; 2°

⁹³⁶ M. HAURIUO, *Précis de droit administratif et de droit public*, préc, p. 279.

⁹³⁷ Lamy, *Droit de l'exécution forcée*, étude n° 205-5.

⁹³⁸ *Ibid.*

⁹³⁹ L. n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution, *JO* n°163 du 14 juillet 1991, p. 9228.

Les actes et les jugements étrangers ainsi que les sentences arbitrales déclarés exécutoires par une décision non susceptible d'un recours suspensif d'exécution ; 3° Les extraits de procès-verbaux de conciliation signés par le juge et les parties ; 4° Les actes notariés revêtus de la formule exécutoire ; 5° Le titre délivré par l'huissier de justice en cas de non-paiement d'un chèque ; 6° Les titres délivrés par les personnes morales de droit public qualifiés comme tels par la loi, ou les décisions auxquelles la loi attache les effets d'un jugement ».

Aussi divers que soient ces titres, ils ont tous en commun d'être revêtus de la formule exécutoire, qui révèle leur force exécutoire. Que cette dernière soit attachée à des actes comme les transactions — soumises au président du Tribunal de grande instance —, les extraits de procès verbaux de conciliation et les actes notariés, qui résultent d'un accord de volontés, peut surprendre. Ce serait toutefois omettre que dans tous les cas visés par la loi de 1991, il a été apposé la formule exécutoire.

Si la loi du 9 juillet 1991 reconnaît le contrat transactionnel comme étant un titre exécutoire, ce n'est que lorsque celui-ci a été soumis au président du Tribunal de grande instance. En effet, par le décret du 28 décembre 1998⁹⁴⁰, il a été inséré dans le Code de procédure civile, un article 1441-1 — objet d'un certain nombre de critiques doctrinales⁹⁴¹ — qui accorde au président du Tribunal de grande instance le pouvoir de conférer force exécutoire à une transaction sur demande de l'une des parties. La loi du 22 novembre 1999 est ensuite venue modifier celle du 9 juillet 1991, en ajoutant sur la liste des titres exécutoires, les transactions soumises au président du Tribunal de grande instance⁹⁴².

Il ressort de ces dispositions que les transactions évoquées ne disposent de la force exécutoire qu'après intervention en ce sens du juge judiciaire, et non par elles-mêmes dès leur conclusion.

De même, il pourra être demandé au juge de signer un procès verbal constatant l'accord de conciliation auquel les parties sont parvenues, tandis qu'elles ont entamé des

⁹⁴⁰ D. n° 98-1231 du 28 décembre 1998 modifiant le Code de l'organisation judiciaire et le Nouveau Code de procédure civile, *JO* n° 302 du 30 décembre 1998, p. 19904. Ce décret introduit l'article 1441-4 dans le Code de procédure civile, qui donne le pouvoir au président du Tribunal de grande instance, saisi sur requête des parties, de conférer force exécutoire à leur accord transactionnel. Depuis le décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 sur la résolution amiable des différends, cet article ne trouve plus à s'appliquer qu'à Wallis et Futuna, le précédent décret ayant été abrogé. Par le décret de 2012, il est introduit un nouveau livre V dans le Code de procédure civile, contenant les articles 1556 et 1557 permettant aux parties de demander au juge d'homologuer leur accord.

⁹⁴¹ V. notamment en ce sens, H. KENFACK, « Vent de faveur sur la transaction ? Bref retour sur la force exécutoire de la transaction devant le président du Tribunal de grande instance et le juge administratif », *AJDA* 2004, p. 242, et J.-B. RACINE, « Les incertitudes de la transaction dite homologuée (à propos de l'article 1441-1 du Nouveau Code de procédure civile) », in *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, P. Chevalier (dir.), Paris, La documentation française, coll. Perspectives sur la justice, 2003, p. 151.

⁹⁴² L. n° 99-957 du 22 novembre 1999 portant sur diverses professions relevant du ministère de la justice, la procédure civile et le droit comptable, *JO* n° 271 du 23 novembre 1999, p. 17351.

négociations d'elles-mêmes ou à l'initiative du juge lors d'une instance en cours⁹⁴³. Les extraits du procès-verbal — délivrés par le greffe — valent titre exécutoire. Là encore, c'est l'intervention du juge étatique qui confère à ces actes la force exécutoire.

Enfin, il faut évoquer les actes notariés revêtus de la formule exécutoire, régulièrement qualifiés de contrats exécutoires. Les notaires bénéficient d'une délégation de prérogatives de puissance publique les habilitant à émettre des titres exécutoires. La mention de la formule exécutoire sur certains des actes qu'ils émettent, et notamment les contrats, a pour effet de les doter de la force exécutoire permettant au créancier de poursuivre leur exécution par la contrainte. Dans cette mesure, les contrats notariés sont bien exécutoires.

Certes, force exécutoire et accord de volontés ne sont pas incompatibles, mais l'octroi de la première aux seconds ne peut être le fait que de l'intervention d'une entité dépositaire de la force publique, le juge et, par voie de délégation, le notaire.

Rien ne permet donc aux termes de la loi du 9 juillet 1991 de voir dans la transaction administrative simple, c'est-à-dire non homologuée, un acte doté de la force exécutoire. Quel serait du reste l'intérêt de la procédure d'homologation admise par l'arrêt *Mergui* pour les transactions conclues en cours d'instance, et ouverte de manière exceptionnelle, par l'avis *L'Hay-les-Roses*, pour les transactions conclues en dehors de toute instance juridictionnelle ? Cette observation ne suffit toutefois pas à caractériser l'absence de force exécutoire de la transaction administrative.

Il sera plus pertinent d'envisager concrètement les conséquences d'un défaut d'exécution d'une transaction administrative par les parties au contrat.

La première hypothèse est celle dans laquelle le créancier est une personne privée et le débiteur récalcitrant, une personne publique, le défaut d'exécution pouvant résulter d'un manque de crédits ou des refus consécutifs du comptable public de procéder au paiement de la somme due et de l'ordonnateur de mettre en œuvre son pouvoir de réquisition. La personne privée est-elle alors en mesure d'obliger la personne publique à exécuter ses obligations, et ce sur la base du seul contrat, sans recourir au juge ? Des mesures contraignantes existent, en effet, mais il importe de ne considérer que celles ouvertes au créancier indépendamment de toute saisine du juge.

⁹⁴³ L'accord auquel parviennent les parties ne sera constitutif d'une transaction qu'en présence de tous les éléments de définition propres à ce type de contrat. V. sur ce point, partie I, titre I, chapitres I et II.

Dans aucun des cas d'espèce soumis au juge administratif à raison d'une inexécution de la part de la personne publique, il n'est rappelé que la transaction ouvre le droit à ses cocontractants de mettre en œuvre des mesures d'exécution forcée. Seule est évoquée la mise en cause du récalcitrant sur le terrain de la responsabilité contractuelle. La transaction administrative non homologuée par le juge ne constitue donc pas un titre exécutoire. Il est vrai que compte tenu du principe d'insaisissabilité des biens des personnes publiques, la détention d'un tel titre présente un intérêt assez limité⁹⁴⁴. Manifestement, la comparaison entre jugement et transaction rencontre une nouvelle limite dans les effets attachés à l'un et à l'autre.

Quand, cette fois, le créancier est une personne publique, celle-ci dispose-t-elle du droit de contraindre son débiteur privé à exécuter ses obligations sur le fondement de la seule transaction ?

La question ne se présente pas exactement dans les mêmes termes que précédemment, en raison de la possibilité qu'ont les personnes publiques de se déclarer elles-mêmes créancières et consécutivement de se délivrer à elles-mêmes des titres de recettes, titres exécutoires, qu'elles font exécuter par leurs propres agents.

S'agissant de la perception de recettes non fiscales, la procédure diffère quelque peu selon la nature des personnes publiques en cause. Traditionnellement, la procédure mise en œuvre pour le recouvrement de ces créances se déroule en deux temps : « tout d'abord, l'administration s'efforce d'obtenir le paiement des sommes qui lui sont dues par une procédure amiable ; puis si cette tentative aboutit à un échec, use de moyens coercitifs »⁹⁴⁵. Dans un premier temps, l'ordonnateur émet un ordre de versement, c'est-à-dire un ordre de recettes, constitutif à l'égard du débiteur d'une demande de règlement. Cet ordre de versement, qui n'est pas par lui-même exécutoire, ne permet pas à l'administration d'engager des poursuites contre le débiteur récalcitrant. Dans un second temps, si le recouvrement amiable n'a pas été effectué dans les délais impartis, il peut être procédé à l'adoption d'un titre exécutoire. L'ordre de recettes est retourné à l'ordonnateur qui va alors émettre un titre exécutoire, décision administrative exécutoire, revêtue de la formule exécutoire. C'est par cette procédure que sont rendus exécutoires les ordres de recettes.

Depuis la loi de finances rectificative pour 1992, la procédure a évolué pour le recouvrement des créances de l'Etat et des collectivités disposant d'un comptable public :

⁹⁴⁴ Sur toutes les difficultés liées à l'exécution des transactions administratives, v. partie II, titre II, chapitre II.

⁹⁴⁵ J.-C. MARTINEZ, P. DI MALTA, *Droit budgétaire*, Paris, Litec, 2^e éd., 1988, p. 723.

« L'article 98 de la loi de finances rectificative pour 1992 [...] du 31 décembre 1992 et le décret [...] du 29 décembre 1992 qui assure sa mise en œuvre ont introduit un facteur de célérité dans la procédure de recouvrement en supprimant les titres non exécutoires. L'ordonnateur, en émettant l'ordre de recettes, le rend exécutoire et il peut être transmis sans plus attendre au comptable qui le prend en charge. Ce dernier peut alors demander au débiteur d'acquitter sa dette. Lorsque le débiteur ne se libère pas de sa dette après la notification de l'acte, le comptable pourra procéder, sans avoir à solliciter au préalable l'ordonnateur, à l'exécution forcée et entreprendre des poursuites »⁹⁴⁶. Il faut par ailleurs préciser que le débiteur dispose de voies de droit lui permettant d'obtenir l'interruption des procédures de recouvrement forcé engagées à son encontre⁹⁴⁷.

La procédure à mettre en œuvre pour le recouvrement d'une créance d'une personne publique par une autre personne publique est assez similaire à celle qui vient d'être évoquée, les biens et deniers de la personne publique débitrice étant cependant insaisissables.

Quoi qu'il en soit, il ne semble pas non plus possible dans l'hypothèse d'une personne publique créancière, de mettre en œuvre des procédures contraignantes sur la base du seul contrat transactionnel. La spécificité des règles de la comptabilité publique fait que la transaction, accord de volontés ne bénéficiant pas de la force exécutoire, peut donner lieu à l'émission d'un titre exécutoire, qui en est, lui, doté. C'est donc par l'intermédiaire de ce titre exécutoire que la créance peut être recouvrée.

Cela ne doit pas surprendre. L'impossibilité de recourir à la force exécutoire sur le seul fondement d'un acte contractuel simple — c'est-à-dire non notarié ou non homologué — n'est pas propre au seul contrat de transaction. Elle concerne tous les contrats : « exclu en principe à l'égard des actes unilatéraux sur le fondement de la jurisprudence inaugurée par l'arrêt *Société immobilière de Saint-Just*, le recours à la force publique sans intervention du juge semble encore moins appartenir à l'arsenal juridique lorsqu'il s'agit de faire exécuter une obligation contractuelle, que le débiteur en soit une personne privée ou *a fortiori* une personne publique », observe F. Sabiani⁹⁴⁸. Il poursuit, « Ce que l'on nomme d'ailleurs sanctions coercitives en matière contractuelle n'est constitué que par des mesures de dessaisissement du

⁹⁴⁶ A. TAILLEFAIT, « Recouvrement des créances publiques ordinaires », *J.-Cl. Administratif*, fasc. 114-10, n° 50.

⁹⁴⁷ La compétence juridictionnelle dépend de l'objet de la contestation. Le juge judiciaire est compétent s'agissant d'une opposition à poursuites, et le juge administratif, pour une opposition à exécution. V. A. TAILLEFAIT, « Recouvrement des créances publiques ordinaires », préc., n° 113 et s.

⁹⁴⁸ F. SABIANI, « Transaction administrative : les trois ambiguïtés de l'homologation », *Dr. Adm.* 2003, chron. n° 8, p. 8.

cocontractant privé (reprise en régie ou résiliation du marché), et non par des procédures qui le contraindraient matériellement à exécuter les prestations convenues. Sur la base du seul contrat, il est donc impossible de recourir aux voies d'exécution privées à l'encontre de la partie privée, et à quelque voie d'exécution que ce soit à l'encontre de la partie administrative. L'obligation d'exécution existe, mais l'exécution ne peut être que spontanée »⁹⁴⁹.

Sans doute alors faut-il en conclure avec F. Sabiani que la formulation de l'avis *L'Hay-les-Roses* ne fait que « tradui[re] la circonstance que le contrat, une fois accomplies les formalités requises (notification, parfois transmission au représentant de l'Etat ou approbation par une autre autorité, éventuellement de tutelle, etc.) mais sans soumission au contrôle préalable d'un juge, entre en vigueur, et que naît pour les parties l'obligation de l'exécuter »⁹⁵⁰. Ainsi doit être entendu le terme exécutoire, s'agissant de la transaction administrative. Le Conseil d'Etat l'utilise pareillement au Code général des collectivités territoriales à propos de certains actes des collectivités.

S'il est maladroit, le choix du mot exécutoire n'est certainement pas innocent de la part du Conseil d'Etat qui a dû souhaiter user d'une formule forte, de manière à rappeler aux parties — et notamment aux comptables publics à l'origine parfois de blocages dans l'exécution des transactions — qu'exécuter les termes d'un contrat est une obligation. Certes, d'un point de vue théorique le terme est contestable, mais la logique poursuivie par le Conseil d'Etat est ailleurs, et consiste à faciliter l'exécution des contrats. C'est une logique d'efficacité.

Sur ce point, la circulaire du 6 février 1995 — aujourd'hui abrogée — qui se bornait à faire référence à la force obligatoire du contrat transactionnel, en expliquant que « le principal effet de la transaction est naturellement d'obliger les parties à en exécuter les termes afin de régler définitivement leur litige »⁹⁵¹, correspondait davantage à l'état du droit. La transaction administrative dispose de la force obligatoire attachée à tout acte contractuel, mais non de la force exécutoire, ce qui suffit à emporter un certain nombre de conséquences.

⁹⁴⁹ *Ibid.*

⁹⁵⁰ *Ibid.*, p. 7.

⁹⁵¹ Circulaire du 6 février 1995, préc., § 1.4. La circulaire du 6 avril 2011 évoque, elle, la force obligatoire du contrat, en reprenant la formule de la circulaire du 6 février 1995, « Le principal effet de la transaction est d'obliger les parties à en exécuter les termes, afin de régler définitivement leur litige », et cite l'avis *L'Hay-les-Roses*, indiquant que « La transaction est exécutoire de plein droit sans qu'y fassent obstacle, notamment, les règles de la comptabilité publique ». C'est bien « l'obligation d'exécution incombant aux parties » qui intéresse la circulaire. V. Circulaire du 6 avril 2011, préc., § 1.4.

b. Les effets de la force obligatoire des contrats sur l'exécution des obligations transactionnelles

Le principe de la force obligatoire des contrats implique que les parties respectent les engagements auxquels elles ont librement consentis⁹⁵². Pour ce faire, elles doivent procéder à l'exécution conforme et de bonne foi des termes des transactions administratives (1). Ces principes établis, il conviendra d'examiner comment se déroule matériellement l'exécution des transactions, étant entendu que, les obligations présentant le plus souvent un caractère pécuniaire, leur exécution suppose la mise en œuvre de procédures formalisées (2).

1. Les principes gouvernant l'exécution des obligations transactionnelles

Les principes gouvernant l'exécution des obligations transactionnelles découlent de l'article 1134 du Code civil. Ils imposent aux parties de procéder à une exécution conforme et de bonne foi de ce qui a été convenues entre elles.

En premier lieu, l'obligation d'une exécution conforme emporte elle-même plusieurs obligations pour les parties au contrat.

Celles-ci sont d'abord tenues d'exécuter l'ensemble de leurs engagements. Le contrat est réputé, en principe, former un tout indivisible, l'indivisibilité étant définie en doctrine, comme « la qualité de ce qui ne peut être divisé [...]. Appliquée à l'obligation, l'indivisibilité exprime une caractéristique de son objet. Celui-ci, s'il est indivisible, ne peut et ne doit être exécuté que dans sa totalité »⁹⁵³. Le caractère indivisible des contrats repose sur l'idée que chaque élément du contrat ayant déterminé les parties à donner leur consentement au contrat, tous doivent être également exécutés. Et, comme le rappelle F. Julienne, « cet impératif [le respect de l'ensemble de leurs engagements par les parties] n'est qu'une application de l'effet obligatoire des conventions posé par l'article 1134 du Code civil »⁹⁵⁴. Comme tout contrat, la transaction administrative est donc indivisible.

⁹⁵² Sur le fondement du principe de la force obligatoire des contrats, v. p. 238.

⁹⁵³ F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, préc., n° 1265.

⁹⁵⁴ F. JULIENNE, « Transaction, notion », fasc. préc., n° 59.

De même, les parties sont également tenues par les termes du contrat. Il faut plus précisément s'intéresser à ce qui est parfois présenté comme une « limite » au principe de la force obligatoire de ces contrats : les pouvoirs exorbitants du droit commun détenus par l'administration à l'égard de son cocontractant, pouvoirs de nature à introduire un certain déséquilibre entre eux⁹⁵⁵.

Dans son rapport public de 2008, le Conseil d'Etat systématise et définit ces différents pouvoirs⁹⁵⁶. Il en identifie quatre : un pouvoir de direction, de contrôle et de surveillance à l'égard du cocontractant ; le pouvoir d'exiger que ce dernier continue d'exécuter son contrat en dépit des événements extérieurs — aléas administratifs ou économiques — modifiant l'équilibre contractuel, sous réserve de contreparties financières dans les limites du bouleversement financier du contrat ; un pouvoir « général et permanent » de modification unilatérale du contrat ou de résiliation unilatérale, reconnu à l'administration malgré l'article 1134 du Code civil⁹⁵⁷ ; et enfin, un pouvoir de police ou de sanction exorbitant du droit commun⁹⁵⁸.

Exorbitants du droit commun, ces pouvoirs ne sont reconnus à l'administration que dans l'intérêt du service public, ce qui conduit à ne concerner que certains contrats, ceux que L. Marcus appelle les contrats à objet d'échange — les marchés publics —, et les contrats à objet de délégation — concessions de service public, contrats d'affermage, marchés publics de services, marchés publics globaux, contrats de partenariat, concessions de travaux publics, contrats d'exploitation des ouvrages publics, etc.⁹⁵⁹. Leur exercice ne saurait être regardé comme arbitraire, puisqu'il est strictement limité aux besoins du service public et que le cocontractant a droit à une contrepartie financière.

⁹⁵⁵ V. à titre d'exemple, F. LLORENS, *Contrats d'entreprise et marché de travaux publics*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 139, 1981, p. 244.

⁹⁵⁶ *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, préc., p. 100. V. aussi L. FOLLIOU-LALLIOT, « Exécution du contrat administratif. Obligations contractuelles et pouvoirs de l'Administration », *J.-Cl. Adm.*, fasc. 608, n° 75 et s.

⁹⁵⁷ Le pouvoir de modifier unilatéralement les contrats administratifs auxquels l'administration est partie a été reconnu par l'arrêt *Compagnie générale française des tramways* du 11 mars 1910 - CE, 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, *Leb.*, p. 216 -, et trouve sa limite dans l'interdiction de modifier les clauses financières du contrat. Quant au pouvoir de résiliation unilatérale, il résulte de l'arrêt *Distillerie Magnac Laval* du 2 mai 1958 - CE, 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, *Leb.*, p. 246. Ce pouvoir prend trois formes : la résiliation de plein droit - en cas de disparition de l'objet du contrat, par exemple -, de résiliation aux torts du cocontractant - sanction la plus grave du cocontractant fautif, après mise en demeure préalable assortie de griefs précis - et la résiliation pour des motifs ou un but d'intérêt général - sans faute du cocontractant donc.

⁹⁵⁸ Ce pouvoir de sanction permet à l'administration, même en l'absence de clause à cet effet dans le contrat, d'infliger à son cocontractant défaillant des sanctions pécuniaires ou coercitives. C'est ce que juge l'arrêt du 31 mai 1907, *Delplanque contre Ville de Nouzon* - CE, 31 mai 1907, *Delplanque contre Ville de Nouzon*, *Leb.*, p. 513. Ce pouvoir résulte des « pouvoirs de coercition inhérents à tout contrat passé pour l'exécution du service public », précise l'arrêt CE, 6 mai 1985, *OPHLM d'Avignon contre M. Guinchard et autres*, *RDJ* 1985, p. 1706.

⁹⁵⁹ L. MARCUS, *L'unité des contrats publics*, préc., n° 559.

L'objet de la transaction administrative n'a pour effet ni de satisfaire à l'intérêt général, ni de poursuivre le bon fonctionnement du service public, ou alors de manière très indirecte, en favorisant la paix sociale et le désencombrement des juridictions. Rien ne justifie donc l'usage de pouvoirs exorbitants du droit commun au bénéfice de l'administration, qui doit exécuter la transaction dans les mêmes conditions que la personne privée ayant ainsi souhaité mettre fin à son litige. Transiger en droit administratif, à l'instar du droit privé, place les parties sur le même pied d'égalité.

Dans cette perspective, la transaction ne saurait être appréhendée comme les contrats administratifs dont l'objet est de travailler au bon fonctionnement du service public, et où les parties n'ont d'autres droits et obligations que ceux prévus dans leur contrat. Les modifications et résiliations du contrat ne peuvent intervenir que sur accord des parties⁹⁶⁰, de même que la mise en œuvre d'un pouvoir de contrôle et de sanction d'un cocontractant à l'égard de l'autre.

Posée par l'article 1134 du Code civil, l'exécution de bonne foi concerne tous les contrats, privés comme administratifs. Cette exigence permet d'introduire une certaine moralité dans l'exécution des contrats, puisque tous les cocontractants, quelle que soit leur nature juridique, doivent se comporter comme de bons partenaires, se montrer honnêtes, loyaux, transparents⁹⁶¹. Une obligation de comportement loyal est ainsi posée. Comme on le sait, pour B. Plessix, l'arrêt *Commune de Béziers* de 2009 revient à « introduire dans les contrats administratifs, au profit des contractants aussi bien publics que privés, un devoir général de comportement qui irradie l'ensemble de la matière contractuelle, des pourparlers jusqu'à la rupture [...] »⁹⁶².

Le Conseil d'Etat a, par exemple, jugé que la personne publique cocontractante « [devait] collaborer de bonne foi à l'exécution des contrats administratifs ; ainsi, est-elle en faute, si elle s'oppose sans motif valable à l'augmentation des tarifs d'une concession ou prend des mesures susceptibles de nuire à son cocontractant », explique L. Richer⁹⁶³. Cet auteur observe, néanmoins, que « très souvent, le manquement est d'ordre financier : la collectivité publique ne paye pas une somme qu'elle s'est engagée à verser ou la paye en

⁹⁶⁰ V. sur ce point, partie II, titre II, chapitre II, section I, § II, p. 554 et p. 557.

⁹⁶¹ Sur la proximité des notions de bonne foi, de loyauté, de transparence, etc., et plus généralement sur le principe de loyauté contractuelle, v. présent titre, chapitre I, section I, § II, p. 196 et s.

⁹⁶² B. PLESSIX, Chron. sur CE, 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc.

⁹⁶³ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, préc., n° 533.

retard ; ce faisant, elle commet une faute dont elle ne peut s'exonérer en invoquant l'insuffisance de crédits »⁹⁶⁴.

Cette obligation s'impose aussi aux parties à une transaction administrative. A titre d'exemple, elle suppose que les cocontractants accomplissent leurs obligations dans les meilleurs délais. Ceux-ci doivent être « brefs », indique la circulaire du 6 avril 2011⁹⁶⁵. Quels que soient les termes du contrat, il est de première importance pour les parties de procéder à une exécution rapide de leurs obligations⁹⁶⁶. S'agissant des personnes publiques, il en va de leur crédibilité en tant que cocontractantes, et de leur « bonne foi » selon la même circulaire⁹⁶⁷. Ce sont le plus souvent des procédures financières qu'il leur faudra mettre en œuvre.

2. L'exécution des obligations transactionnelles pécuniaires

Si toutes les transactions contiennent nécessairement des concessions réciproques, le contenu de ces dernières est propre à chacune d'elles⁹⁶⁸. La plupart, toutefois, consistent en l'obligation de verser une somme d'argent, surtout de la part des personnes publiques. Aussi convient-il d'examiner les modalités concrètes de réalisation des obligations à caractère pécuniaire pesant sur les personnes publiques. En l'occurrence, l'engagement juridique qu'est la transaction est appréhendé, lors de son exécution, par les principes et la logique budgétaires et comptables.

Qu'il s'agisse de contrats de droit privé ou de droit public, l'exécution financière des concessions consenties par les personnes publiques répond à une procédure assez formalisée, constituée de plusieurs étapes et nécessitant l'intervention successive des ordonnateurs et des comptables publics. En effet, le principe de la séparation des fonctions d'ordonnateurs et de comptables domine de longue date tout le droit budgétaire et comptable des personnes

⁹⁶⁴ *Ibid.*

⁹⁶⁵ Circulaire du 6 avril 2011, préc., § 2.5.1.

⁹⁶⁶ Sont parfois insérées dans le contrat des clauses prévoyant des délais d'exécution et les conséquences de leur dépassement. V. sur ce point, partie II, titre II, chapitre II, section I, § I, p. 540 et s.

⁹⁶⁷ Circulaire du 6 avril 2011, préc., § 2.5.1.

⁹⁶⁸ Sur la nécessité de concessions réciproques pour la qualification de transaction administrative, v. *Supra*, partie I, titre I, chapitre II, section II, § I, B, p. 132 et s.

publiques⁹⁶⁹, et vise à protéger les deniers publics, en évitant que la personne qui ordonne les opérations financières au nom d'une collectivité soit aussi celle qui en manie les fonds.

Dès lors, deux catégories d'agents se relayent lors des opérations financières : les ordonnateurs, « chargés d'établir et de mettre en recouvrement les droits et les produits, ainsi que d'engager, liquider et ordonnancer les dépenses, [et les comptables publics] préposés à la réalisation des recouvrements et des paiements après s'être assurés de la régularité de l'opération à réaliser au regard d'un certain nombre de règles de la comptabilité publique »⁹⁷⁰.

La répartition des tâches est donc bien établie, chacun intervenant à différentes étapes de la procédure d'exécution des opérations financières des personnes publiques, c'est-à-dire des dépenses et des recettes.

S'agissant des premières, les dépenses, la procédure normale comprend quatre phases : l'engagement, la liquidation, l'ordonnancement et le paiement, les trois premières relevant de la compétence des ordonnateurs et la dernière de celle des comptables publics.

L'engagement, explique J.-P. Rougeaux, est « l'acte par lequel l'organisme public crée ou constate à son encontre une obligation pécuniaire »⁹⁷¹. Dans le cadre des transactions administratives, il s'agit de la passation du contrat, même s'il est vrai que celui-ci ne fait que reconnaître l'obligation de la personne publique⁹⁷². Cet engagement « juridique, se double d'un engagement comptable, résultant de l'affectation des crédits budgétaires à la réalisation de la dépense découlant de l'engagement juridique »⁹⁷³. S'agissant du contrat de transaction plus précisément, « l'imputation budgétaire du contrat [...] doit être déterminée dès le début de la procédure transactionnelle », recommande la circulaire du 6 avril 2011⁹⁷⁴. Elle poursuit, « qu'il s'agisse de litiges de nature contractuelle, c'est-à-dire si la responsabilité de l'Etat résulte d'un marché ou de toute autre forme de contrat, ou de litiges de nature extracontractuelle, les indemnités transactionnelles, comme les sommes versées à la suite d'une décision juridictionnelle et leurs frais annexes éventuels, doivent être imputés sur les crédits limitatifs servant au financement des dépenses afférentes au contrat considéré. Toute

⁹⁶⁹ Ce principe est en effet bien ancré en droit français. Posé par l'ordonnance du 14 septembre 1822, concernant l'exécution des dépenses, il a ensuite été généralisé par l'article 14 du décret du 31 décembre 1862, et confirmé par les articles 3 et 20 de l'ancien décret du 29 décembre 1962 portant Règlement général de la comptabilité publique, et par l'article 9 du décret du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique, aujourd'hui en vigueur. V. J.-P. ROUGEAUX, « Principes généraux de la comptabilité publique », *J.-Cl. Administratif*, fasc. 113, n° 8.

⁹⁷⁰ *Ibid.*, n° 7.

⁹⁷¹ *Ibid.*, n° 75.

⁹⁷² V. *Supra*, présent chapitre, section II, § 1, pp. 256-257.

⁹⁷³ J.-P. ROUGEAUX, « Principes généraux de comptabilité publique », fasc. préc., n° 75.

⁹⁷⁴ Circulaire du 6 avril 2011, préc., § 2.5.2.

dérogation à cette règle ne peut intervenir qu'avec l'accord préalable du ministre chargé du budget »⁹⁷⁵.

La liquidation a, quant à elle, pour objet de vérifier la réalité de la dette, ce qui peut parfois conduire les ordonnateurs à retenir un montant différent de celui arrêté lors de l'engagement — en cas de dépassement du prix du marché par exemple. Cette étape ne semble pas présenter de difficulté à propos de la transaction administrative.

Enfin, l'ordonnateur va, par « ordonnance », ordonner au comptable de payer la dette, après avoir reçu le visa du contrôleur financier. Seul le comptable public est, en effet, habilité à manier les fonds publics et donc à pouvoir procéder au paiement d'une dépense, « à libérer de sa dette » une personne publique⁹⁷⁶.

Le paiement de la somme n'est toutefois pas automatique, les comptables publics étant indépendants et non soumis aux ordonnateurs. Cette opération de paiement fait suite à un contrôle du comptable, que celui-ci a d'autant plus à cœur de bien effectuer que sa responsabilité personnelle et pécuniaire peut être engagée⁹⁷⁷. Compte tenu des blocages parfois générés par les comptables publics, il est nécessaire de délimiter l'étendue de ce contrôle à mettre en œuvre. Il s'agit en l'occurrence d'un contrôle minimal, défini par le décret du 7 novembre 2012, le Code général des collectivités territoriales et les jurisprudences du Conseil d'Etat et de la Cour des comptes.

Vérifier la régularité de l'opération à partir de documents qui doivent lui être nécessairement communiqués, ne signifie pas pour le comptable apprécier l'opportunité de l'opération, ainsi que l'indique l'article L. 1617-2 du Code général des collectivités territoriales. Selon cet article, le contrôle du comptable n'implique pas non plus le contrôle de la légalité de l'opération, à l'instar de celui du juge administratif, son contrôle se limitant « à ce qu'impose l'exercice de sa responsabilité personnelle et pécuniaire ».

Les éléments soumis au contrôle du comptable public sont limitativement énumérés par les articles 19, 20 et 38 du décret du 7 novembre 2012. Ainsi, s'agissant des transactions, ils sont fondés à refuser d'effectuer les opérations ou de procéder aux paiements, en l'absence des pièces justificatives de ladite opération — le contrat signé, transmis éventuellement au Préfet, la délibération de l'organe délibérant autorisant l'autorité exécutive à signer le contrat,

⁹⁷⁵ *Ibid.*

⁹⁷⁶ D. du 7 novembre 2012, art. 33.

⁹⁷⁷ V. D. du 7 novembre 2012, préc., art. 17, et L. n° 63-156 du 23 février 1963, modifiée par la loi du 28 décembre 2011, art. 60. Sur la question des risques encourus par les comptables publics à raison de l'exécution des transactions administratives, v. partie II, titre I, chapitre I, section II, § I, A, p. 377 et s.

l'autorisation du Premier ministre pour les établissements publics de l'Etat, etc. —, du défaut de qualité de l'ordonnateur ou de son délégué, de l'indisponibilité des crédits, de l'inexactitude de l'imputation budgétaire de la dépense, de l'absence de validité de la créance ou de celle de caractère libératoire du paiement. En refusant d'exécuter l'ordre de paiement sur un autre de ces motifs, le comptable excédera ses pouvoirs. C'est le cas, par exemple, s'il refuse de procéder au paiement au motif que l'ordre a été pris sur le fondement d'une délibération illégale⁹⁷⁸. Il est tenu en revanche de le faire, s'il apparaît que l'ordonnateur était manifestement incompétent⁹⁷⁹.

Il en résulte qu'il ne revient pas au comptable public d'apprécier le contenu des contrats, c'est-à-dire la nature et l'étendue des concessions réciproques ainsi que la pertinence du recours à ce procédé juridique. Son contrôle se limite à la validité des pièces qui doivent lui être soumises. A l'instar de J.-P. Rougeaux, « on peut dire que le contrôle du comptable public porte essentiellement sur les pièces justificatives produites par l'ordonnateur à l'appui de ses ordonnancements »⁹⁸⁰.

Depuis ces dernières années, le rôle du comptable public a connu une certaine évolution, cependant. Les contrôles *a priori* des opérations financières ne sont plus systématiques, des contrôles hiérarchisés en fonction de la dépense — c'est-à-dire en fonction des risques liés à la nature de la dépense et des pratiques des ordonnateurs — et des contrôles partenariaux de la dépense — reposant sur une démarche d'audit décidée et réalisée en commun par l'ordonnateur, le gestionnaire des crédits et le comptable — ayant été mis en place⁹⁸¹.

Aussi, les transactions conclues par des personnes publiques ne font-elles pas nécessairement l'objet d'un contrôle.

De même, les grandes règles du contrôle classique *a priori* des opérations financières des collectivités publiques trouvent aussi à s'appliquer lorsque que l'opération est constitutive d'une recette.

L'opération de recette comprend également plusieurs étapes : une étape administrative, l'émission d'un titre de recette par l'ordonnateur, constatant et liquidant la

⁹⁷⁸ CE, 5 février 1971, *Ministre de l'Economie et des Finances contre Sieur Balme, Leb.*, p. 105, concl. Grévisse.

⁹⁷⁹ C. comptes, 6 mai 1998, *Commune de Meymac, Rev. Trésor* 1999, p. 777, décision prise par le maire au lieu du conseil municipal.

⁹⁸⁰ J.-P. ROUGEAUX, « Principes généraux de comptabilité publique », fasc. préc., n° 53.

⁹⁸¹ *Ibid*, n° 55 et s.

créance, ainsi qu'une étape comptable, la transmission du titre en vue du recouvrement. Il faut à cet égard rappeler que l'administration a la possibilité de se délivrer à elle-même des titres exécutoires, sans recourir au juge⁹⁸². Comme il a déjà été expliqué, le titre sera ensuite recouvert par le comptable public.

C'est ainsi que doivent être exécutées les transactions des personnes publiques qui bénéficient toutes de la force obligatoire des contrats. Certaines se voient, en outre, conférer dans des circonstances particulières, la force exécutoire attachée aux décisions de justice.

B. L'octroi de la force exécutoire à la transaction administrative

Les parties estiment parfois préférable, voire même nécessaire, de renforcer la force juridique de leur transaction, de manière à en faciliter l'exécution ou en assurer la stabilité vis-à-vis des tiers notamment. Si, pour ce faire, plusieurs procédés existent en droit civil, la voie de l'homologation est, en droit administratif, largement privilégiée (a). A partir de là, il convient d'en préciser le régime juridique (b) et surtout d'en examiner l'intérêt véritable (c).

a. L'octroi de la force exécutoire par le procédé de l'homologation

Que l'accord transactionnel ait été ou non dégagé lors d'une instance pendante, trois procédés permettent traditionnellement de le renforcer : le contrat judiciaire, le jugement d'expédient et l'homologation. C'est du moins ce qu'il advient en droit privé, où les parties ont la possibilité de choisir entre tous ces procédés parfaitement établis. Il en va différemment en droit administratif, qu'il s'agisse de l'admission en droit des procédés permettant de renforcer la valeur juridique des contrats, ou de leur admission en pratique. En cette matière, le renforcement de la force juridique des transactions s'opère essentiellement par le procédé de l'homologation (1), et encore, en des hypothèses précises (2).

⁹⁸² Décret du 7 novembre 2012, préc., art. 28.

1. L'homologation, procédé privilégié

L'office du juge administratif n'est pas l'office du juge judiciaire. Tous deux s'accomplissent dans des conditions différentes, selon des méthodes différentes, avec des enjeux différents : « parce que les litiges qui leur sont soumis ne sont pas de la même nature, le juge judiciaire et le juge administratif ont, l'un et l'autre, élaboré avec une égale logique des techniques distinctes qui correspondent à deux conceptions du rôle du juge et qui, souvent, les conduisent à des solutions divergentes »⁹⁸³.

A la différence du juge judiciaire, le juge administratif accorde peu de place au consensualisme. Si le premier s'estime volontiers lié par l'accord des parties, le second y est assez réticent. Les conclusions de M. Rougevin-Baville sur l'arrêt *Mergui* éclairent parfaitement la position du juge administratif sur ce point : « il nous paraît impossible de faire [...] du juge administratif une sorte d'officier ministériel qui se borne à constater l'accord des parties », de même « si les parties vous demandent quelque chose, en l'occurrence d'apporter à leur accord la solennité et le caractère exécutoire de vos décisions, il serait difficilement concevable que vous n'examiniez pas au préalable sur quelle sorte de marchandise on vous invite à apposer ainsi votre label »⁹⁸⁴. Il indique « trouver le fondement de [sa] thèse dans la nature même de la procédure et de la démarche du droit administratif »⁹⁸⁵. C'est également ce qu'observent MM. Labetoulle et Cabanes : « Pour l'essentiel, le juge judiciaire arbitre un dialogue entre des parties ; les parties dirigent elles-mêmes ce dialogue ; qu'il s'interrompe d'un commun accord et le juge n'a plus à intervenir ; si ce dialogue se poursuit, si le juge doit trancher, il le fait compte tenu des seuls moyens invoqués par les parties. Ces principes, tout imprégnés de consensualisme s'accordent mal avec le caractère inquisitorial de la procédure contentieuse administrative »⁹⁸⁶. Ils poursuivent, « Jouant un rôle plus actif [...], le juge administratif peut difficilement se sentir lié par un accord des parties lorsque celles-ci [...] lui demandent de reprendre les termes de leur accord dans le jugement, lui donnant ainsi la solennité et le caractère exécutoire d'une décision de justice »⁹⁸⁷.

⁹⁸³ D. LABETOULLE, P. CABANES, chron. sur CE, 19 mars 1971, *Mergui*, préc., p. 276.

⁹⁸⁴ M. ROUGEVIN-BAVILLE, concl. sur CE, 19 mars 1971, *Mergui*, préc., p. 244.

⁹⁸⁵ *Ibid.*

⁹⁸⁶ D. LABETOULLE, P. CABANES, chron. sur CE, 19 mars 1971, *Mergui*, préc., p. 274.

⁹⁸⁷ *Ibid.*, p. 275.

Conférer à la transaction administrative la force exécutoire suppose nécessairement d'en contrôler les termes, au risque pour les parties de se voir opposer un refus du juge.

Or, les procédés évoqués, le contrat judiciaire, le jugement d'expédient et l'homologation, ne semblent pas s'accommoder d'un tel contrôle. Examiner plus précisément leur compatibilité avec l'office du juge administratif nécessite de les définir. Pour ce faire, il faut se tourner vers le droit privé, qui, plus familier de ces procédés, les distingue, là où le droit administratif les confond, voire les assimile les uns aux autres.

Le contrat judiciaire présente deux dimensions, qui correspondent aux étapes de sa formation : une dimension consensuelle, en ce qu'il naît d'un accord de volontés, et une dimension judiciaire, en ce qu'il est constaté par le juge, « condition même de l'existence d'un contrat judiciaire »⁹⁸⁸. On parle aussi de jugement de donné acte, formule quelque peu inappropriée.

En effet, il s'agit d'un contrat visant à la résolution amiable d'un litige conclu par les parties en cours d'instance — constitutif éventuellement d'une transaction, s'il contient des concessions réciproques — et qualifié de judiciaire à partir du moment où il a été constaté par le juge. A défaut, le contrat est réputé parfait — dès la rencontre valable d'une offre, contenue bien souvent dans les conclusions de l'une des parties, et d'une acceptation —, et produit tous les effets du contrat, mais n'est pas judiciaire. C'est l'intervention du juge qui va transformer le contrat ordinaire en contrat judiciaire : « Le contrat n'est pas un contrat passé devant le juge, mais un contrat constaté par lui »⁹⁸⁹.

Le rôle du juge est, en effet, assez limité. A l'instar d'un notaire, son intervention se borne au constat de l'existence d'un accord, sans exercer le moindre contrôle de sa validité. « Si le juge constate le contrat, il ne juge pas et même ne décide rien »⁹⁹⁰. Il s'en suit que « le jugement n'a de jugement que la forme, il n'est pas une décision du juge, il est dépourvu de l'autorité de la chose jugée »⁹⁹¹ et par conséquent, se trouve insusceptible d'appel⁹⁹². Rien n'interdit toutefois aux parties d'accompagner leur demande de constatation judiciaire d'une demande tendant à l'homologation de l'accord : « le donné acte, parce qu'il ne tranche pas une quelconque contestation ayant donné lieu à un débat contradictoire, n'est pas doté de l'autorité

⁹⁸⁸ A. LAUDE, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, PUAM, 1992, n° 228.

⁹⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁹⁰ *Ibid.*, n° 230.

⁹⁹¹ *Ibid.*

⁹⁹² Cass. Civ. 2^e, 28 novembre 1973, *D.* 1974, IR, p. 41, *RTD Civ.* 1974, p. 667, obs. R. Perrot ; Cass. 2^e civ., 11 juillet 1978, *Bull. civ.* 1978, II, n° 189.

de la chose jugée s'il n'est accompagné d'une homologation expresse »⁹⁹³. Il faut préciser par ailleurs que la constatation par le juge ne saurait intervenir qu'à titre incident, et non faire l'objet d'une demande principale.

Finalement, la définition du contrat judiciaire proposée en 1908 par Tissier est encore pertinente aujourd'hui : « il n'y a de contrat judiciaire que si le juge a constaté le contrat passé devant lui, et si, de plus, cette constatation est écrite et signée sur le registre des minutes du greffe. [...] Il ne s'agit pas ici d'un simple mode de preuve, mais d'une forme nécessaire ; il ne saurait y avoir de contrat judiciaire constaté autrement ou prouvé autrement, et il ne saurait à plus forte raison, y avoir de contrat judiciaire tacite sans déclaration des parties, ni constatation du juge »⁹⁹⁴.

Le jugement d'expédient mobilise davantage le juge. Il ne s'agit plus seulement de constater l'accord conclu en cours d'instance par les parties en litige, mais de le sanctionner : « L'originalité de ces jugements réside dans le fait que le juge prononce une véritable décision motivée : il ne se limite pas à consacrer un accord intervenu. Même si le juge constate dans sa décision un accord préalable des parties, il déclare les droits, les obligations des plaideurs, examine les termes de leur accord, prononce des condamnations et fait donc œuvre de juge »⁹⁹⁵. C'est après l'avoir contrôlée que le juge judiciaire s'approprie la convention des parties et en fait un acte juridictionnel. Véritable jugement, la décision du juge dispose de l'autorité de la chose jugée, et les voies de recours contre elle sont ouvertes. L'existence d'un contrôle du juge judiciaire sur la teneur de l'accord des parties, au-delà de la simple constatation, semble aujourd'hui faire l'unanimité au sein de la doctrine privatiste⁹⁹⁶. Le juge s'estime de moins en moins tenu par l'accord des parties. Outre sa forme qui est celle de la décision de justice, le jugement d'expédient est aussi un jugement au fond : « en l'espèce, le juge a eu une activité intellectuelle identique à celle qu'il a dans n'importe quelle affaire contentieuse »⁹⁹⁷.

La pratique du jugement d'expédient est aujourd'hui assez marginale. La procédure introduite par le décret du 28 décembre 1998 permettant d'attribuer la force exécutoire aux

⁹⁹³ A. LAUDE, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, préc., n° 230.

⁹⁹⁴ A. TISSIER, note sous Cass., req., 2 juin 1908, S. 1909, I, 305.

⁹⁹⁵ R. PERROT, N. FRICERO, M. DOUCHY-OUDOT, « Autorité de la chose jugée. – Autorité de la chose jugée au civil sur le civil », *J.-Cl. Procédure civile*, fasc. 554, n° 32.

⁹⁹⁶ V. sur ce point, C. BOILLOT, *La transaction et le juge*, PUF Clermont-Ferrand, coll. Thèses, 2003, n° 543.

⁹⁹⁷ J. HERON, T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 6^e éd., 2015, n° 324.

transactions, visait justement à enrayer certains détournements⁹⁹⁸. En effet, bien souvent, le litige n'était que simulé de la part des parties, celles-ci ayant saisi le juge uniquement pour obtenir un jugement — doté de la force exécutoire — reprenant leur accord. Ce procédé, s'il existe toujours aujourd'hui, a été largement éclipsé par celui de l'homologation.

Homologation et jugement d'expédient sont fréquemment confondus. Il est vrai que la notion d'homologation n'est pas exempte de toute ambiguïté, d'autant que selon les circonstances, elle peut être le fait du législateur, de l'administration et des juges judiciaire et administratif. Pour C. Fardet, qui a consacré sa thèse à *L'homologation en droit public*, « l'homologation, décision de contrôle de la puissance publique, se définit comme "la reconnaissance de l'autorité publique" »⁹⁹⁹. Plus précisément, « le contrôle qui la [l'homologation] conditionne n'est ni hiérarchique, ni tutélaire. Le contrôle de l'homologation est *sui generis*. Dès lors, l'homologation se distingue de l'approbation (en ce qu'elle n'est qu'une reconnaissance et non un consentement), de l'agrément (en ce que son objet est statique) et de l'autorisation (en ce qu'elle n'est pas une dérogation à un régime d'interdiction) »¹⁰⁰⁰.

L'originalité de cet acte réside dans le fait qu'il soit « tout à la fois producteur de normes et perfecteur ». Acte producteur de normes, puisqu'« à l'évidence, c'est ordonnancer la conduite des hommes que d'homologuer ou de refuser d'homologuer un acte, car de cet octroi ou de ce refus découleront des incidences juridiques notables. Aussi la norme d'homologation résulte de l'acte d'homologation »¹⁰⁰¹. En l'occurrence, la norme posée par l'homologation est la reconnaissance par l'autorité publique de l'objet qui lui est soumis, c'est-à-dire le constat de l'existence de cet objet et de sa non illégalité manifeste, de même que son intégration dans le domaine de connaissance de l'autorité publique et dans l'ordonnement juridique¹⁰⁰². De tous les actes de contrôle de la puissance publique,

⁹⁹⁸ Le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 introduit l'article 1441-4 dans le Code de procédure civile, qui donne le pouvoir au président du Tribunal de grande instance, saisi sur requête des parties, de conférer force exécutoire à leur accord transactionnel. Cet article a suscité critiques et interrogations de la doctrine du fait de son imprécision, V. sur ce point, R. PERROT, « L'homologation des transactions », *Procédures*, août-septembre 1999, p. 3 ; Y. DESDEVISES, « Les transactions homologuées : vers des contrats juridictionnalisables ? », *D.* 2000, p. 284. Depuis le décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 sur la résolution amiable des différends, ledit article ne trouve plus à s'appliquer qu'à Wallis et Futuna, le précédent décret ayant été abrogé. Le décret de 2012 a introduit un nouveau livre V dans le Code de procédure civile, contenant les articles 1556 et 1557 permettant aux parties de demander au juge d'homologuer leur accord.

⁹⁹⁹ C. FARDET, *L'homologation en droit public*, thèse, Paris II, 1996, p. 3.

¹⁰⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰⁰¹ C. FARDET, « La notion d'homologation », *Droits* 1998, p. 183.

¹⁰⁰² *Ibid.*

l'homologation est « celui qui contient le moins de puissance publique », dans la mesure où elle ne consiste qu'à réceptionner et intégrer dans l'ordonnement juridique¹⁰⁰³.

De même, l'homologation permet de parfaire un acte existant. Il ne s'agit ni d'altérer la substance d'un acte¹⁰⁰⁴, ni de corriger ses imperfections, mais de le rendre apte à produire des effets de droits. « Non seulement, l'homologation n'a pas pour fonction de changer l'acte, mais encore elle n'a pour but que de lui faire produire ses pleins et entiers effets »¹⁰⁰⁵. En cela, elle apparaît comme un « luxe juridique »¹⁰⁰⁶. En outre, une fois homologuées, les conventions échappent à la volonté de leurs auteurs, qui ne peuvent donc plus en disposer sans violer l'autorité de la chose jugée¹⁰⁰⁷.

En ce qui concerne les transactions, le qualificatif de « luxe juridique » ne doit pas être réservé à l'homologation, puisque contrat judiciaire, jugement d'expédient et homologation permettent tous d'en accroître la force juridique, alors même qu'elles suffisent par elles-mêmes à produire des effets de droit. Mais cette caractéristique commune ne doit pas faire oublier des différences parfois profondes.

Le contrat judiciaire naît du simple constat par le juge compétent de l'existence d'une transaction conclue en cours d'instance. Le jugement d'expédient implique, lui, que le juge accepte de reprendre les termes d'un accord existant dans un jugement. Enfin, l'homologation permet, après un contrôle du juge, de valider la transaction, dégagée ou non en cours d'instance.

Le jugement d'expédient et l'homologation sont relativement proches. A la différence du contrat judiciaire, qui ne fait que donner à l'accord la valeur d'un acte authentique, ils permettent tous deux de lui conférer la force exécutoire. De même, la démarche du juge est assez similaire, puisque dans les deux cas, il contrôle la solution des parties. La différence entre les deux procédés réside essentiellement dans la forme de l'acte. Par le jugement d'expédient, le juge rédige un véritable jugement qui reprend la solution des parties comme si elle émanait de lui, alors qu'avec l'homologation, le juge valide le contenu de l'accord. Il le « labellise »¹⁰⁰⁸ dans une décision de justice, dès lors que rien ne s'y oppose. L'homologation constitue une véritable voie de recours au juge, ouverte pour les transactions conclues en

¹⁰⁰³ *ibid*, p. 187.

¹⁰⁰⁴ « L'homologation ne peut permettre, non seulement la réformation substantielle de l'objet sur lequel elle porte, mais encore, elle ne permet pas même une simple modification sur un aspect mineur de l'objet », précise C. FARDET, *L'homologation en droit public*, préc., p. 512.

¹⁰⁰⁵ C. FARDET, *L'homologation en droit public*, préc., p. 540.

¹⁰⁰⁶ C. FARDET, « La notion d'homologation », préc., p. 192.

¹⁰⁰⁷ C. FARDET, *L'homologation en droit public*, préc., p. 549.

¹⁰⁰⁸ M. ROUGEVIN-BAVILLE, Concl. sur CE, 19 mars 1971, *Mergui*, préc., p. 244.

cours d'instance et en dehors de toute instance juridictionnelle, ce qui n'est pas le cas du jugement d'expédient, susceptible de ne concerner que les transactions conclues en cours d'instance. C'est du reste ce qui explique qu'en droit judiciaire, la première a fini par marginaliser le second.

Plus précisément, il faut signaler que le contrat judiciaire, en n'impliquant qu'un simple constat du juge, n'est pas compatible avec l'office du juge administratif. C'est aussi ce que signifiait M. Rougevin-Baville : « Il nous paraît impossible d'admettre [...] devant vous l'existence d'un contrat judiciaire au sens restreint que donne à ce mot la doctrine civiliste [...], c'est-à-dire de faire en ce cas du juge administratif une sorte d'officier ministériel qui se borne à constater l'accord des parties et à lui donner la valeur d'un acte authentique »¹⁰⁰⁹. S'il a semblé un temps avoir été admis, ce n'était qu'une erreur de qualification¹⁰¹⁰.

Quant au jugement d'expédient, dans la mesure où il intervient au terme d'un examen, par le juge, de la légalité de l'acte qui lui est soumis, rien ne s'oppose à ce qu'il puisse être utilisé en droit administratif. Il faut toutefois noter que depuis l'arrêt *Mergui*, ouvrant droit à l'homologation des transactions conclues en cours d'instance, il n'y est plus fait recours.

L'homologation, acte de contrôle par essence, correspond parfaitement à la logique de l'office du juge administratif. En outre, elle est ouverte plus largement que le jugement d'expédient. Alors que celui-ci n'est susceptible de n'intervenir qu'en cours d'une instance juridictionnelle, l'homologation est ouverte de plein droit aux transactions conclues en cours d'instance, depuis l'arrêt *Mergui* du 19 mars 1971, et de manière plus résiduelle s'agissant des transactions conclues en dehors de toute instance juridictionnelle, depuis l'avis *L'Hay-les-Roses* du 6 décembre 2002.

Depuis, c'est cette procédure qui concentre l'attention, que ce soit des parties ou de la doctrine. L'homologation est à l'évidence devenue la voie privilégiée, éclipsant totalement le

¹⁰⁰⁹ *Ibid.*

¹⁰¹⁰ Des arrêts ont pu abusivement user du terme de contrat judiciaire pour désigner en réalité des transactions conclues en cours d'instance. Par exemple, dans l'arrêt du 9 février 1934, *Chemin de Fer du Nord contre Sieur de Brigode*, le Conseil d'Etat énonce : « Il résulte de l'examen des mémoires de première instance que les parties étaient d'accord sur ce point [...] que le juge ne pouvait refuser à donner acte de l'offre [...] que du rapprochement des conclusions des parties naissait, en effet, un contrat judiciaire auquel le Conseil de préfecture ne pouvait passer outre ; qu'il y a donc lieu sur ce point d'annuler l'arrêté et de donner acte de l'accord des parties ». Le cas d'espèce pour intéressant qu'il soit, ne correspond pas à un contrat judiciaire. Il y a effectivement eu un rapprochement des conclusions des parties, éteignant les éléments litigieux. Le juge administratif était tenu de constater cet accord et de prononcer un non-lieu à statuer. Sa tâche s'arrêtait là, les parties ne lui ayant pas demandé de conférer à cet accord la valeur d'un acte authentique. Le rapprochement des parties, s'il comportait des concessions réciproques, pouvait être constitutif d'un contrat transactionnel conclu en cours d'instance, mais non pas d'un contrat judiciaire *ipso facto*. Le juge administratif avait seulement à prononcer un non-lieu à statuer. C'est en ce sens qu'il était tenu par l'accord des parties, qui encore une fois, ne lui demandaient pas de conférer une valeur particulière à l'accord. Contrat judiciaire et transaction en cours d'instance sont deux éléments distincts. V. CE, du 9 février 1934, *Chemin de Fer du Nord contre Sieur de Brigode*, préc.

jugement d'expédient. Son admission en droit administratif appelle cependant quelques précisions.

2. L'admission restrictive de l'homologation

Après l'examen de la compatibilité des procédés de nature à renforcer la force juridique de la transaction avec l'office du juge administratif, il convient de déterminer celle de l'homologation avec les caractéristiques de la transaction administrative. En l'occurrence, ces dernières font obstacle à ce que l'homologation soit admise en toute hypothèse. Sur ce point, le traitement juridique des transactions n'est pas uniforme et diffère, selon que le contrat a été conclu ou non en cours d'instance.

Permettre l'homologation des transactions administratives conclues en cours d'instance n'a soulevé guère de difficulté. S'interrogeant sur l'opportunité de l'homologation, M. Rougevin-Baville faisait valoir qu'il « peut-être intéressant pour un requérant, malgré l'absence des voies d'exécution forcée contre les personnes publiques, de donner à l'accord intervenu une forme solennelle, afin de se prémunir contre toutes les difficultés ultérieures »¹⁰¹¹. Dans cette hypothèse, l'homologation n'est pas l'objet de la demande principale des parties ; elle n'apparaît que comme un incident de procédure, les parties se dirigeant initialement vers un mode de règlement juridictionnel de leur litige.

Le contexte est identique à celui du jugement d'expédient. Si les parties parviennent à s'accorder, alors qu'une action contentieuse a été engagée, et demandent au juge de consacrer leur accord dans une décision de justice, il le fera par un jugement d'expédient. Là encore, on peut parler d'un incident de procédure.

La demande d'homologation en l'absence de tout recours juridictionnel s'inscrit dans un contexte tout à fait différent ; le juge n'est pas saisi d'un litige, mais d'une demande à seule fin d'homologation d'une transaction. La recevabilité d'une telle demande pouvait-elle être admise ?

C'est la question qui fut adressée en 2002 par le Tribunal administratif de Melun au Conseil d'Etat, en application de l'article L. 113-1 du Code de justice administrative. Comme

¹⁰¹¹ M. ROUGEVIN-BAVILLE, *Concl. sur CE, 19 mars 1971, Mergui, préc.*, p. 248.

on le sait, deux questions furent plus précisément posées : « le juge peut-il donner acte, approuver ou homologuer au titre de ses attributions contentieuses un accord intervenu sous la forme d'une transaction entre les deux parties aux fins de réparation d'un dommage, alors qu'aucun litige n'est introduit devant lui ? », et « dans l'affirmative, le juge administratif est-il compétent pour homologuer toute transaction ayant pour objet de mettre fin ou de prévenir tout différend de nature administrative, ou seulement des transactions qui comportent des clauses exorbitantes du droit commun, ou qui sont relatives à des marchés ou à des dommages de travaux publics ? »¹⁰¹². Seule la première question et ses éléments de réponse importent ici.

Dans un premier temps, le Conseil d'Etat cite l'article 2052 du Code civil, évoquant à propos de la transaction l'autorité de la chose jugée en dernier ressort. Il ajoute qu'elle « est exécutoire de plein droit, sans qu'y fassent obstacle, notamment, les règles de la comptabilité publique ». Aussi en conclut-il dans un deuxième temps, qu'« en dehors des cas où la contestation à laquelle il est mis fin a été précédemment portée devant le juge administratif, des conclusions tendant à ce que celui-ci homologue une transaction sont en principe dépourvues d'objet et par suite irrecevables ». Dans un troisième temps, la Haute juridiction réserve deux exceptions au principe : « La recevabilité d'une telle demande d'homologation doit toutefois être admise, 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 ».

C'est donc de manière exceptionnelle que les conclusions à fin d'homologation des transactions conclues en dehors de toute instance peuvent être jugées recevables.

Les précisions du Conseil d'Etat étaient les bienvenues. La recevabilité de la demande d'avis du Tribunal administratif n'était, du reste, guère contestable : la question était bien nouvelle et susceptible de se présenter fréquemment. En fait, elle s'était déjà présentée. Avant l'avis *L'Hay-les-Roses*, plusieurs Tribunaux administratifs avaient déjà été saisis de demandes d'homologation en dehors de toute instance en cours. Tous n'avaient pas adopté la même

¹⁰¹² CE, Avis, 6 décembre 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Hay-les-Roses*, préc.

solution ; alors que certains avaient accepté d'y faire droit, d'autres les avaient rejetées¹⁰¹³. Le vocabulaire lui-même n'était pas clairement arrêté : il était successivement question d'homologation ou d'approbation¹⁰¹⁴.

L'avis de 2002 met fin à ces incertitudes et confirme la position de certains Tribunaux administratifs, en acceptant de manière exceptionnelle la recevabilité des conclusions à fin d'homologation des transactions conclues en dehors de toute instance juridictionnelle et relatives à des litiges relevant de la juridiction administrative.

Si le Commissaire du gouvernement G. Le Chatelier reconnaissait qu'« on peut légitimement douter de l'intérêt de reconnaître au juge administratif un tel pouvoir général d'homologation des transactions », celles-ci ayant par elles-mêmes la force obligatoire, et la réintroduction du juge dans des « dispositifs conçus pour s'en abstraire » étant pour le moins « paradoxale »¹⁰¹⁵. Mais il montrait aussi que l'homologation présentait l'avantage de faciliter leur exécution, en remédiant aux blocages des comptables publics. C'est surtout le cas, explique-t-il, dans le contentieux des marchés publics, où la transaction était déjà utilisée pour indemniser l'entrepreneur des travaux effectués en vertu d'un marché postérieurement annulé, ou des travaux supplémentaires réalisés en l'absence de tout contrat, etc. Les comptables publics regardaient avec une grande méfiance ce type de transactions, terrain de prédilection des demandes d'homologation directe — comme c'est le cas aujourd'hui encore. La transaction permettant seule de dénouer ces situations, G. Le Chatelier a invité le Conseil d'Etat à ouvrir l'homologation pour remédier aux blocages de ces agents. « Il nous semble que ce mécanisme [l'homologation] doit être permis dans les hypothèses où le recours à l'homologation par le juge est une nécessité pour l'administration qui ne disposerait pas sinon d'autres voies de droit régulières pour régler la situation à laquelle elle est confrontée après qu'une irrégularité ait été commise »¹⁰¹⁶. Le Conseil d'Etat, manifestement sensible à cet argumentaire, a donc accepté, dans « l'intérêt général »¹⁰¹⁷ et à titre exceptionnel, que puissent être homologuées les transactions administratives.

¹⁰¹³ TA Melun, 4 décembre 2001, *Ministre de la Défense*, N° 01-4643 et 01-3402, *BJDCP* 2002, n° 23, p. 308, concl. Jarrige ; TA Versailles, 24 décembre 2001, *SAMAN contre Société IBM France*, *BJDCP* 2002, n° 23, p. 308 ; TA Paris, 5 mars 2002, *Département des Hauts-de-Seine et Société Les équipements de la Colline*, *BJDCP* 2002, n° 24, p. 384, concl. Guedj.

¹⁰¹⁴ V. les arrêts de TA précités et même la demande d'avis du TA de Melun au Conseil d'Etat, telle qu'elle est formulée dans l'avis *L'Hay-les-Roses*.

¹⁰¹⁵ G. LE CHATELIER, *Concl. sur CE, Avis, 6 décembre 2002, Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Hay-les-Roses*, préc., p. 295-296.

¹⁰¹⁶ *Ibid*, p. 297.

¹⁰¹⁷ CE, Avis, 6 décembre 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Hay-les-Roses*, préc.

Il s'agissait, en outre, d'éviter que les parties se livrent à ce qui a été qualifié de « gesticulation juridictionnelle »¹⁰¹⁸, consistant à engager fictivement un procès pour obtenir, en cours d'instance, l'homologation de leur transaction, ou qu'elles s'adressent au juge judiciaire, qui « pourrait sans doute l'exercer [...] sur la base des dispositions de l'article 1441-1 du nouveau code de procédure civile »¹⁰¹⁹.

Il restait alors à établir le fondement d'un tel pouvoir d'homologation directe. Jusque-là, les Tribunaux administratifs se fondaient sur la loi du 6 janvier 1986, octroyant au juge administratif le pouvoir de conciliation¹⁰²⁰. Mais concilier n'est pas transiger, et moins encore homologuer. Le pouvoir d'homologuer les transactions en dehors de toute instance juridictionnelle ne pouvait résulter de la loi de 1986. Or, aucun autre texte ne semblait conférer au juge administratif ce pouvoir. Aussi le Conseil d'Etat a-t-il pris le parti, à défaut de fondement légal, de créer de manière prétorienne une nouvelle voie d'accès au juge pour l'homologation directe des transactions administratives¹⁰²¹.

Est ainsi apparue aux côtés des recours juridictionnels traditionnels que sont le recours en excès de pouvoir et le recours de pleine juridiction, une nouvelle voie d'accès au juge, l'homologation directe, ouverte toutefois, de manière exceptionnelle. Cette voie de droit est tout à fait originale, puisqu'insusceptible de se rattacher à l'un ou à l'autre des recours. Homologation en cours d'instance et homologation en dehors de toute instance s'inscrivent, comme il a été vu, dans des contextes différents. Dans le cadre de l'homologation directe, les conclusions à fin d'homologation n'apparaissent plus comme des incidents de procédure d'un recours déjà engagé, mais sont présentées à titre principal, ce qui est intéressant du point de vue des représentations respectives de la justice étatique et de la transaction dans la résolution des litiges¹⁰²².

Ce pouvoir d'homologation directe admis, il faut à présent en examiner la portée. Il apparaît alors que les précisions apportées par l'avis *L'Hay-les-Roses* ont été largement suivies par les Tribunaux administratifs, qui en citent les termes mêmes. Les demandes

¹⁰¹⁸ P. SOLER-COUTEAUX, J.-J. LOUIS, « Du bon usage de la transaction administrative dans les contrats publics », préc., p. 7.

¹⁰¹⁹ G. LE CHATELIER, Concl. sur CE, Avis, 6 décembre 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Hay-les-Roses*, préc., p. 298.

¹⁰²⁰ V. à titre d'exemple, A. GUEDJ, Concl. sur TA Paris, 5 mars 2002, *Département des Hauts-de-Seine et Société Les équipements de la Colline*, préc., p. 386.

¹⁰²¹ L'avis de 2002 constitue d'ailleurs « une remarquable illustration du pouvoir normatif du juge administratif » que n'a pas manqué de souligner la doctrine, à l'instar de B. PLESSIX, « Transaction et droit administratif », in *La transaction dans toutes ses dimensions*, préc., p. 142.

¹⁰²² V. sur ce point, partie II, titre I, chapitre I, section I, p. 332 et s.

d'homologation ne sont donc jugées recevables que pour autant qu'elles correspondent aux hypothèses réservées par le Conseil d'Etat.

Mais, plus précisément, à l'épreuve des faits, comment les Tribunaux administratifs interprètent-ils les prescriptions de l'avis *L'Hay-les-Roses* ? Ce qui est présenté par le Conseil d'Etat comme exceptionnel, l'est-il en pratique ? Pour reprendre la formule de B. Pacteau, « la porte de l'homologation est-elle un peu ou beaucoup — voire trop — ouverte ? »¹⁰²³.

Certes, les hypothèses ouvrant droit à l'homologation directe des transactions administratives sont limitativement énumérées, elles semblent tout de même correspondre à des situations relativement fréquentes. La première exception, aux termes de laquelle la demande est recevable, « 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 »¹⁰²⁴, est susceptible de concerner un nombre important d'hypothèses, la transaction étant l'instrument privilégié pour y remédier à ces situations. Si le périmètre d'une telle exception est large, son contenu est précis, ne nécessitant pas d'interprétation particulière de la part des juridictions.

Ce n'est pas tout à fait le cas de la seconde exception, qui intéresse toutes les situations dans lesquelles l'« exécution [des transactions] se heurte à des difficultés particulières. Tel peut notamment être le cas en matière de marchés publics et de délégations de service public »¹⁰²⁵. Même si elles en constituent le domaine de prédilection, cette exception n'est pas limitée aux seules transactions conclues en ces matières. Pour l'heure, il est difficile de dresser un tableau général de la politique des juridictions sur cette question, faute d'arrêts suffisamment importants en nombre. Il semble cependant que cette seconde exception fasse l'objet d'une lecture plutôt stricte. Il a ainsi été jugé que ne sont pas constitutives d'une telle difficulté, les circonstances que « la transaction ait elle-même prévu que le mandatement des sommes à verser [à un organisme public] interviendrait dès son homologation, cette clause pouvant parfaitement faire l'objet d'une modification »¹⁰²⁶, ou que l'homologation soit « exigée par la trésorerie principale comme préalable nécessaire à l'inscription définitive des opérations comptables de compensation de créances fixées par l'accord transactionnel »¹⁰²⁷, ou encore le refus du comptable public d'exécuter la transaction,

¹⁰²³ B. PACTEAU, « L'homologation des transactions par le juge administratif », préc., p. 304.

¹⁰²⁴ CE, Avis, 6 décembre 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Hay-les-Roses*, préc.

¹⁰²⁵ *Ibid.*

¹⁰²⁶ TA Paris, 8 novembre 2006, *Ministre de la Défense, Contrats-marchés publics 2007*, comm. 155, obs. F. Llorens et P. Soler-Couteaux.

¹⁰²⁷ TA Versailles, 16 mai 2008, *Commune d'Issy-les-Moulineaux*, AJDA 2008, p. 1556.

« eu égard au pouvoir de réquisition dont dispose le Président du Conseil régional à l'égard du payeur régional »¹⁰²⁸, ou la demande expresse du contrôleur financier subordonnant son avis à l'homologation du juge¹⁰²⁹. Un jugement du Tribunal administratif de Nancy révèle, à l'inverse, une interprétation large de ces exceptions, admettant la recevabilité d'une demande d'homologation, au motif que la transaction visait à permettre le règlement d'un marché dont l'exécution s'était heurtée à de sérieuses difficultés et à parvenir dans les meilleurs délais à garantir un fonctionnement continu et sécurisé du transport des usagers délégué par convention¹⁰³⁰.

Dans l'ensemble donc, l'esprit de l'avis *L'Hajj-les-Roses* a été respecté : les exceptions aussi larges soient-elles ne donnent pas lieu à une acceptation systématique des demandes d'homologation directe. A la question que soulevait B. Pacteau dans son commentaire de l'avis de 2002, en l'état, il peut être répondu que la porte est à moitié ouverte. Selon les prescriptions de l'avis, les exceptions sont fréquentes, sans avoir pris le pas sur le principe, qui demeure le rejet. Cet équilibre est satisfaisant, dans la mesure où il permet de sécuriser les transactions qui le nécessitent, sans dénaturer le procédé transactionnel en lui-même par un recours trop fréquent au juge étatique¹⁰³¹.

C'est ainsi que de manière purement prétorienne l'homologation des transactions administratives a été admise. A partir de là, il a fallu élaborer un régime juridique de l'homologation, régime lui aussi prétorien.

b. Le régime juridique de l'homologation

Le régime juridique conçu par le Conseil d'Etat pour l'homologation des transactions administratives s'aligne pour beaucoup sur celui des régimes juridictionnels classiques¹⁰³². Si

¹⁰²⁸ CAA Douai, 13 avril 2006, *Société cabinet JPR Ingénierie*, N° 02DA00157.

¹⁰²⁹ TA Grenoble, 2 mars 2004, *Agence de maîtrise d'ouvrage des travaux du ministère de la justice contre société Dumez*, *BJDCP* 2004, n° 35, p. 291.

¹⁰³⁰ TA Nancy, 3 octobre 2006, *Cité urbaine du Grand Nancy*, *Contrats-marchés publics* 2007, comm. 125, obs. F. Llorens et P. Soler-Couteaux.

¹⁰³¹ Le Conseil d'Etat ne procédant pas au recensement des demandes d'homologation, il n'a pas été possible de préciser ce constat par des données chiffrées. Réponse par mail de P.-Y. Martinie du 17 avril 2015 à une demande adressée au Conseil d'Etat.

¹⁰³² A titre incident, il peut être précisé que le jugement d'expédient, constitutif d'un véritable jugement, répond au régime juridique du recours juridictionnel engagé. Il s'agit, en effet, pour le juge de reprendre la solution des parties dans son jugement. Dès lors, les développements suivants se concentreront sur l'homologation qui appelle plus de précisions.

plusieurs décisions ont contribué à son élaboration, les principales, celles que l'on pourrait qualifier de fondatrices, sont l'arrêt *Mergui* et l'avis *L'Hay-les-Roses*.

Examiner le régime juridique de l'homologation des transactions administratives suppose de considérer plusieurs éléments regroupés en trois points : en premier lieu, la compétence et la recevabilité de la demande d'homologation (1), en deuxième lieu, l'examen au fond de la demande (2), et enfin, la nature juridique de la décision rendue et les voies de recours (3).

1. Les règles de compétence et de recevabilité

Le juge administratif n'est compétent que pour homologuer les transactions ayant pour objet le règlement d'un litige relevant de sa compétence juridictionnelle¹⁰³³. De même, au sein de la juridiction administrative, les règles de compétence de droit commun trouvent à s'appliquer aux demandes d'homologation présentées en dehors de toute instance juridictionnelle. C'est dès lors le Tribunal administratif qui sera compétent en première instance, sauf naturellement, pour les transactions relatives à un litige relevant en premier et dernier ressort du Conseil d'Etat. Quand, en revanche, la transaction est conclue en cours d'instance, c'est le juge saisi de cette instance qui pourra procéder à l'homologation : le juge de première instance, le juge d'appel éventuellement ou le juge de cassation.

Plusieurs règles encadrent la recevabilité des demandes d'homologation. S'agissant d'abord de l'initiative de la demande, elle peut émaner de l'une des parties au contrat ou des deux, quelles qu'en soient les circonstances, qu'elle intervienne en cours d'instance ou non. Même si cela n'a jamais été consacré clairement par la jurisprudence, il ressort des arrêts qu'une demande conjointe des parties n'est pas nécessaire pour la saisine du juge.

De même, la demande doit porter sur un contrat déjà conclu : il doit être signé par les deux parties et les conditions d'approbation et de soumission au contrôle de légalité éventuellement nécessaires, satisfaites. « D'une part, le fait de permettre de soumettre au juge pour homologation un projet de transaction aurait eu pour effet de le transformer en conseiller juridique des parties au projet de protocole, ce que la jurisprudence récuse ; d'autre part, s'agissant des autorisations données par les assemblées délibérantes ou les conseils

¹⁰³³ CE, Avis, 6 décembre 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Hay-les-Roses*, préc. V. *Supra*, p. 78 et s.

d'administration des établissements publics, la demande d'homologation ne doit pas venir prendre de court un éventuel déféré du préfet ou une décision de la tutelle sur la transaction en cause »¹⁰³⁴.

En outre, ne trouvent pas à s'appliquer à la demande d'homologation, les procédures particulières qui viendraient conditionner la recevabilité du recours contentieux, comme la mise en œuvre de procédures de conciliation ou de médiation devant certaines commissions spécialisées, ou les recours administratifs préalables. La solution est logique et permet de conserver à la transaction son intérêt.

Enfin, la partie qui introduit la demande devant le juge doit être compétente pour ce faire. La Cour administrative d'appel de Bordeaux a ainsi rejeté la demande d'homologation d'une transaction présentée par un maire au nom d'une commune, au motif qu'il n'avait pas reçu d'autorisation du conseil municipal¹⁰³⁵.

Il reste l'épineuse question du moment qui doit présider à l'introduction de la demande d'homologation — et non de la conclusion de la transaction¹⁰³⁶ — qui ne concerne naturellement, que les transactions conclues en cours d'instance. Si admettre la recevabilité des demandes d'homologation présentées lors de la première instance ne soulève aucune difficulté, il n'en allait pas de même au stade de l'appel et de la cassation, une décision de justice ayant été rendue.

L'arrêt *Mergui* a implicitement admis cette possibilité pour les transactions conclues au stade de l'appel. L'arrêt *Société Krupp Hazemag* du 11 juillet 2008 l'a également acceptée¹⁰³⁷ en cassation. Cette solution résulte d'un arbitrage entre des considérations, toutes également pertinentes, exposées par le Commissaire du gouvernement B. Dacosta¹⁰³⁸. La principale difficulté résultait de l'incompatibilité, du moins *a priori*, entre les offices du juge de cassation et du juge de l'homologation.

Le Conseil d'Etat, saisi d'un pourvoi en cassation, n'intervient pas en tant que troisième degré de juridiction : il lui appartient de contrôler la décision des juges du fond et non de rejurer le litige. « Le juge de cassation est saisi d'une décision juridictionnelle ; il se borne à juger de sa régularité et de sa légalité ; il n'entre pas dans ses missions de rejurer

¹⁰³⁴ G. LE CHATELIER, « Transaction », préc., n° 101.

¹⁰³⁵ CAA Bordeaux, 20 mai 2008, *Commune de Saint-Martin*, N° 06BX02052.

¹⁰³⁶ V. *Supra*, p. 74 et s.

¹⁰³⁷ CE, 11 juillet 2008, *Société Krupp Hazemag*, préc.

¹⁰³⁸ B. DACOSTA, « L'homologation d'une transaction en cassation », préc., p. 951.

l'affaire »¹⁰³⁹. Or, le juge de l'homologation doit, lui, procéder à un contrôle au fond des conditions dans lesquelles a été conclue la transaction soumise, ce qui implique une instruction contradictoire, écrite ou orale¹⁰⁴⁰. Là réside l'incompatibilité : le juge de cassation ne dispose pas de ce pouvoir d'instruction.

Afin de permettre l'homologation des transactions conclues au stade de la cassation, le Commissaire du gouvernement a proposé de dissocier les deux offices, celui de la cassation et celui de l'homologation, proposition suivie par le Conseil d'Etat. « Il ne s'agit pas, à notre sens, de faire jouer au juge de cassation un rôle nouveau incompatible avec son office, mais d'admettre que, dans cette hypothèse, ce n'est pas en tant que juge de cassation que le Conseil d'Etat est appelé à devenir juge de l'homologation. Les deux offices sont distincts, car il s'agit de deux procédures différentes », expliquait-il¹⁰⁴¹. « Les conclusions aux fins d'homologation ne sont pas présentées dans le cadre du pourvoi. Elles sont présentées à l'occasion de celui-ci »¹⁰⁴².

L'arrêt *Société Krupp Hazemag* est remarquable, en ce qu'il admet à la fois la conclusion de la transaction, alors que les juges du fond ont déjà statué sur le litige, et la possibilité de la faire homologuer par le Conseil d'Etat, saisi initialement d'un pourvoi en cassation. Ce faisant, il est dérogé aux règles de répartition des compétences, la Haute juridiction examinant la transaction au fond, sans surseoir à statuer et renvoyer au juge de première instance.

Cette dissociation entre le juge de cassation et le juge de l'homologation est audacieuse, sinon opportuniste. L'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie, de même que le souci de « favoriser ce mode alternatif de règlement des litiges que constitue la transaction », ainsi que l'a clairement exprimé B. Dacosta dans ses conclusions¹⁰⁴³. Renforcer la force juridique de la transaction par l'homologation est justement de nature à la rendre plus attractive encore.

Il faut ajouter que, quelles que soient les circonstances dans lesquelles intervient la demande d'homologation, les règles relatives à la procédure sont identiques. Sur ce point,

¹⁰³⁹ *Ibid*, p. 952.

¹⁰⁴⁰ C'est ce que prescrit l'avis *L'Haÿ-les-Roses*, à propos de l'homologation des transactions administratives intervenant en dehors de toute instance juridictionnelle. Mais, comme le fait remarquer B. Dacosta, dans ses conclusions sur l'arrêt *Société Krupp Hazemag*, « Si ce principe [celui d'une instruction contradictoire écrite ou orale] a été dégagé à l'occasion de la reconnaissance de l'existence d'un pouvoir d'homologation en dehors de tout litige porté préalablement devant un juge, nous voyons mal qu'il ne s'applique pas de façon générale », B. DACOSTA, Concl. sur CE, 11 juillet 2008, *Société Krupp Hazemag*, préc., p. 953.

¹⁰⁴¹ B. DACOSTA, « L'homologation d'une transaction en cassation », préc., p. 953.

¹⁰⁴² *Ibid*.

¹⁰⁴³ *Ibid*, p. 956.

l'avis *L'Hay-les-Roses* indique que « le juge fait application de celles des règles de procédure qui ne sont pas incompatibles avec une telle demande », et précise que « les demandeurs sont dispensés du ministère d'avocat s'ils l'auraient été pour saisir le juge d'une demande tendant à ce qu'il tranche le litige auquel la transaction met fin ou qu'elle a pour objet de prévenir ». Les règles de la procédure contentieuse s'appliquent donc à la procédure de l'homologation, sous réserve de leur compatibilité avec les spécificités de cette voie de droit.

2. L'instruction menée

La demande d'homologation est, dans la mesure du possible, soumise au même traitement contentieux que les requêtes présentées dans le cadre d'un recours en excès de pouvoir ou d'un recours de plein contentieux. Le Conseil d'Etat n'a manifestement pas souhaité lui réserver un traitement différencié. C'est ce qu'il ressort de l'examen du déroulement de l'instance, ainsi que de celui de la nature juridique de la décision rendue, qu'il s'agisse d'une décision d'homologation ou d'une décision de refus d'homologation.

Il faut tout d'abord signaler que la demande d'homologation est soumise à une véritable instruction de la part du juge administratif, donnant lieu à un contrôle assez poussé de la transaction¹⁰⁴⁴. Comme on le sait, le juge n'envisage pas d'« apposer son label » sur un accord transactionnel sans examen préalable, surtout quand les deniers publics sont concernés.

Le juge administratif doit vérifier l'effectivité du consentement des parties à la transaction, la licéité de l'objet de la transaction, l'absence de libéralité et de toute méconnaissance d'autres règles d'ordre public, plus généralement. Tous ces éléments se cumulent, le défaut de l'un étant suffisant pour conduire le juge à refuser d'homologuer la transaction. Il faut ajouter que ce refus est susceptible de donner lieu à la nullité de la transaction.

La première condition, celle de l'effectivité du consentement des parties, ne s'inscrit pas dans une logique spécifique au droit administratif. Le juge doit s'assurer, d'une part, que le consentement n'a pas été vicié, et d'autre part, qu'il a été valablement exprimé, c'est-à-dire

¹⁰⁴⁴ Lors du colloque déjà évoqué du 17 juin 2015, *La médiation et la conciliation devant la juridiction administrative*, il a été précisé par J.-P. BRUNEL, ancien président de Tribunal administratif, que l'instruction d'une demande d'homologation nécessite environ trois mois. V. la vidéo du colloque sur le site internet du Conseil d'Etat.

exprimé par des personnes capables, s'agissant des personnes privées, et par des autorités compétentes au regard des procédures de passation des contrats, pour les personnes publiques¹⁰⁴⁵.

La condition de la licéité de l'objet de la transaction n'est pas non plus propre au droit administratif. Elle résulte de l'article 6 du Code civil interdisant de déroger « par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». Derrière cette condition de la licéité de l'objet de la transaction, c'est plus largement le respect de l'ordre public dont il est question¹⁰⁴⁶. De plus, ce contrôle de l'objet est également l'occasion de vérifier la licéité et la légitimité de la cause du contrat. La formule généralement utilisée par la jurisprudence est d'ailleurs assez révélatrice de ce que le contrôle de l'objet comprend aussi celui de la cause : « une transaction peut être déclarée nulle, lorsqu'elle est dépourvue de cause ou qu'elle est fondée sur une cause, qui en raison de l'objet de cette convention ou du but poursuivi par les parties présente un caractère illicite »¹⁰⁴⁷. Cela s'explique sans doute par la proximité et, sous certains aspects, la complémentarité existant entre cause et objet du contrat¹⁰⁴⁸.

La troisième condition, qui met en lumière la spécificité du régime de la transaction administrative et en particulier du contrôle du juge administratif, appelle davantage de précisions. La consistance des concessions réciproques — leur nature et leur teneur — n'étant pas appréhendée dans les mêmes termes en droit civil et en droit administratif, leur contrôle ne saurait s'effectuer dans les mêmes conditions. A la différence du juge judiciaire, le juge administratif n'exclut pas de contrôler le contenu des concessions réciproques.

Le juge judiciaire se borne à vérifier l'existence des concessions réciproques, sans s'intéresser à leur pertinence ou leur proportion¹⁰⁴⁹. Il se concentre uniquement sur la

¹⁰⁴⁵ La CAA de Lyon a ainsi refusé d'homologuer une transaction au motif que l'autorité administrative était dépourvue de qualité pour représenter l'Etat et signer le contrat en son nom. CAA Lyon, 7 janvier 2010, *Sté Brace Ingénierie*, N° 08LY00326.

¹⁰⁴⁶ Pour un exemple de refus d'homologation pour illicéité de l'objet de la transaction, v. CAA Bordeaux, 6 novembre 2008, *Centre hospitalier Saint-Nicolas de Blaye*, préc. La CAA de Bordeaux a refusé d'homologuer le contrat, jugeant illicite son objet, qui visait à obtenir la renonciation par l'une des parties au bénéfice de l'annulation prononcée par le Tribunal administratif des décisions ayant précédé l'attribution d'un marché litigieux à un concurrent, et ainsi, à permettre à l'autre partie de ne pas déférer à l'injonction du Tribunal administratif de poursuivre la résolution amiable ou judiciaire dudit marché.

¹⁰⁴⁷ Cette formule est citée, par exemple, dans l'arrêt CAA Versailles, 12 juin 2012, *ONIAM*, N° 10VE02975.

¹⁰⁴⁸ V. sur ce point, *Supra*, partie I, titre I, chapitre II, section II, § I, pp. 143-144.

¹⁰⁴⁹ Cette solution consistant pour le juge judiciaire à ne pas contrôler au fond la consistance des concessions réciproques est ancienne. Elle remonte plus précisément à un arrêt de 1900 - Cass., req., 24 déc. 1900, préc. - et est régulièrement mise en œuvre depuis. Elle est clairement réaffirmée dans une décision de la chambre sociale de la Cour de cassation en date du 5 janvier 1994, qui indique que « constitue une transaction l'accord qui a pour objet de mettre fin à un différend s'étant élevé entre les parties et qui comporte des concessions réciproques, quelle que soit leur importance respective », Cass. soc., 5 janvier 1994, n° 89-40.961 : Juris-Data n° 1994-000022, *Bull. civ.* 1994, V, n° 1, *JCP G* 1994, II, 22259, note F. Taquet,

caractérisation d'une réciprocité, cet élément faisant de la transaction un contrat synallagmatique. Réciprocité ne signifie pas équivalence, et « seules les parties sont à même d'apprécier l'importance quantitative des prétentions qu'elles concèdent »¹⁰⁵⁰. Pour effectuer ce contrôle de l'existence des concessions réciproques, les juges du fond apprécient, sous le contrôle de la Cour de cassation, la réalité desdites concessions au regard des prétentions des parties au moment de la signature de l'acte¹⁰⁵¹. Le juge judiciaire assure tout de même un contrôle minimal de l'importance des concessions réciproques, puisque, pour lui, les transactions comportant des concessions dérisoires s'apparentent à des transactions sans concessions réciproques, qui sont à ce titre sanctionnées¹⁰⁵². L'acte présenté comme une transaction est alors requalifié en acte gratuit. C'est sous cet angle que l'importance des concessions réciproques est appréciée par le juge judiciaire. Un contrôle du contenu des transactions peut également être effectué à titre incident par la voie des vices du consentement¹⁰⁵³.

La logique du contrôle mené par le juge administratif est tout autre. En effet, il appartient à ce dernier de vérifier que les règles d'ordre public interdisant aux personnes publiques et privées de payer des sommes qu'elles ne doivent pas, ont bien été respectées, ce qui suppose naturellement de s'intéresser au contenu des concessions réciproques.

L'étendue du contrôle du juge administratif sur les concessions réciproques a pu faire l'objet de discussions¹⁰⁵⁴. Aujourd'hui, il est établi que ce contrôle porte sur l'existence d'une obligation préexistante, cause de la transaction, et sur l'absence de disproportion manifeste entre ce qui a été accordé et ce qui est dû — qu'il s'agisse d'une dette d'une personne publique ou de celle d'une personne privée. Pour ce faire, le juge procède par comparaison : il examine la solution qu'il aurait donnée au litige s'il en avait été saisi, et la confronte à la solution

D. 1994, p. 586, note C. Puigelier, *Gaz. Pal.* 1994, I jurispr. p. 32. On en trouve des illustrations plus récentes dans les arrêts de la Cour de cassation : Cass. 3^e civ., 28 nov. 2007, n° 06-19.272, *Juris-Data* n° 2007-041624, *Bull. civ.* 2007, III, n° 214, *JCP G* 2008, IV, 1003, *D.* 2008, p. 18, obs. D. Forest ; Cass. 1^e civ., 6 décembre 2007, n° 06-18.049, *Juris-Data* n° 2007-041761, *Bull. civ.* 2007, I, n° 383, *JCP G* 2008, IV, 1054, *Contrats Concurrence Consommation* 2008, comm. 90, note L. Leveneur ; Cass. Soc., 13 déc. 2007, n° 06-46.302, *Juris-Data* n° 2007-041919, *Bull. civ.* 2007, V, n° 211, *JCP G* 2008, IV, 1120.

¹⁰⁵⁰ F. JULIENNE, « Transaction. Notion », préc., n° 23.

¹⁰⁵¹ Sur les modalités générales du contrôle du juge judiciaire sur l'existence de concessions réciproques dans la transaction, v. F. JULIENNE, « Transaction. Notion », préc., n° 27 et s.

¹⁰⁵² V. Cass. 1^e civ., 4 mai 1976 : *Juris-Data* n° 1976-000157, *Bull. civ.* 1976, I, n° 157.

¹⁰⁵³ V. notamment F. JULIENNE, « Transaction. Notion », préc., n° 22.

¹⁰⁵⁴ C'est ce que révèle la lecture des anciennes conclusions de Commissaires du gouvernement : « si une partie de la doctrine semble considérer que cette règle [celle posée par l'arrêt *Mergui*] ne vous autorise qu'à contrôler l'existence de la dette et non à vérifier l'exactitude de son montant [...], il ressort bien de l'arrêt *Mergui* que votre contrôle est plus approfondi », expliquait, par exemple, A. JARRIGE dans ses conclusions sur TA Melun, 4 décembre 2001, *Ministre de la défense*, préc., p. 308.

retenue par les parties. Au regard de ce qui était réellement dû, il pourra sanctionner ce qui a été consenti de manière manifestement disproportionnée¹⁰⁵⁵.

La protection des deniers publics, étendue à celle des deniers privés, conduit nécessairement à un contrôle des concessions consenties dans les transactions administratives plus approfondi que celui mené sur les transactions entre personnes privées¹⁰⁵⁶. Plutôt que l'équivalence des concessions, le juge administratif s'attache à vérifier le fondement de ce qui a été accordé.

Enfin, « les autres règles d'ordre public » comptent des règles éparses, comme l'interdiction de transiger sur les intérêts moratoires, interdiction posée par l'article 67 de la loi du 8 août 1994 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, ou celle de renoncer à l'exercice d'un recours en excès de pouvoir¹⁰⁵⁷.

Au terme de ces développements, il est manifeste que la spécificité du contrôle conduit par le juge administratif sur les transactions administratives, réside dans le contrôle des concessions réciproques, qui est nécessairement approfondi pour satisfaire aux exigences de la protection des deniers publics et même des deniers privés. Ceci suppose donc « la détention d'une panoplie complète de moyens d'investigation »¹⁰⁵⁸.

Les grands principes de l'instruction des demandes d'homologation sont à cet égard énoncés dans l'avis *L'Hay-les-Roses*. « Pour exercer le contrôle qui lui incombe, le juge dirige une instruction contradictoire écrite ou orale », est-il prescrit¹⁰⁵⁹. Les parties ayant des conclusions identiques, ces éléments d'oralité sont de nature à permettre « au juge de mieux cerner certaines des motivations de la demande d'homologation »¹⁰⁶⁰. Plus précisément, la demande est examinée par une formation collégiale de la juridiction saisie, au terme d'une instruction contradictoire, qui associe éventuellement le Préfet dans le cas où la transaction est

¹⁰⁵⁵ Sur la détermination des concessions réciproques dans les transactions administratives, v. p. 150 et s.

¹⁰⁵⁶ La règle interdisant aux personnes publiques de payer des sommes qu'elles ne doivent pas s'imposer quelle que soit la nature des actes en cause et la compétence juridictionnelle pour en connaître. Le juge judiciaire est donc amené à en vérifier le respect s'agissant des transactions de droit privé impliquant une personne publique. Dans cette perspective, le contrôle qu'il met en œuvre est nécessairement plus approfondi que pour les transactions des personnes privées. Il n'en reste pas moins que le juge administratif s'attache aussi à protéger les deniers des personnes privées, ce qui distingue son contrôle de celui du juge judiciaire. Plus généralement, la spécificité du contrôle mené par le juge administratif découle de la conception particulière qu'il retient des concessions réciproques dans les transactions administratives. V. sur ce point, p. 286 et s.

¹⁰⁵⁷ Sur les limitations de l'ordre public dans les transactions administratives, v. partie II, titre I, chapitre II.

¹⁰⁵⁸ F. LINDITCH, « Le premier avis du Conseil d'Etat sur l'homologation des transactions », préc., p. 375.

¹⁰⁵⁹ CE, Avis, 6 décembre 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Hay-les-Roses*, préc.

¹⁰⁶⁰ G. LE CHATELIER, « Transaction », préc., n° 104.

soumise au contrôle de légalité. C'est ainsi qu'il est tenu compte de la spécificité de la procédure d'homologation.

En outre, la demande d'homologation est communiquée à toute personne qui aurait eu la qualité de partie à l'instance : l'autre ou les autres parties à la transaction — preuve que la demande peut valablement émaner d'une seule des parties à la transaction¹⁰⁶¹ —, toute personne intéressée et le représentant de l'Etat. Pour ce dernier, l'obligation de communication de la demande découle de celle de la transmission des actes entourant la passation des transactions dans le cadre du contrôle de légalité.

Plus largement, selon l'avis de 2002, le juge peut demander à toute personne de produire des observations susceptibles d'éclairer sa décision, et dispose en outre des moyens d'investigation mentionnés au titre II du livre VI du Code de justice administrative. Il est ainsi en mesure d'ordonner aux parties la production de tout élément susceptible de compléter son information.

Dans le cas, où le juge ne s'estimerait pas suffisamment informé des circonstances de la transaction et des motivations des parties, il lui est loisible de refuser d'homologuer, refus qui n'est pas assorti de la nullité de la transaction¹⁰⁶².

3. La nature juridique de la décision rendue et les voies de recours

A l'issue de la phase d'instruction, trois possibilités aux effets radicalement différents s'offrent au juge administratif.

Si la transaction satisfait à toutes les conditions posées dans l'avis *L'Hay-les-Roses*, il est fait droit à la demande d'homologation. La transaction est ainsi homologuée et dotée de la force exécutoire ouvrant droit à la mise en œuvre des voies d'exécution d'office et de l'astreinte¹⁰⁶³. De même, l'homologation, quand elle est admise, « ne vaut que ce sur quoi il a été transigé », et « l'intervention de ce jugement sera sans effet sur d'autres procédures juridictionnelles et en particulier sur celles diligentées par le juge pénal pour délit de favoritisme, en application de l'article 432-14 du Code pénal : l'homologation de la

¹⁰⁶¹ V. *Supra*, p. 298.

¹⁰⁶² TA Amiens, 28 octobre 2010, *Société mutuelle d'assurances de collectivités locales*, AJDA 2011, p. 410.

¹⁰⁶³ Dans l'arrêt *Société de promotion et de réalisation hospitalière*, le Conseil d'Etat a, en effet, refusé l'application des astreintes pour l'inexécution des transactions simples, non homologuées par le juge administratif. La loi du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public ne s'applique qu'aux décisions de justice et non aux transactions non homologuées. Encore une fois, la transaction n'est pas un jugement. CE, 1^{er} février 1984, *Société de promotion et de réalisation hospitalière*, *Leb.*, p. 32. V. sur ce point, partie II, titre II, chapitre II, section II, § I, p. 574 et s.

transaction ne produit ses effets que dans l'ordre administratif et ne saurait en aucun cas constituer un brevet de validité générale »¹⁰⁶⁴.

Si, à l'inverse, il apparaît que la transaction contrevient à l'une des conditions posées dans l'avis de 2002, la demande est rejetée et la transaction, déclarée nulle. Plusieurs considérations conduisent à cette solution radicale. Il s'agit d'abord de « dissuader les parties à la transaction de la soumettre au juge pour homologation sans que celles-ci aient procédé à un examen approfondi de son contenu »¹⁰⁶⁵. Surtout, c'est une solution cohérente au regard de l'intensité du contrôle du juge. On imagine mal, en effet, comment le constat par le juge de l'irrégularité de la transaction pourrait n'avoir aucun effet sur cet acte. Cela ôterait à son contrôle toute portée effective. Comme le résume B. Pacteau, « pas de force exécutoire sans juge, sans doute, mais pas de juge sans pouvoirs ni contrôles »¹⁰⁶⁶.

Enfin, en cas de manquement à des conditions de recevabilité, comme le défaut de transmission au représentant de l'Etat ou l'insuffisance d'éléments permettant au juge administratif de se livrer à un entier contrôle, la demande d'homologation sera rejetée sans entraîner la nullité de la transaction elle-même. Dans cette hypothèse, le refus ne s'appuie pas sur des éléments de fond.

Il ne fait aucun doute que chacun de ces actes constitue une décision de justice. C'est ce qui ressort implicitement de l'arrêt *Mergui* et clairement de l'avis *L'Haj-les-Roses* et de la jurisprudence postérieure, et notamment de l'avis du 4 avril 2005, *Société cabinet JPR Ingénierie*¹⁰⁶⁷. A la demande des juridictions du fond, le Conseil d'Etat a dû définir un régime propre aux conséquences contentieuses attachées aux décisions d'homologation ou de non-homologation.

La Cour administrative d'appel de Douai, saisie d'un appel dirigé contre le refus du Tribunal administratif d'Amiens d'homologuer une transaction entraînant la nullité du contrat, avait sursis à statuer et saisi le Conseil d'Etat en application de l'article L. 113-1 du Code de justice administrative. La Cour estimait que l'issue à donner à la requête dépendait de la question de savoir si la décision rendue en première instance consistant à refuser de faire droit à la demande d'homologation d'une transaction était ou non susceptible de faire l'objet d'un

¹⁰⁶⁴ G. LE CHATELIER, « L'homologation juridictionnelle des transactions en droit administratif », concl. sur CE, Avis, 6 décembre 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Haj-les-Roses*, préc., p. 300.

¹⁰⁶⁵ G. LE CHATELIER, « Transaction », préc., n° 108.

¹⁰⁶⁶ B. PACTEAU, « L'homologation des transactions par le juge administratif », préc., p. 306.

¹⁰⁶⁷ CE, Avis, 4 avril 2005, *Société Cabinet JPR Ingénierie, Leb.*, p. 139, *BJDCP* 2005, n° 40, p. 229, concl. Boulouis, *AJDA* 2005, p. 1403, note P. Cassia, *RTD Civ.* 2006, p. 145, obs. P. Théry.

appel. Plus largement, c'était la question de la nature juridique des décisions rendues relativement aux demandes d'homologation — qu'il s'agisse d'une décision y faisant droit ou d'une décision de refus —, ainsi que celle des voies de recours ouvertes contre elles qui se posaient¹⁰⁶⁸.

De manière fort logique, le Conseil d'Etat raisonne en deux temps. Il commence par définir la nature juridique des décisions rendues sur les demandes d'homologation, constitutives en l'occurrence de décisions à caractère juridictionnel, pour admettre ensuite que ces jugements puissent faire l'objet d'un appel, dans le cas où celui-ci aurait été ouvert à l'encontre de la décision rendue dans le cadre d'un recours contentieux.

En droit administratif, la nature juridictionnelle des décisions d'homologation ou de non-homologation ne fait plus de doute. La Haute juridiction n'a visiblement pas souhaité les distinguer des décisions résultant de l'exercice des recours en excès de pouvoir et de plein contentieux. Ainsi, lorsqu'il est saisi d'une demande d'homologation, le juge administratif « intervient comme un juge, il fait application des règles de procédure contentieuses (sous réserve de leur compatibilité avec la demande d'homologation), il dirige une instruction contradictoire et rend donc une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée »¹⁰⁶⁹. Un recours contre la décision rendue sur une demande d'homologation est donc possible, et ce, dans les conditions de droit commun. L'avis indique que « hors des cas où le litige que prévient ou éteint la transaction est au nombre desquels, en vertu du 2^e alinéa de l'article R. 811-1, le tribunal statue en premier et dernier ressort, le jugement se prononçant sur une demande d'homologation d'une transaction est rendu en premier ressort et susceptible d'appel. Cet appel doit être formé devant la cour administrative d'appel, dès lors qu'il ne relève pas des compétences attribuées au Conseil d'Etat en qualité de juge d'appel par les articles L. 321-1, L. 552-2 et R. 321-1 du même code [le Code de justice administrative] »¹⁰⁷⁰.

La Haute juridiction n'a manifestement pas souhaité — et rien ne l'imposait — créer un régime spécifique des voies de recours pour ce type de décision. Les jugements rendus sur des

¹⁰⁶⁸ Le Conseil d'Etat a jugé recevable cette demande d'avis, considérant que la question était nouvelle, d'une difficulté sérieuse et susceptible de se présenter fréquemment, ce qui n'était pas tout à fait exact. En effet, la question s'était déjà présentée, l'arrêt *Mergui* ayant admis qu'un appel puisse être formé contre une décision qui n'avait pas procédé à l'homologation d'une transaction, et l'avis *L'Hay-les-Roses* ayant indiqué, sans autre précision, il est vrai, que la décision d'homologation était revêtue de l'autorité relative de la chose jugée. De même, compte tenu du caractère spécifique des demandes d'homologation, cette question ne semblait pas devoir se présenter fréquemment. Il reste que c'est avec l'avis *JPR Cabinet Ingénierie* de 2005 que le Conseil d'Etat a véritablement élaboré un régime juridique des décisions rendues sur des demandes d'homologation.

¹⁰⁶⁹ N. BOULOUIS, Concl. sur CE, Avis, 4 avril 2005, *Société Cabinet JPR Ingénierie*, cité par P. CASSIA, « Les voies de recours ouvertes contre les jugements relatifs à l'homologation des transactions », *AJDA* 2005, p. 1406.

¹⁰⁷⁰ CE, Avis, 4 avril 2005, *Société Cabinet JPR Ingénierie*, préc.

demandes d'homologation ne sont pas considérés différemment que les autres jugements rendus par les Tribunaux administratifs. « La matière sur laquelle le juge s'est prononcé reste différente mais sa décision elle-même ne l'est pas », observait N. Boulouis¹⁰⁷¹.

P. Cassia rappelle précisément tous les motifs qui ont amené le Conseil d'Etat à retenir cette solution¹⁰⁷². D'une part, la nullité à laquelle le contrôle approfondi du juge peut conduire doit pouvoir être contestée en appel. D'autre part, il est possible que la demande d'homologation soit assortie de conclusions subsidiaires à fin de condamnation de l'autre partie à payer une indemnité, auquel cas il aurait été « absurde, lorsque le Tribunal administratif écarte les conclusions à fin d'homologation et statue ensuite sur les conclusions indemnitaires, que les premières ne puissent faire l'objet que d'un recours en cassation, alors que les secondes auraient pu être contestées par la voie de l'appel »¹⁰⁷³.

Les voies de recours contre la décision d'homologation admises, il convient encore de déterminer qui est en mesure de les mettre en œuvre. Il va de soi que les parties ont un intérêt pour agir. Naturellement, elles seront davantage disposées à le faire en cas de refus du juge d'homologuer leur contrat. Certes, la demande d'homologation peut émaner de l'une des parties seulement au contrat, mais on ne voit guère l'intérêt de l'autre à faire appel du jugement homologuant la transaction. D'un point de vue théorique, toutefois, la solution est identique qu'il s'agisse de l'appel d'un jugement d'homologation ou de non-homologation.

La question des tiers est, en revanche, plus délicate à appréhender. L'avis *L'Hajj-les-Roses* indique que la demande d'homologation doit être communiquée « à toute personne qui aurait eu la qualité de partie dans une telle instance », ainsi qu'au Préfet « lorsque le contrat doit [lui] être adressé pour l'exercice du contrôle de légalité ». Ce droit à communication s'accompagne-t-il alors pour les intéressés d'un droit à agir contre la décision rendue sur la demande d'homologation, et au moyen de quel type de recours ? La jurisprudence ne s'est pas prononcée sur cette question, qui, en ce qui concerne le Préfet au moins, n'a rien de théorique.

En admettant que les tiers puissent agir, ce serait davantage au terme d'un recours en tierce opposition¹⁰⁷⁴. Quant à leur intérêt à agir, il conviendrait sans doute de réserver un

¹⁰⁷¹ N. BOULOUIS, Concl. sur CE, Avis, 4 avril 2005, *Société Cabinet JPR Ingénerie*, cité par P. CASSIA, « Les voies de recours ouvertes contre les jugements relatifs à l'homologation des transactions », préc., p. 1408.

¹⁰⁷² P. CASSIA, « Les voies de recours ouvertes contre les jugements relatifs à l'homologation des transactions », préc., p. 1407.

¹⁰⁷³ *Ibid.*

¹⁰⁷⁴ La tierce opposition est visée par l'article R. 832-1 du Code de justice administrative, qui prévoit que « toute personne peut former tierce opposition à une décision juridictionnelle qui préjudicie à ses droits, dès lors que ni elle ni ceux qu'elle

traitement différencié pour les « tiers administratifs » et pour les « tiers intéressés », conformément aux règles qui gouvernent le contentieux contractuel des tiers¹⁰⁷⁵. Compte tenu des implications du jugement homologuant une transaction, il importe que les premiers, les « tiers administratifs », le Préfet et les membres des assemblées délibérantes, puissent le contester de manière à assurer le respect de la légalité. Ils disposeraient alors d'une voie de droit nécessairement ouverte. Quant à la possibilité d'agir pour la seconde catégorie de tiers, les « tiers intéressés », elle doit dépendre des intérêts argués. En contentieux administratif, pour que les tiers soient jugés recevables à agir, ils doivent disposer d'un intérêt à agir. Il faut considérer qu'en l'espèce, les tiers admis à contester un jugement homologuant une transaction sont ceux qui sont en mesure de faire valoir un intérêt à agir au regard des enjeux de la transaction. Dans cette perspective, le contribuable local peut être autorisé à agir. L'appréciation portée sur l'intérêt à agir des tiers dans le cadre d'un recours dirigé contre le jugement d'homologation d'une transaction doit être identique à celle de l'intérêt à agir des tiers dans le cadre d'une action contre la transaction¹⁰⁷⁶.

Certes, la reconnaissance du droit d'agir contre un jugement d'homologation au profit des tiers administratifs et intéressés présente l'inconvénient d'allonger la procédure d'homologation, mais les effets même de ce mécanisme ne permettent pas la demi-mesure qui consisterait à l'accepter sans envisager de recours. En outre, cette solution a l'avantage d'unifier le traitement juridique des transactions portées à la connaissance du juge administratif, que ce soit dans le cadre d'une demande d'homologation ou d'une action en contestation de la validité du contrat. En outre, elle correspond à la volonté du Conseil d'Etat de ne pas réserver au mécanisme de l'homologation un régime fondamentalement distinct de celui des recours contentieux traditionnels.

Le régime des demandes d'homologation correspond donc largement à celui des recours contentieux. C'est ainsi que l'homologation a été juridictionnalisée, alors même qu'il ne s'agit pas ici de trancher un litige. Le juge administratif rend des jugements en l'absence de litige, celui-ci ayant été terminé par les parties.

En effet, l'homologation permet de conférer la force exécutoire à la transaction administrative. Or, attribuer une telle force supposait nécessairement l'intervention du juge administratif, et avec elle, un examen au fond de l'acte. Dans une formule restée célèbre,

représente n'ont été présents ou régulièrement appelés dans l'instance ayant abouti à cette décision ». V. sur ce point, A. COURREGES, S. DAEL, *Contentieux administratif*, Paris, PUF, coll. Thémis droit, 4^e éd., 2013, p. 333 et s.

¹⁰⁷⁵ V. sur ce point, partie II, titre II, chapitre I, section I, § II, B, p. 478 et s.

¹⁰⁷⁶ V. *Infra*, partie I, titre II, chapitre II, section I, § II, B, p. 478 et s.

R. Perrot rappelait qu'attribuer la force exécutoire est « une prérogative grave qui ne se distribue pas comme une barre de chocolat dans une machine à sous »¹⁰⁷⁷. Cela revient à juridictionnaliser un acte contractuel, à lui conférer la forme et l'autorité d'une décision de justice.

Cette situation dans laquelle le juge rend une décision de justice en l'absence de tout litige est peu commune. Elle est la marque d'une dissociation entre les notions de juridiction et de contentieux, selon L. Janicot¹⁰⁷⁸. Pour cet auteur, c'est le fait de la pénétration de la justice gracieuse dans la justice administrative : « les deux avis contentieux du Conseil d'Etat de 2002 et 2005 consacrent l'existence d'une forme de juridiction gracieuse en contentieux administratif, même si le terme n'est pas expressément utilisé »¹⁰⁷⁹. La matière gracieuse est définie par l'article 25 du Code de procédure civile, « le juge statue en matière gracieuse, lorsqu'en l'absence de litige, il est saisi d'une demande, dont la loi exige, en raison de la nature de l'affaire ou de la qualité du requérant, qu'elle soit soumise à son contrôle », comme en matière de changement de prénom, par exemple, en vertu de l'article 1055-2 du même Code.

Mais, l'apparition des actes gracieux aux côtés des actes juridictionnels contentieux ne s'accompagne d'aucun traitement juridique particulier pour les premiers. Leur régime juridique est très majoritairement celui des actes contentieux, et surtout une force identique leur est conférée. C'est justement là que réside l'intérêt pour les parties de faire homologuer et donc de juridictionnaliser leur accord.

c. L'intérêt de l'homologation

Conçue comme un moyen de renforcer l'autorité des transactions administratives et ainsi d'en favoriser le recours, l'homologation, même admise à titre exceptionnel, sonne aussi comme un désaveu de ce mode de règlement des litiges. Le bilan de l'homologation est fait de contradictions et d'ambivalences. C'est ce que relève J.-B. Auby, pour qui l'avis *L'Hay-les-Roses* rend à la transaction « un éloge un peu équivoque »¹⁰⁸⁰.

¹⁰⁷⁷ R. PERROT, « L'homologation des transactions », *Procédures*, août-septembre 1999, p. 4.

¹⁰⁷⁸ L. JANICOT, « L'homologation : vers une justice administrative gracieuse », *RDJ* 2007, p. 907. L'auteur utilise l'homologation du juge administratif comme base d'une étude consacrée à la justice gracieuse en droit administratif. V. aussi sur cette question, M.-O. DIEMER, *La juridiction gracieuse en droit administratif*, thèse Bordeaux IV, 2013.

¹⁰⁷⁹ *Ibid.*

¹⁰⁸⁰ J.-B. AUBY, « Eloge de la transaction », *Dr. Adm.* 2003, repère 1, p. 3.

L'homologation présente d'indéniables avantages pour les parties et, en premier lieu, celui d'accroître la force juridique des contrats conclus. Comme on le sait, malgré la formulation de l'avis *L'Hajj-les-Roses*, les transactions administratives non homologuées sont dotées de la force obligatoire des contrats et non de la force exécutoire. Dans ce cas, tout obligatoire qu'elle soit, l'exécution ne dépend donc que de la bonne volonté des parties. En revanche, une fois homologuées, les transactions disposent de la même force juridique que les décisions de justice. Elles constituent des titres exécutoires, ouvrant droit à la mise en œuvre des procédures d'exécution d'office, voies d'exécution de droit commun, s'agissant des carences des cocontractants privés, et des mesures de contrainte pour l'exécution des décisions de justice, s'agissant cette fois, des carences des personnes publiques.

Du point de vue de leur sécurité juridique, l'intérêt pour les parties d'obtenir l'homologation de leur transaction est évident : en faciliter l'exécution¹⁰⁸¹.

L'homologation représente aussi la garantie, pour les parties, d'avoir *a priori* conclu un contrat conforme au droit en vigueur, dans la mesure où elle n'est pas systématique et résulte d'un contrôle approfondi du juge administratif. C. Fardet parle, à cet égard, de « présomption de légalité »¹⁰⁸². Ce faisant, les parties préviennent des contestations portant sur la validité de leur contrat, qu'elles émanent d'une partie souhaitant se dégager de ses liens contractuels ou de tiers. Il est vrai que la jurisprudence récente limite la mise en œuvre de ces actions¹⁰⁸³. Quoiqu'il en soit, en cas de refus du juge de procéder à l'homologation de l'accord, les parties sont immédiatement fixées sur leur sort.

Ainsi, pour les parties, l'avantage est double. Autant du point de vue de l'efficacité de la transaction que de celui de sa régularité, l'homologation par le juge participe de la sécurité juridique des parties, et avec elle, de l'encouragement du recours à ce mode de règlement des litiges.

Mais, sans nier l'intérêt de l'homologation, il faut aussi *a contrario* en souligner les effets pernicioeux. Réintroduire le juge dans le processus transactionnel peut, en effet, se révéler peu satisfaisant sur le plan théorique.

¹⁰⁸¹ Sur cette question de l'exécution forcée des transactions administratives, v. partie II, titre II, chapitre II, section II, p. 565 et s. Plus généralement sur les difficultés d'exécution de ces contrats, v. partie II, titre II, chapitre II.

¹⁰⁸² C. FARDET, *L'homologation en droit public*, préc., p. 520.

¹⁰⁸³ V. partie II, titre II, chapitre I, section I, § II, p. 463 et s.

Homologuer la transaction afin d'en garantir l'exécution revient à signifier qu'elle est à elle seule insuffisante à obliger véritablement les parties, et donc à régler définitivement les litiges. N'est-ce pas là un aveu de défiance vis-à-vis de ce mode de règlement des litiges ? Les parties qui transigent pour éviter une procédure judiciaire longue et coûteuse, sont finalement contraintes de se tourner vers le juge pour assurer l'exécution de leur accord.

Plus précisément, la véritable question se résume à savoir si l'homologation est indispensable pour l'exécution des transactions administratives. La tendance générale en faveur de l'homologation est surtout le fait des comptables publics, plus que des parties. Or, cette exigence d'une homologation ne correspond à aucune règle de droit¹⁰⁸⁴, mais à des convenances personnelles. En effet, les comptables publics regardent avec méfiance les transactions, et particulièrement celles qui sont conclues pour régler des litiges ayant trait à la commande publique, craignant d'être poursuivis et accusés au pénal de complicité ou de recel de délit de favoritisme. Crainte, qui n'est d'ailleurs que « le reflet de la montée en puissance du juge pénal dans le fonctionnement des affaires administratives »¹⁰⁸⁵. Les comptables publics cherchent à se protéger, en refusant parfois d'exécuter le contrat en l'absence d'une homologation du juge, d'un ordre de réquisition de l'ordonnateur — la responsabilité pénale de l'exécution de la transaction lui sera alors transférée, raison pour laquelle il n'acceptera pas nécessairement d'émettre cet ordre de réquisition —, ou encore d'un référé-suspension — de la décision de refus du comptable d'exécuter la transaction — ou d'un référé-provision¹⁰⁸⁶ avec injonction du juge des référés de payer, injonction fondée sur l'article L. 911-1 du Code de justice administrative. Toutes ces voies qui permettent au comptable public de se couvrir, et au sein desquelles l'homologation est le procédé privilégié, témoignent de la réintroduction du juge étatique dans le procédé transactionnel.

Outre que cette tendance des comptables publics ne repose pas sur une légitime inquiétude¹⁰⁸⁷, elle conduit à faire douter de l'efficacité des transactions, ce qui n'est guère satisfaisant.

L'avis *L'Hay-les-Roses* est assez ambigu sur ce point. Certes, il rappelle de manière nette la force obligatoire de la transaction administrative, s'adressant même aux comptables

¹⁰⁸⁴ C'est ce que rappelle expressément un arrêt de la Cour administrative d'appel de Marseille : « Considérant, en dernier lieu, qu'aucune disposition législative ou réglementaire, ni aucun principe général du droit n'exige que l'accord transactionnel conclu et revêtu de l'autorité de la chose jugée en dernier ressort, soit soumis préalablement à l'homologation du juge », v. CAA Marseille, 16 juillet 2012, *Préfet des Alpes-Maritimes*, N° 09MA00879.

¹⁰⁸⁵ E. SPITZ, « La transaction ne requiert pas une homologation par le juge », *AJDA* 2003, p. 1288.

¹⁰⁸⁶ Sur la recevabilité et le bien fondé des référés, v. E. SPITZ, « La transaction ne requiert pas une homologation par le juge », préc.

¹⁰⁸⁷ Sur ce point, partie II, titre I, chapitre I, section II, § I, p. 377 et s.

publics en ces termes¹⁰⁸⁸. Certes, l'homologation directe n'est ouverte que de manière résiduelle — contrairement aux demandes d'homologation des transactions conclues en cours d'instance. Certes, la jurisprudence postérieure procède à une lecture plutôt stricte des cas justifiant la recevabilité des demandes directes. Mais, en admettant qu'il puisse être procédé à l'homologation des transactions en certaines situations, le Conseil d'Etat conforte tout de même la tendance des comptables publics à exiger une homologation.

Dans son rapport de 2008, le Conseil d'Etat a invité le Ministre des finances à « rappeler régulièrement aux comptables publics qui font souvent obstacle à leur exécution qu'une transaction est un contrat qui doit être honoré », et considéré que « si ces rappels ne suffisaient pas, une loi devrait imposer aux comptables publics l'obligation d'exécuter les transactions »¹⁰⁸⁹. Aucune loi n'a finalement été adoptée, mais les circulaires des 7 septembre 2009 et 6 avril 2011 précisent respectivement que « la transaction emportant par elle-même des effets de droit, le recours à l'homologation par le juge administratif n'est pas nécessaire et doit rester exceptionnel »¹⁰⁹⁰, et que l'homologation « n'est pas nécessaire et ne peut être demandée au juge administratif que lorsque son exécution rencontre une difficulté particulière »¹⁰⁹¹.

De manière générale, la méfiance des comptables publics devrait finir par se dissiper, dans la mesure où les règles s'appliquant à l'établissement des concessions réciproques se font de plus en plus précises au gré de la jurisprudence, et où la passation des contrats implique — selon la nature de la collectivité en cause — une autorisation de l'organe délibérant, transmise en outre aux services préfectoraux dans le cadre du contrôle de la légalité. Ces règles sont autant de garanties de régularité de la transaction. La sécurisation des transactions doit s'opérer lors de leur passation, et non au stade de leur exécution au moyen de l'homologation ; de quoi conserver à la transaction sa souplesse et rassurer les comptables publics.

De même, s'assurer de la régularité des contrats indépendamment de toute action contentieuse ne correspond pas tout à fait à la mission du juge étatique. Celle-ci consiste à trancher des litiges en disant le droit, et non à prévenir la naissance des litiges en validant les actes exécutoires. La demande d'homologation, motivée par de telles considérations, revient

¹⁰⁸⁸ Plus précisément, l'avis *L'Hay-les-Roses* énonce « la transaction est exécutoire de plein droit sans qu'y fassent obstacle les règles de la comptabilité publique ».

¹⁰⁸⁹ *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, préc., p. 228.

¹⁰⁹⁰ Circulaire du 7 septembre 2009, préc., n° 6.1.2.

¹⁰⁹¹ Circulaire du 6 avril 2011, préc., § 1.5.

finalement à instrumentaliser le juge, à en faire une sorte de caution juridique, procédé d'autant plus regrettable dans un contexte d'encombrement des juridictions.

Le bilan de l'homologation met en évidence des contradictions. Si elle favorise le recours à la transaction en contribuant à sécuriser les contrats, elle entretient aussi l'idée que ce contrat est insuffisant à régler par lui-même définitivement les litiges. Cependant, il est très probable que la tendance consistant à recourir à l'homologation soit liée à l'établissement récent de la transaction en droit administratif. Dans ce cas, elle est appelée à disparaître à mesure que les intéressés se familiariseront avec ce mode de règlement des litiges, rassurés en outre par les garanties qui entourent sa passation.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

Les effets produits par la transaction administrative ne sont que ceux que les parties ont voulu. L'accord de volontés qu'est la transaction administrative se voit appliquer tous les principes du droit des contrats et ce, dans toutes ses dimensions. Nul besoin, en effet, d'assimiler transaction et décision de justice pour que les parties soient obligées par le contrat. Les principes de l'effet obligatoire et de l'effet relatif des contrats s'y appliquent pleinement.

Conformément à son objet, la transaction éteint les droits litigieux. L'effet extinctif relève de l'essence même de ce contrat, mode de règlement des litiges. La conclusion d'une transaction a ainsi pour effet d'éteindre *ipso facto* le litige, sans que les parties n'aient à agir positivement en ce sens. Il faut ajouter que l'effet extinctif ne vaut que pour les parties au contrat, et encore que relativement aux éléments litigieux que les parties ont entendu ainsi régler.

Les principes du droit des contrats dominant aussi la réalisation du second effet de la transaction administrative : la mise à la charge des parties de droits et obligations résultant des concessions réciproques que doivent contenir les transactions. En l'occurrence, la conception particulière des concessions réciproques dans la transaction administrative détermine l'effet de ce contrat. Dans la mesure où les parties doivent arrêter le contenu de leurs droits et obligations au regard de ce qui est dû, conformément aux règles posées par les arrêts *Mergui* et *SA Entreprise Renaudin*, la transaction présente un effet déclaratif. Elle ne fait que déclarer

les droits et obligations que les parties détiennent consécutivement à la survenance du fait générateur à l'origine du litige. Les principes du droit des contrats s'appliquent aux droits et obligations ainsi déclarés : les parties sont seules obligées d'exécuter ces droits et obligations, et ce, de manière loyale. Si la jurisprudence administrative réserve des prérogatives exorbitantes du droit commun aux personnes publiques lors de l'exécution des contrats administratifs, ce n'est que dans l'intérêt du service public. La transaction administrative n'ayant pas pour finalité de satisfaire l'intérêt général, de telles prérogatives n'ont pas lieu d'être. Les cocontractants exécutent la transaction administrative dans les mêmes conditions, sur un pied d'égalité. Contrat administratif ne signifie pas inégalité des parties nécessairement.

En tant qu'accord de volontés, la transaction administrative est nécessairement obligatoire et relative ; en tant qu'accord de volontés ayant pour objet d'éteindre le litige et devant comporter des concessions réciproques, elle a un effet extinctif et déclaratif.

Il est vrai que parfois l'effet obligatoire des contrats rencontre quelques limites, et qu'il est nécessaire de doter la transaction de la force exécutoire ouvrant droit à la mise en œuvre des voies d'exécution d'office à l'instar des décisions de justice. Afin de renforcer sa force juridique et la rendre plus attractive encore, le Conseil d'Etat a donc admis que la transaction administrative puisse être homologuée par le juge administratif. Toutefois, l'admission même limitée de l'homologation n'allait pas de soi. Il importait de garantir l'exécution des transactions conclues sans risquer de dénaturer ce procédé qui doit demeurer une alternative au juge étatique. En l'état, il semble qu'un bon équilibre ait été trouvé.

CONCLUSION DU TITRE II

La doctrine et les praticiens étaient unanimes, il y a quelques années encore, à solliciter de la part du Conseil d'Etat une clarification des règles applicables aux transactions relatives aux litiges relevant de son champ de compétence. Un plus grand développement de ce mode de règlement des litiges nécessitait de résorber les lacunes et doutes qu'il comportait. C'est désormais chose faite, puisque, tout en consacrant l'existence d'une transaction destinée au règlement des litiges administratifs, la jurisprudence en a progressivement précisé les modalités de conclusion et les effets.

Les règles ainsi dégagées parviennent à concilier la souplesse nécessaire à ce procédé et les exigences liées à l'action administrative. En effet, il importe de permettre aux parties de bénéficier d'une certaine liberté dans la détermination de l'issue à donner à leur litige. C'est tout l'intérêt de ce mode de règlement des litiges, puisqu'on sait que les parties y recourent pour sa rapidité, son coût peu onéreux, son caractère informel et la maîtrise de la solution à donner à leur litige. Toutefois, il est essentiel, également, de prévenir tout abus. Les deniers publics doivent être protégés et l'égalité des rapports de force entre les parties assurée. Le Conseil d'Etat a dû veiller à ce que l'alternative au règlement des litiges ne s'assimile pas à une zone de non-droit.

On s'interrogeait sur le degré d'administrativité du régime juridique de la transaction administrative, c'est-à-dire son degré de soumission aux règles les plus exorbitantes du droit des contrats administratifs. Il est à l'évidence relativement faible.

Le droit des contrats administratifs est composé de règles diverses : certaines sont générales, d'autres plus spécifiques, propres à chaque catégorie de contrats, à raison de leur objet. Les règles qualifiées de générales sont celles qui s'appliquent à tous les contrats des personnes publiques. Inhérentes à l'action et à l'organisation administratives, elles transcendent la distinction entre contrats administratifs et contrats de droit privé des personnes publiques. L. Marcus constate à la fois l'émergence d'un régime propre aux contrats des

personnes publiques, qu'il s'agisse de leur formation ou de leur exécution, et l'existence de règles propres à chaque type de contrats administratifs du fait de leur objet¹⁰⁹².

En l'occurrence, les règles relatives à la transaction administrative sont dictées tout à la fois par la présence d'une personne publique en son sein et par son objet propre, la résolution d'un litige. Comme pour l'ensemble de leurs contrats, les personnes publiques — le plus souvent parties à une transaction administrative — doivent veiller à ne pas verser des sommes qu'elles ne doivent pas, respecter le formalisme des règles d'engagement contractuel et procéder à l'exécution conforme et de bonne foi du contrat. De même, le traitement des dettes nées, ou plus exactement reconnues par la transaction, est identique à celui qui prévaut pour celles résultant de tout contrat des personnes publiques. Il y a bien là une application des règles générales. L'incidence de l'objet de la transaction sur son régime juridique est ailleurs. Elle réside dans la garantie de l'égalité des parties. En effet, l'objet de ce contrat rend particulièrement prégnante cette exigence, que ce soit au stade des discussions ou de celui de l'exécution des obligations réciproques. L'égalité des rapports de force lors des discussions se trouve assurée par les interdictions faites aux personnes publiques et privées de payer des sommes qu'elles ne doivent pas, posées respectivement par les arrêts *Mergui* et *SA Entreprise Renaudin*. S'agissant des personnes privées, l'interdiction est propre à la transaction administrative, sans équivalent pour d'autres contrats, à l'instar des transactions de droit privé des personnes publiques. Lors de l'exécution du contrat, ensuite, l'égalité des parties se manifeste par l'absence des pouvoirs exorbitants du droit commun accordés aux personnes publiques. Outre que la transaction ne met pas en cause l'intérêt du service public, son objet ne saurait s'accommoder d'une relation contractuelle déséquilibrée.

Il est vrai que la plupart des règles de droit administratif auxquelles est soumise la transaction administrative sont celles qui s'appliquent à tout contrat des personnes publiques, puisqu'inhérentes à l'action et à l'organisation administratives. En cela, la transaction se distingue des contrats administratifs les plus exorbitants du droit commun.

¹⁰⁹² L. MARCUS, *L'unité des contrats publics*, préc., n° 581 et 582 spéc.

CONCLUSION DE LA PARTIE I

Si le Conseil d'Etat consacre expressément l'existence d'une transaction administrative le 6 décembre 2002, par l'avis *L'Hay-les-Roses*, ce n'est là que l'aboutissement d'une jurisprudence ancienne consistant à adapter la transaction de l'article 2044 du Code civil aux exigences de l'action administrative. Auparavant déjà, la Haute juridiction avait établi des règles particulières pour les personnes publiques. Un doute avait pu apparaître quant à la portée de ces adaptations : fallait-il considérer qu'elles revenaient à façonner une transaction pour les personnes publiques, distincte de celle du Code civil, dès lors réservée aux personnes privées ? L'avis *L'Hay-les-Roses* clarifie donc l'état du droit, en consacrant une transaction administrative à côté des autres transactions ouvertes aux personnes publiques que sont les transactions civile, pénale et fiscale. En l'occurrence, l'objet de ce contrat ainsi dégagé est aussi le critère de sa qualification : le règlement des litiges relevant de la compétence du juge administratif. Ce faisant, le Conseil d'Etat a créé « un contrat administratif à raison de l'objet du litige par détermination de la jurisprudence »¹⁰⁹³. Dès lors, la nature matérielle de ce critère conduit à qualifier d'administratives des transactions conclues entre personnes privées et, à l'inverse, de droit privé, des transactions conclues entre personnes publiques.

A partir de là plusieurs questions se présentaient : l'autonomie de la transaction administrative par rapport à la transaction définie par le Code civil complété sur ce point par le juge judiciaire, et concomitamment, son degré de soumission aux règles du droit administratif les plus exorbitantes du droit commun.

L'étude de la définition de la transaction administrative et de son régime juridique révèle que le Conseil d'Etat a créé un contrat assez similaire à la transaction de droit privé. D'une part, la définition de la transaction administrative est très largement inspirée de celle de droit privé. D'autre part, l'objet de ce contrat appelle un traitement équilibré des parties.

¹⁰⁹³ B. PLESSIX, « Transaction et droit administratif », in *La transaction dans toutes ses dimensions*, préc., p. 136.

Comme la transaction de droit privé, la transaction administrative suppose la réunion de trois éléments, tous également nécessaires : un accord de volontés des parties, un litige et des concessions réciproques. La Haute juridiction a, toutefois, adapté chacun de ces éléments, si bien que la transaction administrative n'est ni tout à fait identique, ni tout à fait différente de la transaction de droit privé. Le lien entre ces deux transactions est de l'ordre de l'adaptation, en raison essentiellement de la présence d'une personne publique au contrat — comme, c'est le plus souvent le cas.

Ainsi, le caractère consensualiste du contrat transactionnel s'accommode mal du formalisme des procédures contractuelles des personnes publiques. De plus, les litiges ouverts à la transaction et les concessions susceptibles d'être consenties doivent satisfaire à la même condition : correspondre à ce qui est dû, conformément aux règles posées par les arrêts *Mergui* et *SA Entreprise Renaudin*, qui interdisent respectivement aux personnes publiques et privées de payer des sommes qu'elles ne doivent pas. Les parties ne sauraient transiger que sur des droits litigieux à l'issue certaine et en s'accordant des concessions non manifestement excessives au regard de ce qui est dû. En cela, la transaction administrative présente un caractère déclaratif, ne faisant que déclarer des droits effectivement détenus par les parties. Dès lors, elle se trouve nécessairement alignée sur les solutions étatiques. La référence à ce qui est dû conditionne les litiges ouverts à ce contrat : il faut qu'une action en justice existe, et que les droits en cause puissent être identifiés avec certitude. Quant aux concessions réciproques, elles ne doivent pas excéder manifestement ce qui est dû, le droit étatique et notamment la jurisprudence servant alors de référence. Alternative au juge, la transaction administrative n'est pas une alternative au droit étatique.

Il est vrai que les adaptations, pour la transaction administrative, des éléments constitutifs de la transaction de droit privé tiennent surtout à la présence d'une personne publique au contrat, réduisant par là-même les différenciations entre les transactions administratives et les transactions de droit privé des personnes publiques. Toutefois, il faut relever une règle propre à la transaction administrative, sans équivalent en droit privé : l'interdiction de faire supporter aux personnes privées des sommes qu'elles ne doivent pas. Procédant de considérations d'équité, cette règle confère à ce contrat une vraie spécificité. Finalement, la vraie rupture se situe non pas tant entre les transactions administratives et les transactions de droit privé des personnes publiques qu'entre les transactions des personnes publiques et les transactions de droit privé des personnes privées.

En définitive, c'est dans son régime juridique que l'originalité de la transaction administrative apparaît de manière la plus éclatante. Cette originalité ne naît pas de la confrontation avec le droit privé mais avec les autres contrats administratifs, puisque les règles exorbitantes du droit commun qui caractérisent généralement le droit des contrats administratifs ne lui sont pas applicables. Que ce soit au stade de sa conclusion ou à celui de la réalisation de ses effets, les règles de la transaction administrative répondent toutes aux soucis de rééquilibrer les rapports de force entre les parties et d'offrir à celles-ci une certaine liberté, ainsi que l'exige la résolution des litiges, objet de la transaction. Or, ces problématiques rompent avec ce qui prévaut pour les plus exorbitants des contrats administratifs, ceux ayant pour objet le service public.

Il ne s'agit pas tant de revenir sur le caractère administratif des transactions administratives, et ce faisant le critère de qualification des transactions. Le critère matériel dégagé par le Conseil d'Etat et repris par le Tribunal des conflits répond à une logique indéniable. Il est, en effet, assez naturel de faire relever du droit administratif et du juge administratif des contrats conclus pour le règlement des litiges administratifs, surtout dans l'hypothèse où ces contrats font l'objet d'une demande d'homologation ou d'une contestation juridictionnelle. La véritable question porte plutôt sur la pertinence de la théorie générale des contrats administratifs. De nombreux auteurs avaient déjà signalé que la présentation sommaire consistant à associer contrats administratifs et règles exorbitantes du droit commun d'une part, et contrats de droit privé et règles de droit commun d'autre part, ne correspond pas à la réalité du droit, puisque les contrats administratifs sont également soumis à des règles du droit commun et les contrats de droit privé de l'administration, à des règles exorbitantes¹⁰⁹⁴. Le régime juridique de la transaction administrative montre donc encore une fois, s'il le fallait, les limites de la théorie générale des contrats administratifs construite à partir des contrats les plus exorbitants.

Enfin, outre le fait que déséquilibre et exorbitance ne correspondent pas à l'essence de la transaction, il est certain que le Conseil d'Etat a cherché de manière générale à établir un régime qui soit favorable à son développement. Ces efforts ne sont pas restés vains puisque, dans une certaine mesure, la transaction administrative a effectivement progressé.

¹⁰⁹⁴ V. notamment L. MARCUS, *L'unité des contrats publics*, préc., G. ECKERT, « Les pouvoirs de l'Administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs », *Contrats-marchés publics* 2010, n° 10, p. 7.

PARTIE II

LA PLACE SECONDAIRE DE LA TRANSACTION ADMINISTRATIVE

Les pouvoirs publics et le Conseil d'Etat plus particulièrement ont œuvré depuis au moins une vingtaine d'années à promouvoir le mode transactionnel de règlement des litiges administratifs. Préalable obligatoire, la nature juridique de ce contrat a été précisée. Est ainsi qualifiée de transaction administrative, relevant du juge administratif, le contrat par lequel les parties mettent fin à un litige qui aurait relevé de la compétence du juge administratif. Cette clarification opérée par l'avis *L'Hay-les-Roses* ne pouvait être que « bienvenu[e] pour consolider la place de la transaction dans la pratique administrative »¹⁰⁹⁵.

Il reste à s'interroger sur l'efficacité de la transaction administrative, c'est-à-dire sa pertinence et son intérêt. Si la doctrine est généralement sceptique, estimant que « la greffe aurait pu mieux prendre »¹⁰⁹⁶, il faut encore examiner ce que les pouvoirs publics pouvaient raisonnablement espérer.

Dans son rapport de 1993, le Conseil d'Etat se montrait très prudent : « Jusqu'à présent ni l'expérience judiciaire en France, ni les expériences étrangères [...], ne permettent d'imaginer que les nouveaux modes de règlement des litiges en matière administrative

¹⁰⁹⁵ F. LINDITCH, « Le premier avis du Conseil d'Etat sur l'homologation de la transaction », préc., p. 374.

¹⁰⁹⁶ P. YOLKA, *Traité de droit administratif*, t. II, préc., p. 587.

constitueraient une panacée ou produiraient des effets massifs sur la prévention ou l'accélération du contentieux. [...] un développement prudent et limité du recours à ces méthodes peut constituer une des voies d'amélioration du règlement des litiges administratifs, ce qui n'est déjà pas négligeable [...] »¹⁰⁹⁷, avant de conclure, « s'ils ne sont finalement que subsidiaires par rapport au contentieux administratif proprement dit, les modes de règlement des litiges examinés dans la présente étude doivent pouvoir, dans un nombre de cas significatifs, prévenir ou accélérer ce contentieux. Cela suffit à les légitimer et à justifier leur développement »¹⁰⁹⁸. La Haute juridiction ne proposait pas de faire de la transaction administrative un mode de règlement des litiges au même titre que le mode juridictionnel, il s'agissait plus modestement de faire davantage connaître la transaction et de la promouvoir là où elle pouvait être intéressante.

Les circulaires postérieures s'inscrivent dans la même logique, consistant à voir dans la transaction un moyen de désengorger les juridictions et d'améliorer les relations entre l'administration et les usagers¹⁰⁹⁹. La récente circulaire du 6 avril 2011 marque toutefois une légère inflexion dans le discours, en établissant une combinaison claire entre les modes contentieux et transactionnel de règlement des litiges¹¹⁰⁰. Chacun doit être le complément de l'autre : « [...] vos services doivent envisager le recours à la transaction dans tous les cas où, compte tenu des circonstances de fait et de droit, il apparaît clairement que l'Etat a engagé sa responsabilité et où le montant de la créance du demandeur peut être évalué de manière suffisamment certaine », et « ne renvoyer aux juridictions que les litiges qui soulèvent un problème juridique sérieux ou ceux dans lesquels l'administration considère, après analyse des services juridiques compétents, que les demandes qui lui sont adressées sont infondées »¹¹⁰¹. Le recours au juge n'est supposé intervenir que pour autant qu'une transaction ne peut être envisagée.

A l'aune de ces considérations, le bilan des efforts entrepris par les pouvoirs publics ne mérite ni excès d'honneur, ni indignité. Même s'il est impossible de chiffrer le nombre exact de transactions conclues, il est certain qu'elles progressent dans certains domaines bien

¹⁰⁹⁷ *Régler autrement les conflits*, préc., p. 16.

¹⁰⁹⁸ *Ibid.*, p. 26.

¹⁰⁹⁹ La circulaire du 6 février 1995, préc., précisait que « la transaction peut contribuer à l'efficacité des procédures contentieuses », dans la mesure où « la réduction du nombre de procès permet de réduire les délais de jugement ». De plus, « la transaction permet de ne renvoyer aux juridictions que le traitement des litiges qui posent un problème juridique sérieux ; si bien que la voie contentieuse ne sera envisagée qu'à bon escient ». La circulaire du 7 septembre 2009, préc. signale que si « le recours à la transaction ne peut constituer un mode courant de gestion des achats et contrats par l'administration [...], son développement est une nécessité pour la préservation des intérêts publics ».

¹¹⁰⁰ *Ibid.*

¹¹⁰¹ Circulaire du 6 avril 2011, préc.

précis, tels que la responsabilité hospitalière ou la commande publique. Au-delà du règlement de ces types de litiges, le plein déploiement de la transaction ne semble ni réalisé, ni surtout réalisable.

Pour l'heure, le bilan de la transaction administrative correspond davantage aux préconisations exprimées par le Conseil d'Etat en 1993, qu'à la répartition complémentaire envisagée par la circulaire du 6 avril 2011. Sans pouvoir parler de réflexe transactionnel, ni même de complémentarité entre recours au juge et transaction, cette dernière se développe indéniablement. Ses avantages étant aujourd'hui reconnus et appréciés, il y est davantage fait recours. En ce sens, les efforts des pouvoirs publics ne sont pas restés lettre morte. Ceci ne doit pas faire oublier que l'essor de la transaction administrative est nécessairement limité.

En effet, la nature juridique de la transaction administrative la condamne à demeurer, en droit français, un mode secondaire de règlement des litiges. Bien que séculière, la transaction administrative ne correspond pas véritablement aux caractéristiques du système juridique français. Celui-ci semble dans son entier peu favorable à un tel mode de règlement des litiges. La contractualisation, qui tend à se développer au sein de l'action administrative, peine à s'imposer dans la résolution des litiges. Au regard du système juridique français, le recours au juge étatique ne peut être que le mode de règlement privilégié des litiges, et la transaction administrative, un mode secondaire, limité, restreint dans son intervention (Titre I). En outre, quand un règlement transactionnel des litiges administratifs est effectivement ouvert, il n'offre pas aux parties la garantie de mettre définitivement fin auxdits litiges. Comme tout contrat, le contrat transactionnel présente quelques risques et incertitudes relativement à son contenu et son exécution. Il peut même générer des contentieux, phénomène paradoxal quand il s'agit justement de les clore. Cette vulnérabilité intrinsèque à la nature contractuelle du procédé transactionnel contribue à en faire un mode secondaire de règlement des litiges, les intéressés préférant se tourner directement vers le juge étatique et bénéficier des garanties attachées à ses décisions (Titre II).

Titre I. Les entraves extérieures à la transaction administrative

Titre II. Les entraves intrinsèques à la transaction administrative

TITRE I

LES ENTRAVES EXTERIEURES A LA TRANSACTION ADMINISTRATIVE

Il est un lieu commun depuis les années 1970 que d'évoquer le développement du procédé contractuel, son déploiement matériel, y compris comme moyen d'action des autorités publiques. La littérature juridique est abondante sur ce point, le registre étant le plus souvent celui de l'inquiétude du fait des risques de captation de l'intérêt général et du scepticisme, à propos de la nature véritablement contractuelle de ces actes¹¹⁰². La figure des personnes publiques change, et avec elle, leurs rapports à la société toute entière.

L'essor du contrat ne manque pas de gagner aussi la résolution des litiges. Alors même que les modes dits alternatifs sont très anciens — puisqu'inhérents à toute société indépendamment de l'institution de la justice étatique —, ils ont été redécouverts dans les années 1970 également, grâce notamment à l'influence du droit anglo-saxon, plus enclin à ce type de règlement des litiges. Sans doute s'est-il opéré un phénomène de convergence des droits, sinon d'acculturation juridique, la multiplication des transactions commerciales entre autres, favorisant l'ouverture et la connaissance d'autres systèmes juridiques. Les professionnels du droit ont importé leurs méthodes et leurs manières de travailler.

Cela correspondait aussi aux attentes des citoyens. « La France sort dans les années 1970, d'une longue ère de dirigisme où un Etat centralisateur et planificateur édictait surtout des normes unilatérales, après ou sans concertation avec les forces vives de la nation, et focalisait l'action publique sur la réalisation des équipements collectifs »¹¹⁰³. Nul doute que les citoyens aspirent à d'autres rapports avec l'administration, des rapports plus consensuels,

¹¹⁰² V. à titre d'exemple, J. CAILLOSSE, « Interrogations méthodologique sur le "tournant contractuel" de l'action publique. Les contrats publics entre théorie juridique et sciences de l'administration », *in Contrats publics*, préc., t. II, p. 469.

¹¹⁰³ *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, préc., p. 17.

plus concertés, plus égalitaires. C'est ce qui a été qualifié de « crise de l'autorité » et de « l'ère de l'Etat post-moderne »¹¹⁰⁴.

En outre, les modes alternatifs de règlement des litiges sont supposés présenter le précieux avantage de prévenir le contentieux, et ainsi de participer au désencombrement des juridictions, alors que la demande en justice explose et avec elles, les délais de jugement.

Pour toutes ces raisons, les modes alternatifs de règlement des litiges ont suscité un engouement certain dans l'optique notamment de moderniser l'administration et de désengorger les juridictions.

Si la transaction administrative manque encore de notoriété, son bilan est assez honorable. Afin de prendre pleinement la mesure de son efficacité, il faut l'appréhender dans son contexte, c'est-à-dire au regard des valeurs et spécificités du système juridique français. Sans procéder à cette démarche, toute étude de la transaction administrative est nécessairement réductrice et partielle.

En l'occurrence, cet outil juridique se heurte à un obstacle de taille : la culture juridique française, ce que des auteurs ont pu appeler « anticorps »¹¹⁰⁵. Le terme de culture juridique peut être défini comme « un ensemble de valeurs intellectuelles propres à une société, à une nation », « un ensemble de formes de comportement dans les sociétés humaines »¹¹⁰⁶. Or, la culture juridique française n'est pas la culture juridique américaine. Elles sont aux antipodes l'une de l'autre, la première étant façonnée par la tradition romano-germanique, quand la seconde appartient à la *Common law*. Influence des droits ne signifie pas uniformisation des droits, ni même, plus simplement, convergence des droits. Le droit français, en l'état, ne se prête guère à un développement plus important de la transaction administrative.

La conception centralisatrice et volontariste de l'Etat, la sacralisation de la loi, la primauté de la justice étatique, constituent autant de clefs d'explication au recours plus spontané au juge étatique au détriment de tout autre mode de résolution des litiges. La culture juridique française évolue, sans toutefois connaître de révolution. Aussi malgré la contractualisation croissante de l'action publique, il demeure « une allergie traditionnelle au

¹¹⁰⁴ V. sur ce point, introduction, p. 12 et s.

¹¹⁰⁵ P. YOLKA, *Traité de droit administratif*, t. II, préc., p. 587.

¹¹⁰⁶ *Le petit Robert*, édition 2012. Un auteur anglais parle aussi de « shared understandings, complex of beliefs, attitudes, cognitive ideas, values and modes of reasoning and perception which are typical of a particular society or social group », R. COTTERELL, *The sociology of law : an introduction*, London, Butterworths, 1984, p. 25.

consensualisme »¹¹⁰⁷. Non seulement le procédé contractuel ne correspond pas aux pratiques administratives, mais de plus, ses sphères d'intervention se trouvent limitées par un ordre public important. Ce sont là des limites immatérielles et matérielles qui, conjuguées, expliquent que la transaction administrative peine à s'implanter dans le paysage juridique français : le cadre de son intervention y est peu favorable (Chapitre I), et son domaine d'intervention et son contenu, nécessairement limités (Chapitre II).

¹¹⁰⁷ P. YOLKA, *Traité de droit administratif*, t. II, préc., p.587.

CHAPITRE I

LES ENTRAVES EXTRA-JURIDIQUES

Pour véritablement apprécier la transaction administrative, il est nécessaire d'examiner le cadre dans lequel elle intervient, d'étudier son environnement. Cela renvoie plus précisément à tous les éléments immatériels qui l'entourent, qu'il s'agisse des attitudes et comportements, des positions de principe et présupposés, des conceptions et perceptions. Autant d'éléments qui ne sont pas purement juridiques, car ayant trait à la science administrative, à la psychologie, à l'histoire, à la sociologie, et qui permettent d'appréhender ce procédé dans sa globalité. S'en tenir à sa définition et à son régime juridique serait laisser de côté un aspect important de ce mode de règlement des litiges : son usage pratique.

En l'occurrence, ce cadre n'est guère favorable à un développement massif de la transaction administrative. Une combinaison de divers éléments en restreint le recours à des circonstances litigieuses particulières, étroitement délimitées.

Il est peu probable que la transaction administrative devienne un mode courant de règlement des litiges dans les prochaines décennies, tant est prégnante, dans l'opinion commune, l'idée que le juge étatique est seul désigné pour valablement connaître des litiges, et tant est équivoque l'image des modes alternatifs de règlement des litiges en général, et de la transaction administrative plus particulièrement. La primauté de la justice étatique, qui plus est en matière administrative, constitue un véritable frein au développement du mode transactionnel. Compte tenu de l'histoire et des valeurs qu'il a développées, le système juridique français est tout entier tourné vers la justice étatique. Comment alors s'étonner de ce que la transaction administrative demeure aujourd'hui un mode secondaire de règlement des litiges ? Un système juridique ne peut se défaire en quelques années de ce qui l'a façonné pendant des siècles (Section I). Les réserves actuelles à l'égard du procédé transactionnel prennent plusieurs formes, qu'elles soient idéologiques ou pratiques. En outre, là où la

transaction fonctionne, c'est bien souvent dans un cadre particulier, calqué sur le modèle juridictionnel, et laissant dès lors peu de place à la négociation. C'est là une manière paradoxale de pratiquer la transaction. Manifestement, le modèle juridictionnel demeure la référence dans le système juridique français (Section II).

SECTION I. LA PRIMAUTE SOCIO-HISTORIQUE DE LA JUSTICE ETATIQUE DANS LA RESOLUTION DES LITIGES

Il existe en France, dès lors qu'il s'agit de la résolution des litiges, un sentiment général selon lequel le juge est seul en mesure d'y procéder de manière satisfaisante, c'est-à-dire de manière impartiale et conforme à l'état du droit. Dans l'esprit commun, malgré la longueur des délais de jugement et le langage désincarné de la procédure juridictionnelle, la justice est assurée plus certainement par le juge étatique que par les modes alternatifs de règlement des litiges, et notamment par la transaction. Cette conception de la justice est le fruit tout à la fois de l'histoire de la justice, qui est surtout celle de la mise à l'écart de la transaction au profit de la justice étatique (§I), et plus généralement d'un système de pensée réservé à l'égard de tout autre mode de résolution des litiges que le recours au juge étatique. C'est ce que révèle une confrontation avec le système juridique américain, où le recours aux modes alternatifs de règlement des litiges est relativement fréquent (§II).

§I. LA PRIMAUTE HISTORIQUE DE LA JUSTICE ETATIQUE DANS LA RESOLUTION DES LITIGES

L'histoire de la résolution des litiges en France est presque tout entière celle de l'étatisation de la justice. Très tôt, les lignées royales successives, suivant en cela le modèle de l'Empire romain, ont fait de la justice une de leurs missions principales de manière à asseoir leur souveraineté, à garantir l'obéissance des sujets et à maintenir la paix intérieure (A). La Révolution s'inscrit dans la même logique de centralisation de la justice. A partir de là cependant, la justice se perfectionne, changeant alors de visage (B).

A. La résolution des litiges avant 1789

Le schéma devenu traditionnel d'un monarque "source de toute justice" — à l'origine de l'étatisation de la justice — a été long à réaliser. Du Moyen Age jusqu'à la Révolution de 1789, la justice étatique rencontra une double concurrence : la concurrence d'une justice purement privée d'une part, et la concurrence d'une justice publique mais non étatique, assurée par les seigneurs, l'Eglise et les municipalités, d'autre part. Par justice privée, il faut entendre toutes modalités de règlement d'un litige opposant des particuliers et réglés par eux, avec l'aide éventuelle d'un tiers, privé lui aussi. Il existait alors une multitude de modes privés de règlement des litiges, de l'arrangement, de l'arbitrage, du compromis, de la transaction, à la vengeance pure¹¹⁰⁸. Quant aux justices seigneuriales, ecclésiastiques et municipales, elles constituent bien des formes de justice publique, officielle, sans toutefois pouvoir être considérées comme des justices étatiques¹¹⁰⁹.

Justice publique et justice étatique ne se recouvrent pas. Bien au contraire, la construction de la structure étatique moderne nécessitait la disparition des juridictions publiques mais non étatiques au profit de la seule juridiction étatique. C'est ce que les souverains se sont employés à faire dès le XIII^e siècle, ce que les historiens appellent « l'émergence de l'Etat royal »¹¹¹⁰ et que la Révolution achève de réaliser pleinement. Les juridictions seigneuriales sont contrôlées et abaissées. François I^{er}, en 1539 par l'ordonnance de Villers-Cotterêts et Louis XIV après lui en 1674, proposent aux seigneurs titulaires de justices de les leur racheter¹¹¹¹. Les juridictions ecclésiastiques, tout en voyant leurs compétences restreintes, sont subordonnées à la justice royale, les décisions rendues par les premières étant contrôlées en appel par la seconde. Enfin, par une ordonnance de 1566, la compétence des juridictions municipales se trouve limitée aux litiges de police. Les historiens en concluent que « le vieil adage "le Roi est source de toute justice" n'est plus seulement un

¹¹⁰⁸ B. Garnot identifie plus précisément quatre types de justice privée : la justice étatique, l'infrajustice – faisant intervenir, dans un cadre public ou semi-public, des « médiateurs-arbitres » –, la parajustice – les règlements privés, c'est-à-dire l'arrangement ou la vengeance – et enfin, l'extrajustice – la criminalité non-régulée, subie ou tolérée, sans règlement du conflit. V. B. GARNOT, « Justice, infrajustice, parajustice et extrajustice dans le France d'Ancien Régime », *Crime, Histoire et Sociétés*, 2000, vol. 4, n° 1, p. 103.

¹¹⁰⁹ Celles-ci n'interviennent pas en tant que juridiction de premier ressort, et la justice royale comme juge d'appel. Elles disposaient d'une véritable autonomie vis à vis de cette dernière. Aux X-XII^{es} siècles, l'éclatement de la royauté et le morcellement du pouvoir avaient permis aux seigneurs et à l'Eglise de se doter de pouvoirs en matière de justice.

¹¹¹⁰ F. SAINT-BONNET, Y. SASSIER, *Histoire des institutions avant 1789*, Montchrestien, coll. Domat Droit public, 4^e éd., 2011, n° 186.

¹¹¹¹ Elles ne disparaîtront pas totalement, puisque MM. Saint-Bonnet et Sassier estiment qu'à la veille de la Révolution, existent encore plusieurs milliers de justices seigneuriales. V. *Ibid*, n° 440.

principe : il devient une réalité institutionnelle à partir du XVI^e siècle »¹¹¹². Seule la Révolution, toutefois, fera triompher l'unicité du droit et du système judiciaire.

Si les modalités d'intervention de la justice privée et de la justice publique non étatique — les justices seigneuriales, ecclésiastiques et municipales — sont profondément différentes, la logique du pouvoir royal à leur égard est toutefois similaire. Il s'agit dans les deux cas d'éliminer la concurrence qu'elles représentent, et à tout le moins de les contrôler. En effet, observent les historiens de la justice, « l'un des signes les plus marquants de la souveraineté étatique réside dans la prise en charge de la résolution des conflits, et c'est bien dans l'organisation de la justice publique que l'Etat trouve le moyen d'imposer sa souveraineté et de remplir sa fonction de garant de la paix intérieure. Ainsi, la croissance de l'autorité aurait pour corollaire celle de sa capacité à juger les conflits. A l'inverse, les périodes de faiblesse de l'autorité centrale entraîneraient un affaiblissement corrélatif de la justice publique et permettraient l'épanouissement des modes de résolution négociés »¹¹¹³.

Même si l'histoire est faite de nuances et de variations selon les époques et les lieux, il existe une constante dans l'histoire des institutions françaises, caractérisée par l'étatisation de la justice, avec une tolérance pour la justice privée, dès lors qu'elle s'inscrit dans un cadre défini par l'Etat. La clef des rapports entre la justice étatique et les modes alternatifs de règlement des litiges est là. S'il n'y a pas de monopole de l'Etat en matière de justice, une évidente primauté le conduit à contrôler et marginaliser le règlement négocié des litiges. Ce constat contribue certainement à expliquer que les parties en litige, au XXI^e siècle, préfèrent bien souvent s'en remettre au juge étatique plutôt que de transiger, et que plus généralement, les modes de règlement alternatifs des litiges soient si mal connus et si mal perçus. Alors que la justice étatique incarne le progrès, la perfection sociale, les modes alternatifs de règlement des litiges font figure de justice primitive.

Cette centralisation de la justice remonte à l'Empire romain. « Appliquer et faire appliquer le droit [est un] héritage de l'Antiquité. Fonction de pacification des litiges, fonction de correction et de répression : c'est un des attributs essentiels d'une structure de type étatique que d'organiser la concorde entre gouvernés, d'encadrer la discorde en vue d'imposer un

¹¹¹² V. *ibid.*

¹¹¹³ *La résolution des conflits. Justice publique et justice privée : une frontière mouvante*, S. Dauchy, V. Demars-Sion, A. Deperchin, T. Le Marc'hadour, (dir.), Paris, Mission de recherche droit et justice ; Lille, Centre d'histoire judiciaire, 2008, introduction, p. 4.

règlement pacifique des conflits, d'exclure la vengeance privée au profit d'une prise en charge publique de la punition », expliquent F. Saint-Bonnet et Y. Sassier¹¹¹⁴.

Plus précisément, en matière civile comme en matière pénale, il y a « un renforcement du système judiciaire affirmant sa nature de service public, et de manière plus générale, de l'emprise croissante de la cité sur les individus »¹¹¹⁵ : l'Empereur finit par prendre en charge lui-même le contrôle de l'activité judiciaire¹¹¹⁶ ; la justice se professionnalise progressivement ; des procédures juridictionnelles et des voies d'exécution des décisions de justice, notamment, sont élaborées. Avant d'être défait par les invasions barbares, ce centralisme sera quelque peu fragilisé par l'implantation de l'Eglise, qui retient une autre conception de la justice, reposant entre autres sur un règlement local et négocié des litiges. Les Evêques, par exemple, disposent eux-mêmes d'un pouvoir d'arbitrage pour les litiges entre Chrétiens¹¹¹⁷.

En effet, la centralisation de la justice ne fait pas obstacle à la mise en œuvre de modes alternatifs des litiges. Elle ne les conçoit toutefois que sous le contrôle de l'Etat. C'est en droit romain que la transaction telle qu'elle est aujourd'hui trouve ses racines. Les Empereurs Dioclétien et Maximien éditèrent un rescrit sur la transaction, qui servira ensuite de base à l'Empereur Justinien dans la loi 20, *De Transactionibus*, de son Code en 529. D'après cette constitution impériale, la transaction bénéficie de l'autorité de la chose jugée¹¹¹⁸. C'est ainsi que le droit romain reconnaît la transaction et lui assure son efficacité. La force de ce mode de règlement des litiges repose tout entière sur des solutions juridiques consacrées par l'Etat. La transaction, mode de règlement privé des litiges, est de la sorte tributaire de l'Etat.

Ces éléments attestent bien qu'une structure étatique forte cherche à encadrer la justice privée. A l'inverse, un Etat qui peine à imposer sa justice et à juguler la justice privée est un Etat fragilisé dans ses fondations. Ces deux modes de justice, justice privée et justice étatique, s'épanouissent tour à tour dans des contextes politico-juridiques différents.

¹¹¹⁴ F. SAINT-BONNET, Y. SASSIER, *Histoire des institutions avant 1789*, préc., n° 25.

¹¹¹⁵ *Ibid*, n° 26.

¹¹¹⁶ Un système de justice déléguée se met en place sous le principat d'Auguste : pour Rome et l'Italie, le pouvoir de rendre la justice est confié à quatre préfets, et pour les Provinces, aux légats et procureurs impériaux.

¹¹¹⁷ Le droit romain impérial du IV^e siècle admettait la validité du pacte de compromis et accordait une large place à l'arbitrage. V. notamment sur cette question, J. GAUDEMET, « La législation religieuse de Constantin », *Revue d'histoire de l'Eglise de France*, 1947, vol. 33, n° 122, p. 33.

¹¹¹⁸ Le rescrit de Dioclétien et Maximien, repris en cela par le Code Justinien, énonçait : « *non minorem auctoritatem transactionum quam rerum judicatarum esse recta ratione placuit* » – « Il est conforme à la saine raison que les transactions n'aient pas une autorité moins grande que celle de la chose jugée ». Ce principe a manifestement inspiré les rédacteurs du Code civil lors de la rédaction de l'article 2052. V. sur ce point, *supra*, p. 235.

Suivant le modèle romain, les rois successifs n'ont eu de cesse d'affirmer leur vocation justicière, pour conforter leur souveraineté et maintenir la paix intérieure.

Les rois Mérovingiens ont ainsi développé l'idée qu'ils assurent le bien de tous, dont les fonctions d'administrer et juger — alors liées — font partie. Le recours au droit romain « semble bien atténuer l'idée d'une légitimité du roi franc fondée exclusivement sur la conquête et la force armée pour l'asseoir sur une vision du pouvoir plus proche des conceptions romaines, d'un pouvoir ayant pour fonction d'œuvrer pour l'utilité de tous, de dire le droit, de juger, d'administrer », observent les historiens¹¹¹⁹. Le service de la justice était alors organisé en deux niveaux : au niveau local, intervenait le Tribunal ordinaire, le *Mallus* ou *Malberg*, présidé par le comte qui détenait sur son territoire tous les attributs du roi, et notamment celui de rendre la justice, et à un niveau plus élevé, le Tribunal du roi, compétent non comme juge d'appel, mais en cas de déni de justice. Il en ressort que « l'organisation et le fonctionnement de la justice, qui touchent très profondément à la vie des sociétés, témoignent somme toute assez bien d'une emprise royale sur le territoire [...] »¹¹²⁰. Naturellement, il existait à côté de cette justice publique, une justice privée, faite d'arrangements, de compromis, voire même de vengeances purement privées¹¹²¹.

La justice sous la royauté carolingienne s'opère dans les conditions similaires à celles de la royauté mérovingienne, un contrôle de la justice des comtes étant en outre introduit. « Le ministère royal consiste tout spécialement à gouverner et régir le peuple chrétien avec équité et justice et faire en sorte que [tous] jouissent de la paix et de la concorde. [Le roi] lui-même doit être d'abord le défenseur des églises et le serviteur de Dieu [...]. Sa crainte et son soin, dans toute la mesure du possible, doivent d'abord être d'éviter toute injustice ; ensuite, s'il en survient une, de ne pas permettre qu'elle subsiste et de laisser à aucun délinquant l'espoir de se cacher [...] », expliquait alors Jonas, Evêque d'Orléans¹¹²². Le prince chrétien est un prince juste devant Dieu¹¹²³.

¹¹¹⁹ F. SAINT-BONNET, Y. SASSIER, *Histoire des institutions avant 1789*, préc., n° 59.

¹¹²⁰ *Ibid*, n° 82.

¹¹²¹ Il semblerait que la vengeance privée se répandit avec l'installation de populations d'origine germanique, à la fin du monde romain. Contrôler cette pratique devient dès lors l'une des préoccupations majeures des autorités. A cet égard, le poids de l'Eglise, qui enseigne le pardon et les pratiques pacificatrices, ne doit pas non plus être négligé. V. sur ce point, X. ROUSSEAU, « Entre accommodement local et contrôle étatique : pratiques judiciaires et non judiciaires dans le règlement des conflits en Europe médiévale et moderne », in *L'infrajudiciaire à l'époque contemporaine*, B. Garnot (dir.), Editions universitaires de Dijon, 1996, p. 93 et s.

¹¹²² JONAS, EVEQUE D'ORLEANS, *Le métier de roi (De Institutione regia ad Pippinum regem)*, éd. et trad. A. Dubreucq, Paris, Cerf, 1995.

¹¹²³ V. sur ce point, N. GONTHIER, « Faire la paix : un devoir ou un délit ? Quelques réflexions sur les actions de pacification à la fin du Moyen Age », in *L'infrajudiciaire à l'époque contemporaine*, préc., p. 37. L'auteur revient sur la concorde et la paix, devoirs du prince, et leurs fondements idéologiques et juridiques.

C'est toutefois aux XI^e et XII^e siècles que commence véritablement le processus de redressement du pouvoir royal, sous l'effet de la redécouverte de la compilation justinienne et des penseurs antiques, grecs et romains. S'agissant de la justice, les formules sont multiples : « le roi source de toute justice », « le roi fontaine de justice », « le roi justicier suprême ». « La justice et la paix sont à la racine de ton office », expliquait-on à Robert le Pieux ; « Roi et justice sont frères et ont métier l'un de l'autre et ne peuvent l'un sans l'autre », enseignait-on sous Charles VI. De même, l'image de Saint-Louis rendant lui-même la justice sous son arbre est savamment entretenue pour rappeler que le roi est source de toute justice, les administrateurs juges — qui assuraient concrètement le service de la justice — ne faisant que rendre justice en son nom. En cela, elle présente une signification juridico-politique très forte¹¹²⁴.

Ce processus de restauration d'un ordre royal aboutit aux XIII^e, XIV^e et XV^e siècles à l'émergence de l'Etat royal ou moderne, où l'Etat est conçu comme une personne morale au-delà de la personne du gouvernant. Dans cette perspective, et ce jusqu'à la Révolution, la justice apparaît, non plus seulement comme une prérogative attachée à la personne du roi, mais comme une prérogative de l'Etat. C'est à partir de là aussi que le roi cherche à abaisser et contrôler les autres formes de justice, qu'elles soient publiques mais non étatiques ou privée¹¹²⁵.

S'agissant de la justice privée, l'opération fut ardue tant le règlement transactionnel des litiges était alors courant. Outre que la transaction permettait de satisfaire au devoir très chrétien de rechercher la paix et l'amour du prochain et de se montrer discret lorsqu'est en cause l'honneur familial — tous les milieux sociaux s'accordaient sur le fait, par exemple, que l'on ne dénonce pas un membre de la famille —, elle traduisait aussi dans le monde rural — très développé — une sorte de « réticence », de « méfiance », voire même de « refus » à

¹¹²⁴ En effet, si la mission de rendre la justice était le plus souvent déléguée à des administrateurs juges, le roi a toujours cherché à entretenir cette image de roi justicier, en recevant lui-même les justiciables. Ainsi, Louis XIV, tous les matins après la messe, recueillait les placets en personne. V. sur ce point, F. SAINT-BONNET, Y. SASSIER, *Histoire des institutions avant 1789*, préc., n° 445. Sur cette période et sur la transaction pénale, v. R. ECKERT, *La transaction pénale du XII^e au XV^e siècle. Etude de droit savant, de législation et de coutume*, thèse Strasbourg, 2009.

¹¹²⁵ S'agissant des conflits relevant du droit pénal, il semblerait que cette réticence à l'égard de la justice privée ait perduré très longtemps, et qu'ainsi, « la centralisation à l'œuvre dans les derniers siècles et la fondation révolutionnaire [n'aient] pas éradiqué aussi rapidement qu'on le pensait les modes concurrents d'organisation sociale, particulièrement en matière de règlement des conflits », explique J.-C. Farcy. Cette résistance des populations s'est affaiblie progressivement, expliquent les historiens, sans toutefois avancer de dates précises : « pour certains, elle tendrait à disparaître au profit d'un règlement judiciaire des conflits à partir des années 1860, sous le second Empire ; pour d'autres, il faudrait reporter le tournant au dernier quart du XIX^e siècle » ; pour d'autres enfin, il est possible, que la fin du monde rural, dans les 1930, voire dans les années 1950-1960, « marque le point ultime de l'évolution lorsque l'emporte définitivement une régulation sociale entièrement dominée par l'Etat et sa justice », poursuit J.-C. Farcy. V. sur ce point, J.-C. FARCY, « Justice privée et justice publique. Approches de l'historiographie (France, XVIII^e-XX^e siècles) », in *La résolution des conflits. Justice publique et justice privée : une frontière mouvante*, préc., p. 26.

l'égard de la justice étatique¹¹²⁶. Cette inclination s'explique entre autres, par une conception particulière de la justice au sein des populations villageoises. Celles-ci privilégiaient le retour à la paix, l'équilibre et l'harmonie, que la justice privée favoriserait quand les pouvoirs publics stigmatiseraient eux les coupables. La justice privée s'exerce sous le regard de toute la communauté villageoise, selon ses règles, coutumes et valeurs. « C'est donc plus une forme de justice que la justice de l'Etat en elle-même qui est refusée »¹¹²⁷. De même, « certaines provinces plus éloignées du pouvoir central, rattachées plus tardivement à l'ensemble national ou plus attachées à leur autonomie, paraissent être davantage marquées par le refus des interventions du pouvoir central, notamment sous la forme de la justice »¹¹²⁸. « Le système légaliste du droit n'a pas encore régi toute la société à la fin du XVIII^e siècle, [...] le lien avec l'Etat étant très lâche », observe encore N. Castan¹¹²⁹, qui voit là la marque d'une « mentalité archaïque, toujours très attachée au droit de régulation interne »¹¹³⁰. Les règlements privés des litiges, s'ils sont « internes », font bien souvent intervenir des tiers, faute pour les parties de parvenir à s'accorder seules. Des notables du village, comme le curé, le maire ou le notaire, servent dans ce cas, de médiateurs ou d'arbitres. Le clergé bénéficie du prestige attaché à sa formation intellectuelle. L'avocat, au contraire, est préféré par les parties qui n'excluent pas un recours en justice : « elles hésitent, se renseignent sur leurs droits, forgent des arguments "en consultant", quitte réflexion faite, à lui remettre tous les papiers pour éviter un procès peu sûr et à opter pour un arrangement où la défense proposée par l'avocat servira de moyen de pression »¹¹³¹.

Manifestement, la justice privée est loin d'être faite de débordements de vengeance incontrôlés ; elle s'opère le plus souvent selon des règles, des valeurs de référence, suivant des procédures fixées par la collectivité, impliquant éventuellement des tiers compétents, et sous le regard de toute la communauté.

On ne saurait d'autant moins parler d'excès, s'agissant des transactions, qu'à partir du XVII^e siècle au moins, leurs contenu et forme semblent obéir à « une loi générale », composée de règles communément admises, émanant au-delà des communautés villageoises, de la collectivité dans son ensemble : « il est possible de mesurer par petites touches un [...] faciès

¹¹²⁶ *Ibid*, p. 24.

¹¹²⁷ *Ibid*, p. 25.

¹¹²⁸ *Ibid*, p. 26.

¹¹²⁹ N. CASTAN, *Justice et répression en Languedoc à l'époque des Lumières*, Paris, Flammarion, coll. Science, 1980, p. 53.

¹¹³⁰ *Ibid*, p. 18.

¹¹³¹ N. CASTAN, *Justice et répression en Languedoc à l'époque des Lumières*, préc., p. 33.

de la pénétration de la loi générale et d'une image forgée ailleurs que dans le groupe, de la justice [...] »¹¹³².

Le contrat était formé par consentement mutuel d'individus capables, dans le respect de la loi et des bonnes mœurs. Quant au contenu même des obligations contractuelles, une sorte de typologie d'obligations semble avoir été établie selon la nature des faits litigieux : six livres pour une injure, 36 livres pour un vol, 100 louis s'il y a eu libelle¹¹³³. Certaines parties, prévoyantes, envisageaient en outre des sanctions.

De même, les transactions pouvaient être écrites ou orales. Si cette dernière forme ne posait guère de difficultés « dans les milieux dépourvus d'anonymat, où il n'est pas question de contester la parole donnée », il semblerait toutefois que la majorité des transactions faisait l'objet d'un contrat écrit, contresigné par des témoins, dans certaines régions à l'instar du Languedoc¹¹³⁴. Enfin, la procédure de conclusion des transactions s'achevait par un « vinage », geste rituel symbolisant la réconciliation, la convivialité retrouvée, l'oubli du conflit et le retour à la paix.

De toute évidence, il y avait une véritable inclination pour la justice privée en général, et la transaction en particulier, inclination, dont le pouvoir royal a dû tenir compte. Aussi plutôt que de la faire disparaître radicalement, a-t-il cherché à en réduire l'importance et à la contrôler. La difficulté était de taille, comme en témoigne le sort de l'ordonnance criminelle de 1670. Louis XIV avait dû renoncer à son projet initial, qui conformément à « la logique du pouvoir »¹¹³⁵, limitait le recours à la transaction afin d'éviter les abus en la matière. Le texte final reconnaissait comme licites toutes les transactions et organisait leurs effets¹¹³⁶.

Les rapports entre justice privée et Etat ne sont donc pas systématiquement conflictuels. Dès l'époque moderne, il arrive qu'elles se combinent et se complètent. La justice privée peut, par exemple, faire appel à la justice étatique, pour pousser un adversaire à transiger ou contester un arrangement, comme cela se pratique aujourd'hui. De même, la médiation n'était pas l'apanage du règlement strictement privé des litiges, le personnel judiciaire pouvant être amené à faire œuvre de pédagogie, et en cela à concilier les parties¹¹³⁷.

¹¹³² *Ibid*, p. 49.

¹¹³³ *Ibid*, p. 50.

¹¹³⁴ *Ibid*, p. 47.

¹¹³⁵ R. MARTINAGE, « Compromis, transaction et cession de droits en matière pénale, XVI^e – XVIII^e siècles », in *La résolution des conflits. Justice publique et justice privée : une frontière mouvante*, préc., p. 65.

¹¹³⁶ V. sur ce point, R. MARTINAGE, « Compromis, transaction et cession de droits en matière pénale, XVI^e – XVIII^e siècles », in *La résolution des conflits. Justice publique et justice privée : une frontière mouvante*, préc., p. 65.

¹¹³⁷ J.-C. FARCY, « Justice privée et justice publique. Approches de l'historiographie (France, XVIII^e-XX^e siècles) », in *La résolution des conflits. Justice publique et justice privée : une frontière mouvante*, préc., p. 31.

Le propos actuel qui tend à regarder les modes alternatifs de règlement des litiges comme de nouveaux instruments de règlement des litiges venus d’Outre-Atlantique doit donc être relativisé. La justice privée est ancienne, plus ancienne même que la justice rendue par les autorités publiques. Mais, comme pour toutes les formes de justice autres qu’étatique, l’action du pouvoir royal a toujours consisté à les abaisser et à les contrôler. La Révolution ne marque pas de réelle rupture sur ce point.

B. La résolution des litiges après 1789

Malgré les bouleversements qui l’accompagnent, la Révolution ne s’écarte pas fondamentalement de la perception de la justice façonnée par l’Ancien Régime. Même si le Roi n’assurait pas alors le monopole du règlement des litiges, la Révolution conserve l’idée qu’il appartient à l’Etat de rendre la justice, idée qui persistera lors des siècles suivants.

Sous la Révolution, comme sous l’Ancien Régime, l’Etat conserve la primauté en matière de justice. Son organisation, son fonctionnement et la conception même de celle-ci diffèrent cependant profondément.

La justice est désormais une fonction indépendante, et la Déclaration des droits de l’Homme et du Citoyen de 1789 dispose en son article 16, que « Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n’a point de constitution ». Séparation des pouvoirs et garantie des droits sont liées : « Empruntée à Montesquieu, l’idée que les tribunaux sont les protecteurs "naturels" des droits individuels trouve ici sa consécration, d’autant plus forte que seule la justice déléguée par le souverain (et depuis 1789, le souverain est la nation) est véritablement autonome et naturelle »¹¹³⁸. Pour autant, la méfiance à l’égard du monde judiciaire est vivace. Alors même qu’ils ont hissé la fonction judiciaire au même rang que les pouvoirs législatif et exécutif, les Révolutionnaires n’auront de cesse de l’encadrer dans d’étroites limites, voire de l’amoindrir : les juges ne sont plus que la « bouche de la loi » — selon l’expression consacrée — la loi est elle-même soumise à la volonté générale, primant de manière absolue, et les empiétements sur les fonctions

¹¹³⁸ A. BARBOT, A. BOUCAUD-MAITRE, P. DELAIGUE, « Justice », in *Dictionnaire d’histoire du droit et des institutions publiques*, Ellipses, 2^e éd., 2007, p. 346.

administratives sont prohibés, tant par la loi des 16-24 août 1790, que plus tard, par le décret du 16 fructidor de l'an III.

La loi des 16-24 août 1790, de même que la Constitution de 1791 posent, en effet, les principes d'une justice nouvelle, celle de l'Ancien Régime ayant laissé de mauvais souvenirs. Les cahiers de doléances montrent que la méfiance visait tout à la fois les jugements rendus par les Parlements dans le flou du droit, la patrimonialité des offices, les avocats, chèrement rétribués et « faiseurs de chicanes », alimentant les conflits à leur profit, la mauvaise délimitation des ressorts territoriaux et matériels des juridictions, qui faisait de la justice un véritable dédale, etc. « Bref, tout le monde dénonce une justice lente, chère et compliquée, inégalitaire, et à l'image de la société de privilèges qui en constitue un de ses fondements et sa justification »¹¹³⁹. En réaction à cette justice, « les Constituants bâtissent leur cité judiciaire idéale »¹¹⁴⁰ à partir de principes nouveaux.

Au sein de cette cité idéale, la justice est indépendante — et non plus retenue par le Roi — et l'affaire de tous. Comme le soulignent les historiens du droit, « l'émergence de l'individu et de la souveraineté de la nation concourent à faire du citoyen l'élément clef de la réforme » de la justice opérée par les Révolutionnaires, du moins ceux de 1790 et 1791¹¹⁴¹. Ceux-ci ont confiance dans le peuple et son jugement ; il devient source de toute justice. Aussi la nouvelle justice est-elle déléguée et populaire — les juges étant élus par les citoyens. De même, suivant « l'optimisme sentimental »¹¹⁴² et l'exaltation de l'époque pour la fraternité et l'harmonie, les moyens négociés et non autoritaires de règlement des litiges sont privilégiés. Il s'agit de régler les litiges à l'amiable, au plus près des justiciables. Le temps est à une justice non professionnelle et amiable.

Comme l'analyse justement J.-C. Farcy, il existe « deux conceptions de la justice, conceptions qui recourent le clivage justice privée et justice publique, mais traversent aussi la seconde »¹¹⁴³. Les modes alternatifs de règlement des litiges s'institutionnalisent ; ils passent pleinement sous le contrôle de l'Etat.

¹¹³⁹ *Ibid*, p. 345.

¹¹⁴⁰ J.-C. FARCY, *L'histoire de la justice française de la Révolution à nos jours*, PUF, coll. Droit et justice, 2001, p. 176.

¹¹⁴¹ A. BARBOT, A. BOUCAUD-MAITRE, P. DELAIGUE, « Justice », in *Dictionnaire d'histoire du droit et des institutions publiques*, préc., p. 347.

¹¹⁴² G. SAUTEL, J.-L. HAROUËL, *Histoire des institutions publiques depuis la Révolution française*, Précis, Dalloz, 8^e éd., 1997, n° 115.

¹¹⁴³ J.-C. FARCY, « Justice privée et justice publique. Approches de l'historiographie (France, XVIII^e-XX^e siècles) », in *La résolution des conflits. Justice publique et justice privée : une frontière mouvante*, préc., p. 32.

C'est ainsi qu'ont été instaurés l'arbitrage et la justice de paix. Dans le prolongement des Assemblées de famille de l'Ancien Régime, sont mis en place des Tribunaux de famille, destinés à régler, par voie d'arbitrage les différends familiaux et les divorces. Ceux-ci « s'inscrivent parfaitement dans le contexte révolutionnaire de l'éviction des juristes au profit d'une justice simple exercée par des arbitres pris au sein de la famille qui tend à devenir ainsi une école de citoyenneté », note J.-C. Farcy¹¹⁴⁴. Il semble toutefois, que ces tribunaux aient eu une efficacité limitée ; ils n'auraient en fait fonctionné qu'en l'absence de contestation de part et d'autre, les parties ayant au préalable trouvé un accord, comme ce peut être le cas en matière de divorce par consentement mutuel. Dans le cas contraire, les parties devaient faire appel au Tribunal du district, tribunal de droit commun¹¹⁴⁵. Les Révolutionnaires ont également réservé à l'arbitrage le règlement des litiges relatifs aux successions et au sort des enfants naturels, ainsi que les contestations opposant les communes et les propriétaires sur les biens communaux.

L'autre grande innovation de la Révolution, s'agissant de la résolution des litiges, est l'instauration dans chaque canton d'un juge de paix, innovation d'autant plus importante qu'elle demeure jusqu'en 1958. Il s'agissait, conformément aux vœux de la population, de rompre¹¹⁴⁶ avec la justice d'Ancien Régime jugée complexe, onéreuse et lointaine¹¹⁴⁷, en mettant en place une justice peu coûteuse, rapide, d'accès simplifié, aussi bien géographiquement que matériellement. L'objectif des auteurs de la loi des 16-24 août 1790 est de faire une justice « débarrassée de la chicane et des professionnels, rendue à la raison et au bon sens, exercé par cet "homme de bien, ami de la justice et de l'ordre", le juge de paix »¹¹⁴⁸.

Aux termes de la loi de 1790, plusieurs missions étaient attribuées au juge de paix, qui font de lui une instance si originale et importante socialement. Il lui revenait d'abord d'empêcher les procès en conciliant les parties au litige, la conciliation donnant alors lieu à une transaction. C'était là la mission essentielle de ce juge, puisque, conformément à l'esprit

¹¹⁴⁴ J.-C. FARCY, *L'histoire de la justice française de la Révolution à nos jours*, préc., p. 176.

¹¹⁴⁵ C'est ce qui fait dire à J.-C. Farcy, que « les tribunaux de famille [sont] compétents [...] quand justement il n'y a pas de décision judiciaire à prendre », *Ibid*, p. 184.

¹¹⁴⁶ Les historiens ne s'accordent pas tous sur cette idée de rupture. Pour certains, la justice de paix n'est que la continuité de la justice inférieure, au plus bas degré de la justice royale – les sièges secondaires, les châtelainies là où cela existait – et de la justice seigneuriale. Pour d'autres, c'est moins évident. V. sur ce point, que représentait l'achat de leur charge. Sur les reproches adressés plus généralement à la justice de l'Ancien Régime, v. A. FOLLAIN, « De la justice seigneuriale à la justice de paix », in *Une justice de proximité : la justice de paix, 1790-1958*, J.-G. Petit (dir.), PUF, Droit et justice, 2003, p. 19.

¹¹⁴⁷ Certains historiens considèrent toutefois qu'il s'agissait alors d'un « portrait à charge », assez contestable, s'agissant du moins de la justice seigneuriale, car il est vrai que les juges royaux entendaient sans doute rentabiliser l'investissement que représentait l'achat de leur charge. V. A. FOLLAIN, « De la justice seigneuriale à la justice de paix », in *Une justice de proximité : la justice de paix, 1790-1958*, préc., p. 19.

¹¹⁴⁸ A. BARBOT, A. BOUCAUD-MAITRE, P. DELAIGUE, « Juge de paix », in *Dictionnaire d'histoire du droit et des institutions publiques*, préc., p. 325.

de l'époque, il avait été conçu davantage pacificateur que juge. Toutes les affaires relevant des Tribunaux de district, tribunaux de droit commun, devaient d'abord être soumises au « bureau de paix et de conciliation », composé du juge de paix et de ses assesseurs, siégeant donc en formation de « paix et de conciliation ». Il s'agissait là d'une obligation, à l'exception des litiges commerciaux et des affaires relatives à la nation, aux communes et à l'ordre public. La justice de paix était également une justice gracieuse, puisqu'en tant que président des Tribunaux de famille, le juge de paix devait homologuer les décisions adoptées par eux. En cette qualité, il était aussi chargé des actes de tutelle, des héritages, et agissait comme officier d'état civil, recevant les actes de naissances, les déclarations de grossesse, etc. A côté de ces missions extrajudiciaires, le juge de paix était aussi chargé, dans divers domaines, de fonctions purement judiciaires. En matière civile contentieuse, il avait à connaître des litiges patrimoniaux, sur des droits réels ou personnels, et extrapatrimoniaux, comme les atteintes à l'honneur. Les jugements rendus pouvaient ensuite, selon la nature des litiges, être portés en appel devant le Tribunal de district. A partir de 1791, il se voit confier des attributions en matière pénale. Il est alors juge répressif et officier de police judiciaire.

Souhaité surtout comme un conciliateur et moins comme un juge par le législateur de 1790, l'évolution inversera cet ordre d'importance. Du fait de toutes ses attributions, le juge de paix devient un personnage très important localement. Des compétences juridiques sont requises, et il connaît un certain succès. Mais peu à peu, la mission de conciliation se trouve reléguée au second plan. « Soit excès de confiance et d'optimisme du législateur de 89, soit évolution inéluctable et retour à un système judiciaire plus traditionnel, l'activité du juge de paix s'éloigne de l'objectif initial. L'enthousiasme qui a présidé à sa mise en place s'est au fil des ans estompé [...] », observent les historiens du droit¹¹⁴⁹. Les missions contentieuses du juge de paix sont d'ailleurs étendues au XIX^e siècle.

Dès le Directoire, en effet, la justice retrouve sa technicité, se professionnalise et se hiérarchise. C'est ainsi qu'est perçu le progrès s'agissant de la justice et de la protection des droits : une justice assurée par des professionnels, selon des règles et principes uniformes, applicables à tous les territoires et à tous les individus placés dans des situations objectivement identiques, de manière à garantir l'égalité de tous.

Les historiens s'accordent sur le visage que présente la justice, une fois la Révolution achevée : « Maintien de principes révolutionnaires aménagés et retour à l'autorité et à

¹¹⁴⁹ *Ibid*, p. 327.

certaines solutions d'Ancien Régime, telle est la justice qui s'installe à l'aube du XIX^e siècle », expliquent certains¹¹⁵⁰ ; les réformes de l'an VIII s'inscrivent « dans la continuité historique, annonçant la fin de la révolution politique mais aussi celle de la révolution judiciaire, rebâtissant en "masse de granit", l'ordre judiciaire tout autant que l'ordre administratif pour les transmettre pratiquement inchangées jusqu'à nos jours, recomposant une magistrature faite du double legs de l'Ancien Régime et de la Révolution », indiquent d'autres¹¹⁵¹.

Bonaparte renoue en effet avec l'autorité, la réforme de l'an VIII marquant le retour à une justice étatique, hiérarchisée et centralisée. S'impose aussi l'idée que la justice est affaire de spécialistes, et qu'il en va de la dignité de la magistrature — la licence en droit est d'ailleurs exigée à partir de 1809¹¹⁵². De toutes les innovations de la Révolution, seule la justice de paix est conservée. Elle présente une grande importance au XIX^e siècle, auprès des populations rurales surtout, avant de décliner. Comme le suggère d'ailleurs J.-C. Farcy, « il est possible que ce succès favorisant l'acculturation judiciaire des campagnes, soit à l'origine de son progressif déclin, le juge notable et paternel faisant place peu à peu au juge professionnel, le droit se substituant à l'équité »¹¹⁵³. Mais encore une fois, les procédures de conciliation et d'arbitrage introduites en 1790 sont réduites. S'il se maintient au cours du XIX^e siècle, le juge de paix voit son statut évoluer irrémédiablement vers un rapprochement avec les magistrats des autres juridictions. « Recalé dans la justice civile et désormais quelque peu noyé dans un ordre judiciaire étatisé et dans une magistrature professionnalisée, le juge de paix du Consulat avait l'air d'une survivance provisoire [...] »¹¹⁵⁴.

L'heure est au perfectionnement du droit et de la justice étatique. Le Code civil de 1804 s'inscrit dans cette logique. Le fait que le titre XV consacré à la transaction ait été rédigé dans l'urgence, à la demande expresse des Tribunaux d'appel est sans doute révélateur¹¹⁵⁵. De plus, ce faisant, c'est l'Etat qui reconnaît la force de la transaction et organise son efficacité. Transiger s'opère dans le respect de conditions plus ou moins précises, et dans un cadre relativement strict pour les personnes publiques. En outre, le Code de procédure civile de

¹¹⁵⁰ *Ibid*, p. 349.

¹¹⁵¹ J.-P. ROYER, J.-P. JEAN, B. DURAND, N. DERASSE, B. DUBOIS, *Histoire de la justice en France*, PUF, Droit fondamental, 4^e éd., 2010, n° 266.

¹¹⁵² La condition est posée par l'article 23 de la loi du 22 ventôse an XII, et entre en vigueur cinq ans plus tard.

¹¹⁵³ J.-C. FARCY, « Justice privée et justice publique. Approches de l'historiographie (France, XVIII^e-XX^e siècles) », in *La résolution des conflits. Justice publique et justice privée : une frontière mouvante*, préc., p. 31.

¹¹⁵⁴ J.-P. ROYER, J.-P. JEAN, B. DURAND, N. DERASSE, B. DUBOIS, *Histoire de la justice en France*, préc., n° 269.

¹¹⁵⁵ V. sur ce point, introduction, p. 21.

1806 vient restreindre le champ d'intervention de la conciliation instituée comme préalable obligatoire avant toute instance par les lois des 16-24 août 1790 et du 27 janvier 1791. La conciliation demeure obligatoire pour les seules affaires relevant du juge de paix, et encore, sous réserve de dérogations.

A partir du début du XIX^e siècle, le service de la justice — tel qu'il est encore aujourd'hui — n'évolue guère, phénomène assez remarquable au regard de l'instabilité politique du XIX^e siècle. « Entre le Consulat et la III^e République, ce ne sont pas moins de neuf régimes qui se succèdent, parfois à un rythme soutenu et au prix de revirements spectaculaires. Libéralisme effréné, socialisme utopique, monarchie conservatrice, dictature plus ou moins rigide, tout et son contraire a été vécu dans cette période, pour aboutir finalement à l'installation définitive de la République »¹¹⁵⁶. Plus précisément, les régimes successifs ont échoué à réformer le service de la justice. Ce n'est donc pas tant au niveau institutionnel que la justice change qu'au niveau de son activité. Consécutivement aux grandes mutations du temps, politiques, industrielles, sociales, et donc à l'atmosphère de conflit qui se développe, la demande de justice se renforce, et investit la justice étatique d'un rôle social important »¹¹⁵⁷. Pour autant, la résolution des litiges passe assez peu par la conciliation.

Finalement, les juges de paix disparaissent lors de la réforme de la justice mise en œuvre par M. Debré, Ministre de la justice, garde des sceaux du Général de Gaulle, entre février et décembre 1958, et menée selon « une conception jacobine »¹¹⁵⁸, « dans le cadre plus vaste d'une réforme de l'Etat, visant essentiellement à construire une justice digne d'un Etat moderne »¹¹⁵⁹. Les juges de paix, nés de l'idéal de 1789, ne correspondaient plus à une justice moderne, et furent donc supprimés à l'occasion de la réforme de la carte judiciaire. Les juridictions ont en outre été réorganisées, si bien que la justice a plus changé depuis 1958 qu'en plusieurs siècles, de l'an VIII au milieu du XX^e siècle.

La demande de justice est forte aujourd'hui encore. L'histoire montre qu'il en a toujours été ainsi. Les tribunaux ont toujours été très sollicités, plus manifestement qu'ils ne

¹¹⁵⁶ J.-P. ROYER, J.-P. JEAN, B. DURAND, N. DERASSE, B. DUBOIS, *Histoire de la justice en France*, préc., p. 619.

¹¹⁵⁷ *Ibid.*

¹¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 1087.

¹¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 1079.

pouvaient le supporter pour être en mesure d'assurer la justice dans de bonnes conditions. L'encombrement des juridictions est une constante au cours des siècles.

Afin de construire une bonne justice, l'Ancien Régime a multiplié les juridictions, la Révolution a innové en institutionnalisant l'arbitrage et la conciliation, les XIX^e et XX^e siècles ont hiérarchisé et centralisé la justice plus qu'elle ne l'avait jamais été. Depuis une trentaine d'années, le règlement pacifique des conflits est remis à l'honneur. Manifestement, « la justice demeure cette éternelle recherche d'un idéal jamais atteint que les réformes successives ont pour vocation d'approcher »¹¹⁶⁰.

Un service de la justice qui doit faire face à un encombrement conséquent et à des délais de jugements importants, un langage du droit jugé inaccessible et des décisions de justice souvent mal comprises : tel est le contexte de la fin du XX^e siècle et du début du XXI^e. Même si le travail des magistrats n'est pas mis en cause, la population semble réclamer une autre justice, plus accessible, moins coûteuse, parfois plus rapide aussi¹¹⁶¹. Les modes alternatifs de règlement des litiges font l'objet d'un encouragement important, de manière opportuniste pour désencombrer les juridictions certes, mais aussi parce que l'on s'accorde à reconnaître que tous les litiges n'ont pas vocation à être réglés par le juge étatique. Il règne donc un certain paradoxe en ce qui concerne la résolution des litiges : alors que la justice étatique est critiquée, les modes alternatifs demeurent relativement peu sollicités et sont loin d'emporter l'adhésion.

Peut-être ne correspondent-ils finalement pas aux aspirations des citoyens, au premier rang desquelles se situe l'égalité, héritage de 1789¹¹⁶². Les modes alternatifs de règlement des litiges ne sont pas en mesure de la garantir. Transiger présente un risque — il est vrai, plus limité en droit administratif, du fait de l'encadrement des concessions réciproques¹¹⁶³ —, qui, pour être maîtrisé, nécessite de se faire assister d'un avocat, aux conseils plus ou moins judicieux et au coût plus ou moins important.

¹¹⁶⁰ A. BARBOT, A. BOUCAUD-MAITRE, P. DELAIGUE, « Justice », in *Dictionnaire d'histoire du droit et des institutions publiques*, préc., p. 351.

¹¹⁶¹ Une enquête du CSA, menée en 1997 et citée par J.-P. Royer, montre que la lenteur de la justice doit être attribuée à l'encombrement des tribunaux et non au travail du juge, pour 73 % des personnes interrogées ; 12 % estiment par ailleurs que les juges ne travaillent pas assez ; 46%, que les avocats font traîner les affaires, et 28%, que la justice doit prendre son temps pour juger en toute sérénité. V. J.-P. ROYER, J.-P. JEAN, B. DURAND, N. DERASSE, B. DUBOIS, *Histoire de la justice en France*, préc., n° 676.

¹¹⁶² V. *ibid*, n° 678.

¹¹⁶³ V. partie II, titre II, chapitre I, section II, § I, p. 501 et s.

De manière générale, les modes alternatifs de règlement des litiges souffrent d'une mauvaise image. S'il est coutume aux Etats-Unis de transiger¹¹⁶⁴, c'est beaucoup moins le cas en France. Ces outils ont toujours existé, certes, mais l'action de l'Etat aura toujours été de les contrôler et d'en réduire l'importance au profit d'une justice étatique, professionnelle et hiérarchisée. « Au-delà des procédures et des appellations diverses léguées par les siècles à des mécanismes particuliers de résolution des conflits, au-delà aussi de leurs champs respectifs de recherche, de leurs domaines de prédilection ou de leurs sources, il existe incontestablement des invariants. [...] ; l'appareil d'Etat tient clairement à conserver la mainmise sur le règlement des conflits »¹¹⁶⁵.

Dans le cadre de l'évolution historique française, l'affermissement de l'autorité centrale allait de pair avec la primauté de la justice étatique et l'affaiblissement des modes de résolution parallèles. Il s'agissait de garantir la paix intérieure et l'égalité de tous les citoyens. C'est en cela, que la justice étatique est associée à la notion de progrès, tandis que les modes alternatifs de règlement des litiges apparaissent comme la résurgence d'un système archaïque de justice privée, cachée, en marge du droit, et sans recherche de vérité. Dans un système juridique tout entier tourné vers la loi et le juge étatique, ces derniers sont aussi mal connus que mal perçus. Si l'encadrement légal a succédé à l'encadrement des normes villageoises, la suspicion à leur égard demeure. L'encouragement dont la transaction a fait l'objet ces dernières années n'est en rien contradictoire avec ce climat de méfiance forgée par l'histoire, et que des affaires aux lourdes retombées médiatiques, à l'instar de l'arbitrage de B. Tapie, ne contribuent certainement pas à améliorer.

Les modes alternatifs de règlement des litiges ne trouvent pas dans le droit français un terrain où s'épanouir pleinement. La justice comprise comme institution est, dans l'imaginaire collectif, plus apte à assurer la justice au sens d'idéal. Dès lors l'action de l'Etat, à travers le service public de la justice, l'emporte sur les modes alternatifs. C'est le fruit de l'histoire, et plus généralement d'une idéologie politique et économique.

¹¹⁶⁴ V. *Infra*, § II, p. 348 et s.

¹¹⁶⁵ L. DE CARBONNIERES, « Conclusions », *La résolution des conflits. Justice publique et justice privée : une frontière mouvante*, préc., p. 522.

§II. LA PRIMAUTE DE LA JUSTICE ETATIQUE DANS LA TRADITION JURIDIQUE FRANCAISE

Tradition juridique et idéologie politique et économique sont indissociables, les deux étant largement tributaires l'une de l'autre. Signifier que le système juridique français est historiquement tourné vers le juge étatique ne peut dès lors se passer d'une référence à cette idéologie. A défaut, il n'est guère possible d'appréhender de manière globale le traitement actuel des modes alternatifs et la primauté du juge étatique. En effet, « la culture judiciaire est un phénomène total, qui [est] à ce titre justiciable d'une explication économique (le marché du droit), historique (la création de l'Etat de droit), linguistique, voire géopolitique (la stabilité économique est, comme chacun sait, une des conditions de l'épanouissement du libéralisme) »¹¹⁶⁶. Poser la question de la place des modes alternatifs de règlement des litiges revient à s'interroger sur la figure de l'Etat. Comme l'observe D. Cohen, « les places respectives de la justice publique et de la justice privée dépendent en définitive de la conception que l'on retient de l'Etat, et de celle du droit et de ses sources »¹¹⁶⁷. L'auteur poursuit, « de manière synthétique, trois conceptions peuvent s'envisager. Selon le modèle autoritaire, l'Etat centralise toute l'activité de la justice et il n'est de justice que d'Etat ; à l'inverse, selon le modèle libéral, l'Etat ne détient pas le monopole de la justice et accepte que se déroule en dehors de lui une justice alternative à la justice publique, relevant de l'autonomie des individus ; enfin, selon un système mixte, de type dirigiste, l'Etat, s'il reconnaît le droit à l'existence de la justice privée, entend l'encadrer de manière générale »¹¹⁶⁸.

Rien ne permet mieux de saisir les caractéristiques essentielles d'une culture juridique que de la confronter à une autre. S'agissant des spécificités de la culture juridique française et des rapports entre justice publique et privée, un détour par la culture juridique américaine est tout désigné : les modes alternatifs de règlement des litiges y sont très courants, et c'est sous son influence notamment qu'ils ont été redécouverts en France.

Bien que relatives toutes deux à des Etats démocratiques, les cultures juridiques française et américaine divergent profondément quant à la place accordée aux modes alternatifs de règlement des litiges. Tradition romano-germanique et *Common Law* ne

¹¹⁶⁶ A. GARAPON, I. PAPADOPOULOS, *Juger en Amérique et en France, Culture juridique française et Common Law*, Odile Jacob, 2003, p. 26.

¹¹⁶⁷ D. COHEN, « Justice privée et justice publique », préc., p. 151.

¹¹⁶⁸ *Ibid.*

coïncident pas. Là où dans le système américain, le contrat transactionnel est largement sollicité, voire davantage que le juge étatique¹¹⁶⁹, c'est la tendance inverse qui se constate dans le système français.

Délaissés pendant quelques années, les *alternatives dispute resolution* connaissent depuis les dernières décennies du XX^e siècle un succès évident¹¹⁷⁰. Les raisons doivent en être recherchées au-delà des mesures d'encouragement dont ils ont fait l'objet par les pouvoirs publics pour répondre aux difficultés de la justice américaine¹¹⁷¹; elles tiennent indéniablement aux caractéristiques du système juridique américain. Prisés par les anciens colons anglais¹¹⁷², les *alternatives dispute resolution* n'ont jamais cessé de faire figure de mode idéal de résolution des litiges.

Sans doute les divergences dans le rapport à la règle de droit et à l'économie de la justice, permettent-ils d'expliquer le succès américain de la transaction et la stagnation française. L'histoire, pour importante qu'elle soit, ne suffit pas, car elle conditionne ces approches tout autant qu'elle en est le fruit. Encore une fois, la culture juridique est un phénomène global. En l'occurrence, tout converge aux Etats-Unis pour faire des modes alternatifs, des modes courants de règlement des litiges, et en France, des modes secondaires. Le système américain, profondément libéral, fait primer les individus sur les institutions, contrairement au système français, de type plutôt dirigiste, pour reprendre la formule de D. Cohen. Cela transparaît dans le rapport à la règle de droit (A), la perception de l'idéal de justice (B) et les considérations relatives à l'économie de la justice (C).

A. Quelques observations comparées sur le rapport à la règle de droit

Alors que tous deux se réclament du libéralisme, le modèle anglo-américain, de *Common Law*, et le modèle dit continental, de tradition romano-germanique, auquel appartient le système juridique français, s'inscrivent dans des conceptions radicalement opposées de la loi et du droit, plus généralement.

¹¹⁶⁹ A. GARAPON, I. PAPAPOPOULOS, *Juger en Amérique et en France, Culture juridique française et Common Law*, préc.

¹¹⁷⁰ S'il n'existe pas de recensement du nombre de transactions conclues aux Etats-Unis, la doctrine américaine est tout de même en mesure d'assurer qu'elles sont en constante hausse : « These concerns prevent us from fully appreciating the expansion of ADR, but they do not undermine the conclusion of many observers that there has been expansion and that it has been significant », O. G. CHASE (dir.), *Law, culture and ritual : disputing system in a cross-cultural context*, N-Y. University Press, 22^e éd., 2005, p. 96.

¹¹⁷¹ Il s'agissait essentiellement de l'explosion de recours, des délais excessifs de jugement et du coût de la justice pour les contribuables et justiciables, qui pouvait donner lieu à des inégalités selon les revenus de ces derniers.

¹¹⁷² « The colonists were motivated by a utopian religiosity that embraced an ideology of community », O. G. CHASE (dir.), *Law, culture and ritual : disputing system in a cross-cultural context*, préc., p. 101.

La singularité de la pensée politique américaine réside dans la méfiance traditionnelle de la société civile à l'égard de l'Etat, du droit et de la puissance publique. Dans la mesure où il reflète le sentiment des auteurs anglo-saxons sur le droit et la société, c'est surtout vers Locke qu'il convient de se tourner. Ainsi, « pour le rédacteur des *Two Treatises of Civil Government* (1690), tout pouvoir étant une menace pour les droits naturels, il convenait d'en réfréner les appétits de puissance. [...] Au cœur de sa pensée politique et juridique, Locke plaçait cette idée que le Droit préexistait à la formation de tout Etat. Pour lui, il existait un ordre juridique spontané dont l'Etat avait pour seule mission d'assurer la non-perturbation. Le droit était antérieur à l'Etat, il était constitué par le droit naturel »¹¹⁷³. En cela, le système américain est profondément libéral.

Alors qu'aux Etats-Unis, la vie collective a vocation à être abandonnée à une *Common Law*, qui en dernier ressort, résulte de la spontanéité créatrice des forces sociales, elle est destinée davantage en France à être ordonnée par l'autorité de la loi, expression de la volonté générale et impersonnelle.

Le rapport à la loi est propre à chacun de ces deux systèmes juridiques. En droit américain, c'est plutôt du droit que de la loi qu'il est question. En effet, celui-ci se caractérise par son pragmatisme. Il ne se veut pas tant logique que fondé sur l'expérience et le précédent, et ne se conçoit pas centré sur ses propres principes, mais ouvert à d'autres sciences humaines, et même nourri par elles. « Les théories du droit nord-américaines, qu'elles relèvent de la science juridique, de la sociologie ou de l'économie, ont en commun de se concentrer, non pas sur la structure logique des normes, mais sur la force de la décision judiciaire, la création des précédents à partir de l'expérience du contentieux, et de manière générale, sur les effets économiques et sociaux du droit dans la société »¹¹⁷⁴. C'est ainsi que le droit américain entend réguler les rapports sociaux, en s'adaptant à eux, plus qu'en les gouvernant. L'état de la société n'est pas statique, mais sujet à de continuels changements, et c'est le juge, qui au regard de l'ordre naturel, dégage la règle de droit. Les préceptes juridiques ont ainsi été fabriqués par les juges plutôt que par le législateur. « Dans les droits de *Common Law* [...], on estime que la *fairness* n'est pas tant recelée par une règle formulée proactivement, que par réaction à une situation de fait »¹¹⁷⁵. A la différence du droit français,

¹¹⁷³ A. DESRAYAUD, *Eléments de commentaire du discours préliminaire du Code civil*, Saint-Maur, Nouvelles, 2006, t. I, p. 147.

¹¹⁷⁴ T. KIRAT, E. SERVERIN (dir.), « Introduction », *Le droit dans l'action économique*, CNRS Editions, 2000, p. 6.

¹¹⁷⁵ P. LEGRAND, G. SAMUEL, *Introduction au Common Law*, La Découverte, coll. Repères, 2008, p. 54.

largement tributaire de la loi codifiée, le système de *Common Law* repose sur la doctrine dit du « précédent ».

Aussi la représentation de la loi et du droit en général est-elle modeste : « elle ne se présente pas comme un édifice de normes, de comportements concurrençant les règles morales, mais comme un catalogue d'actions qui ne peuvent prospérer et de solutions répertoriées », notent A. Garapon et I. Papadopoulos¹¹⁷⁶ ; un droit casuistique en quelque sorte. La règle de droit américaine apparaît davantage comme une règle de jeu, là où en droit français, elle présente une dimension quasi transcendante et absolue. Méfiance à l'égard de l'Etat, hostilité à la loi, vénération du droit jurisprudentiel, il n'est guère étonnant dans ce contexte qu'un contrôle de constitutionnalité des lois ait très tôt été introduit aux Etats-Unis¹¹⁷⁷.

Les travaux de l'association Henri Capitant définissent les pays de *Common Law*, comme « traditionnellement hostiles à la loi dont l'Etat libéral, traditionnellement non interventionniste, laisse aux parties le soin d'organiser leurs relations »¹¹⁷⁸. Le terrain est donc propice au développement des modes alternatifs de règlement des litiges.

La logique du système juridique français est autre. Il s'agit toujours de préserver les libertés individuelles, la loi étant alors perçue comme le moyen pour y parvenir.

L'idée que la loi est l'émanation du législateur souverain a été consacrée par la Révolution, reprenant les acquis de la Monarchie, construite sur ce concept de souveraineté. Au Moyen Age, la loi — de même que la justice — fut utilisée comme une arme de combat par les Capétiens, de manière à imposer le pouvoir royal aux différentes entités susceptibles de le contester : les seigneurs territoriaux, les villes, etc. Les jurisconsultes médiévaux s'étaient ici appuyés sur la conception romaine du pouvoir. La Révolution transfère ensuite la souveraineté dans l'acte de légiférer, soit du Roi, à la Nation, puis au peuple.

Le concept demeure, mais la finalité diffère. Il ne s'agit plus désormais d'imposer le pouvoir royal, mais de sauvegarder les libertés individuelles. Parmi d'autres éminents auteurs, les Révolutionnaires se sont surtout inspirés des principes d'organisation politique et sociale élaborés par Rousseau. Pour lui, l'homme libre n'est soumis qu'à la loi dont il est l'auteur et le sujet.

¹¹⁷⁶ A. GARAPON, I. PAPADOPOULOS, *Juger en Amérique et en France, Culture juridique française et Common Law*, préc., p. 60.

¹¹⁷⁷ *Marbury v. Madison*, 24 février 1803, 5 US 137.

¹¹⁷⁸ C. JAUFFRET-SPINOSI, « Le rapport de synthèse », *Le contrat*, Association Henri Capitant, Paris, Société de législation comparée, t. 55, 2008, p. 3.

Sous la Révolution, la finalité de la loi et son origine tendent à en faire un acte sacralisé, vénéré : elle est porteuse d'un nouveau monde et constitue une œuvre de la raison et de la volonté du peuple. Aussi, pour toutes ces raisons, la loi apparaissait comme la garantie de la sûreté des citoyens et l'expression de la volonté générale, un acte de commandement et de raison. En tant qu'expression d'un pouvoir démocratique, la loi ne peut-être que juste et infaillible et partant, objet de sacralisation¹¹⁷⁹.

Procéder à un contrôle de constitutionnalité d'un tel acte n'était pas concevable, du moins jusqu'en 1958. En outre, la loi tendait, comme c'est toujours le cas aujourd'hui, à l'absolutisme : elle ne devait pas être galvaudée par son objet, et ainsi présenter un caractère général et absolu.

Contrairement au système américain, qui laisse les individus libres de leurs actions dans les limites de la loi, la liberté en France s'exprime par la loi, lumière divine, acte de vérité. La place faite à la loi dans les différents systèmes juridiques est de nature à favoriser, ou au contraire à freiner le développement de la transaction. Droit légaliste et codifié, où la loi est regardée avec déférence, le droit français ne peut laisser que peu de place à la négociation, à la différence du droit américain, plus enclin à permettre aux individus s'organiser.

B. Quelques observations comparées sur la conception de la justice et de la vérité

Si, en France, le rapport à la loi relève d'un processus très révérencieux, le rapport à la justice et à la vérité ne l'est pas moins. Phénomène de nature, là encore, à limiter le développement des modes alternatifs de règlement des litiges. Les systèmes juridiques américain et français tendent tous les deux à atteindre la vérité, condition même de la justice, leurs moyens pour y parvenir étant toutefois aux antipodes l'un de l'autre. Le rapport à la vérité témoigne en France d'un certain goût pour l'absolu, là où le système américain se montre encore une fois plus pragmatique. *In fine*, s'attacher à la découverte quasi absolue de la vérité — alors même qu'elle est une notion éminemment subjective — ne peut que renforcer la présence tutélaire de l'Etat sur le règlement de leurs litiges.

¹¹⁷⁹ V. à titre d'exemple, « Le cathéchisme républicain à l'usage des sans-culottes », 23 frimaire an II (13 décembre 1793) : « - Un Républicain dépend-il de quelque chose ? - De la loi. - Et de quoi encore ? - De la loi. - Mais que reconnaît-il au-dessus de lui ? - La loi. - Quoi ! Toujours la loi, rien que la loi, et jamais autre chose ? - Toujours la loi, rien que la loi, et jamais autre chose », cité par S. LEROUX, « L'amour des lois en révolution : la finalité morale de la législation », in *L'amour des lois – La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, J. Boulad-Ayoud, B. Melkevik, P. Robert (dir.), Québec/Paris, P.U.L./L'Harmattan, 1996, p. 164.

La corrélation entre vérité et justice est très forte en France ; la vérité y est exigée dans sa plénitude, de manière entière, parfaite, absolue. Ce faisant, le droit français s'inscrit dans la continuité du droit romain, tel que repris et adapté ensuite par les docteurs du Moyen Age. La procédure et le procès sont organisés en ce sens : le magistrat devient enquêteur et l'aveu, le mode privilégié d'émergence de la vérité. « En France [...], le magistrat, ministre de vérité, concentre en lui seul la majesté et la divinité du jugement »¹¹⁸⁰. Sans doute cet attachement à la découverte de la vérité a-t-il été renforcé par la croyance en un Dieu unique parfois pris à témoin, comme dans la procédure de l'ordalie pratiquée au Moyen Age.

Il reste qu'aujourd'hui, ce lien entre vérité et procès est si prégnant que la transaction peine à s'imposer. « Justice et procès forment un binôme dont les termes se confondent parfois, la vérité étant, dans la procédure, la condition de la justice, et du point de vue philosophique, la justice devant être une vraie justice », concluent les travaux de l'Association Henri Capitant¹¹⁸¹. Aussi, l'imaginaire collectif associe la transaction à la marchandisation de la justice. Transiger, c'est renoncer au procès, et par là même, à la vérité et à la justice.

Ces considérations expliquent sans doute pourquoi le mécanisme du plaider-coupable a été si mal accueilli en droit français. Il a été argué que « la justice n'est pas plus à la disposition des justiciables qu'à celle des juges : elle n'est pas contractualisable »¹¹⁸². Le mode transactionnel de règlement des litiges s'oppose à la conception française de la justice. Une remarque faite en 1995 illustre parfaitement cet axiome : « Rien n'est plus étranger pour un public français que la possibilité de transiger avec la justice pour éviter une condamnation et échapper ainsi à la confrontation avec la Loi »¹¹⁸³.

Dans le système juridique français, entre culte de la loi et fort attachement à la vérité — que seul le procès est réputé pouvoir dégager —, la place du mode transactionnel de règlement des litiges ne peut être, sinon marginale, du moins réduite. Dès lors, il n'est guère étonnant que les accords transactionnels fassent figure aujourd'hui d'accords cachés, honteux, voire même suspects. La loi et le jugement présentent un caractère bien trop sacré pour que la transaction soit reconnue comme un mode à part entière de règlement des litiges au même titre que la décision de justice.

¹¹⁸⁰ R. JACOB, « La décision judiciaire en Europe dans la perspective de l'histoire comparée », in *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, R. Jacob (dir.), LGDJ, coll. « Droit et société », 1996, p. 404.

¹¹⁸¹ Travaux de l'Association Henri Capitant, *La vérité et le droit*, Journées canadiennes, t. 38, Paris, Economica, 1987, p. 531.

¹¹⁸² A. GARAPON, I. PAPADOPOULOS, *Juger en Amérique et en France, Culture juridique française et Common Law*, préc., p. 95.

¹¹⁸³ A. GARAPON, *Le gardien des promesses*, Odile Jacob, 1996, p. 253.

Le pragmatisme du système américain dès lors qu'il s'agit de la vérité, favorise, en outre, un plus grand déploiement des modes de règlement amiable des litiges. La recherche de la vérité, si elle est aussi une condition de la justice, ne présente pas un caractère aussi impérieux qu'en droit français. La vérité est conçue autrement : « Cette culture judiciaire n'est pas obnubilée par la vérité factuelle en elle-même ; elle se préoccupe plutôt de la vraisemblance et de l'acceptabilité des récits par les participants »¹¹⁸⁴. Pragmatiques — la vérité étant souvent multiple —, les américains s'arrêtent à ce qui est le plus plausible et le plus convaincant au regard des déclarations et allégations des uns et des autres, et que le procès vise justement à faire ressortir. Toutefois, la tournure théâtrale, parfois même sensationnelle, que prennent certains procès peut faire douter de ce que ce canal d'accès à la vérité, au sens de ce qui est le plus plausible, soit satisfaisant. En effet, les parties s'affrontent sous le regard d'un jury « souvent impressionnable, potentiellement partial en faveur de la partie injuriée, et d'habitude incapable de comprendre les critères légaux, les instructions ou les preuves techniques », remarque Thomas E. Carbonneau¹¹⁸⁵. Dans de telles circonstances, la vérité n'est pas toujours établie. L'introduction d'éléments démocratiques dans le procès comme le jury autant que ce système d'émergence de la vérité font l'objet de critiques de la part des auteurs américains. M. Carbonneau ajoute, estimant que « lorsque la phase procédurale complexe dépend plus de ses aspects théâtraux et de la création dramatique d'apparences superficielles, généralement inventées, elle perd toute sa justification et son utilité sociale, considérée comme un moyen d'aboutir à la vérité légale et à des résultats justes »¹¹⁸⁶. En outre, il est possible à tout moment d'interrompre le procès pour permettre aux parties de transiger.

Ces deux systèmes juridiques tendent bien à aboutir à la vérité, la voie pour y accéder leur étant toutefois spécifique. Le système français, en chargeant le magistrat de découvrir la vérité, témoigne d'un fort attachement à la vérité et place la justice sous la tutelle de l'Etat. L'objet de la transaction n'étant pas de dégager la réalité, elle pâtit d'une mauvaise image, là où la décision de justice inspire davantage confiance. Sans doute cette corrélation opérée dans le système juridique français entre justice, vérité et procès, contribue-t-elle à expliquer la prévalence de la justice étatique. Le système américain, en raisonnant autrement, permet une plus grande diversité dans la résolution des litiges. Les analyses économiques ne sont pas en

¹¹⁸⁴ I. PAPAPOULOS, *Plaider coupable. La pratique américaine, le texte français*, PUF, Droit et Justice, 2004, p. 24.

¹¹⁸⁵ T. E. CARNONNEAU, « Rapport Louisianais », in *La vérité et le droit*, préc., p. 710.

¹¹⁸⁶ *Ibid.*

reste ; elles semblent entériner cette primauté de la justice étatique française et le libéralisme américain en la matière.

C. Quelques observations comparées sur l'approche économique de la justice

Alors qu'aux Etats-Unis, les analyses économiques constituent un véritable facteur de développement de ces outils, les études françaises sont, quant à elles, tournées vers la justice étatique. Ces différentes analyses sont doublement intéressantes : parce qu'elles sont empreintes des valeurs et principes d'un système juridique, elles en sont le reflet, tout en pouvant aussi en influencer activement l'évolution. La place faite aux analyses économiques de la résolution des litiges, ainsi que leur teneur, varient profondément aux Etats-Unis et en France.

Il faut tout d'abord souligner que contrairement à ce qui prévaut en France, le paradigme économique est profondément ancré dans le système juridique américain. Depuis de nombreuses années déjà, la doctrine américaine s'est attachée à étudier les rapports entre le droit et l'économie, et plus précisément les ressorts économiques du droit. Si cet objet d'étude commence à gagner l'Europe, il y reste bien moins développé qu'aux Etats-Unis. Le droit américain se veut résolument ouvert aux autres disciplines humaines et sociales : « la rencontre outre-Atlantique, de la sociologie ou de l'économie avec le droit de *Common Law* produit des constructions scientifiques importantes centrées sur l'expérience du droit dans les réalités sociales [...] »¹¹⁸⁷.

A cette vision empreinte de pragmatisme, s'oppose le droit français, de type légaliste et codifié, dans la continuité de la tradition romano-germanique. Cette culture « associe le droit à une construction rationnelle de normes par le législateur [...] la sphère juridique n'empiète [pas] sur les autres sous-systèmes sociaux (l'économie, la culture, le politique, etc.) [...] »¹¹⁸⁸.

En effet, le mouvement *Law and economics*, impulsé par Robert Posner dans la continuité des travaux de l'Ecole de Chicago sur la théorisation de l'efficacité économique de la *Common Law*, est particulièrement actif. Le droit y est analysé sous l'angle de l'efficacité,

¹¹⁸⁷ T. KIRAT, E. SERVERIN (dir.), *Le droit dans l'action économique*, préc., p. 6.

¹¹⁸⁸ *Ibid.*

dans une dimension résolument utilitariste, dont le système français n'est pas familier. Il s'agit de mesurer l'efficacité économique du droit, de la règle de droit, de la décision de justice, l'objectif étant la maximisation des richesses ou l'allocation optimale des ressources. Le droit est appréhendé comme un outil mis au service de ces deux objectifs. Dans cette perspective, « l'ordre juridique dans son ensemble est placé sous la dépendance fonctionnelle du système économique », indique B. Frydman¹¹⁸⁹. Celui-ci précise aussi que « l'économie du droit, même si sa diversité rend délicat à la résumer à un schéma général, ne s'intéresse pas tant à ce qu'est le droit, qu'à ce que les différents procédés de régulation juridique (la législation, la réglementation, l'appareil juridictionnel) ou les règles des trois compartiments typiques du droit des Etats-Unis (*Contract, Tort, Property*) produisent comme conséquences économiques. [...] En d'autres termes, l'économie du droit se focalise sur la question de l'efficacité économique du droit. Ce faisant, elle se situe résolument sur le registre du calcul et relève, pour emprunter cette expression à W. Heydebrand (1997), d'une *bargaining culture* »¹¹⁹⁰, d'une culture du marchandage. L'efficacité, la rationalité sont au cœur de l'analyse économique du droit aux Etats-Unis. Ce système juridique, « baignant dans une culture contractualiste et libérale [...], se fonde sur la capacité des individus à régler rationnellement leurs propres affaires, hors de la présence tutélaire de l'Etat »¹¹⁹¹.

La question du mode de règlement des litiges est au cœur des travaux de la *Law and economics*. Il s'agit d'étudier, sous le prisme de l'économie, le choix pour les intéressés de recourir à un mode juridictionnel ou amiable de résolution des litiges.

Le postulat de l'analyse est que la détermination du mode de règlement des litiges repose sur un calcul économique rationnel. Les individus ont le choix de solliciter le juge ou de régler eux-mêmes, par la négociation leur litige, choix qu'ils vont opérer au moyen d'une mise en balance. Des auteurs américains expliquent qu'« une personne rationnelle attachée à son propre intérêt prend sa décision [de former ou non une réclamation juridique], en résolvant un jeu séquentiel qui met en balance les coûts immédiats (chercher un avocat, introduire une action), contre les bénéfices attendus dans le futur (le règlement par

¹¹⁸⁹ B. FRYDMAN, « Les nouveaux rapports entre droit et économie : trois hypothèses concurrentes », in *Le droit dans l'action économique*, préc., p. 27.

¹¹⁹⁰ T. KIRAT, « Action juridique et calcul économique. Regards d'économie du droit », in *Le droit dans l'action économique* préc., p. 44, citant W. HEYDEBRAND (1997), « Changing Legal Cultures at the End of the 20th Century », *Annual Meeting of the American Sociological Association*, Toronto, août.

¹¹⁹¹ I. PAPADOPOULOS, *Plaider coupable. La pratique américaine, le texte français*, préc., 2004, p. 25.

arrangement ou le succès au tribunal »¹¹⁹². Ce calcul tendant à l'efficacité des droits intéresse tout particulièrement la *Law and economics*.

Les droits litigieux revêtent ici une dimension totalement marchande, et c'est en cela que l'analyse est novatrice. Les parties à un litige seraient propriétaires de leur droit d'agir en justice, et pourraient en disposer selon leur intérêt sur un marché situé en amont de la décision de justice. C'est ainsi qu'a été théorisée aux Etats-Unis l'idée que les droits litigieux peuvent faire l'objet de marchandage. R. Coase, le premier, semble-t-il, à avoir proposé une telle analyse, s'était intéressé aux conditions d'attribution de fréquences radio et aux dommages causés par les pollutions industrielles et artisanales¹¹⁹³. Ainsi, a été développée la *Law and economics* et « l'idée d'un marché situé en amont de la survenance d'un événement dommageable, en encourageant la vente anticipée, par des victimes potentielles, de leur droit à réparation »¹¹⁹⁴.

L'enjeu essentiel de ce marchandage concerne l'économie des frais de justice, ce que les deux parties auraient à gagner sans perdre par ailleurs au regard de la décision du tribunal dans le cas où il aurait été saisi. Sur ce point, s'opère une convergence des intérêts des parties, qui toutes vont rechercher la solution la moins coûteuse pour elles.

Cette perception marchande des droits litigieux gagne tous les pans du droit, y compris les moins évidents comme le droit pénal. L'introduction du mécanisme du *plea bargaining* en est l'émanation, puisque l'accusé a désormais la possibilité de vendre ses droits de la défense à l'Etat contre une offre de peine plus attrayante, ce qui ne manque pas de soulever des questions sur l'exercice de la justice : les justiciables les plus modestes, peu informés, étant parfois enclins à accepter de plaider coupable contre une offre de faible emprisonnement, alors même qu'ils sont innocents.

La question de l'efficacité est au cœur de l'analyse économique de la résolution des litiges. Il ne s'agit pas tant de l'efficacité de l'institution judiciaire, que du droit dans son ensemble et de la nécessité de permettre aux individus de recourir au mode de règlement des litiges le plus rationnel pour eux.

¹¹⁹² R.D. COOTER, D.L. RUBINFELD (1989), « Economic Analysis of Legal Disputes and their Resolution », *Journal of Economic Literature*, vol. 27, Septembre, pp. 1067-1097, cité par E. SERVERIN, « Les marchandages sur les droits litigieux », in *Le droit dans l'action économique*, préc., p. 117.

¹¹⁹³ V. R. COASE, « The Federal Communications Commission », *The Journal of Law and Economics*, octobre 1969, pp. 1-40 ; "The problem of Social Cost", *The Journal of Law and Economics*, octobre 1960, vol. 3, pp. 1-44 ; *The Firm, the Market and the Law*, University of Chicago Press, 1988.

¹¹⁹⁴ E. SERVERIN, « Les marchandages sur les droits litigieux », in *Le droit dans l'action économique*, préc., p. 112.

L'analyse française est différente. Si le thème de l'efficacité est largement évoqué, c'est celle de l'institution judiciaire dont il importe. L'analyse économique se place sur le registre bien connu du service public : il s'agit surtout de mesurer la qualité du service public de la justice au regard de son coût, et bien moins l'efficacité économique de la résolution des litiges à partir de la figure de l'individu rationnel. De même, les parties placées en situation de litige sont perçues non comme des individus rationnels, mais comme des usagers du service public de la justice. A l'évidence, l'efficacité en matière de résolution des litiges ne concerne pas l'individu, mais le service public. Ce faisant, la justice étatique prime là encore les modes alternatifs de règlement des litiges.

Traditionnellement réservée à l'entreprise privée, la logique de l'efficacité a été introduite dans le service public. Il s'agit, estime L. Cluzel, de répondre à la crise de légitimité que celui-ci connaît : « Les services publics régaliens et sociaux sont aujourd'hui sommés de rendre compte de leurs coûts et de leurs résultats »¹¹⁹⁵. Améliorer la qualité de la justice, c'est aussi améliorer l'image que l'utilisateur a de la justice. D'autant plus que dans l'imaginaire collectif, le service public de la justice n'est pas un service public comme un autre ; il doit répondre à un sentiment universel des plus primitifs, celui du besoin de voir la justice rendue. Service public essentiel, la justice doit donc être efficace. Pour ce faire, il importe de faciliter l'accès à la justice et d'écourter les délais de jugement. Le souci de faciliter l'accès à la justice présente deux volets au moins : un volet territorial, le problème étant celui de la carte judiciaire, et un volet pécuniaire, touchant cette fois au coût de la justice pour les justiciables. *In fine*, c'est l'égalité de tous les citoyens devant la justice qui doit être garantie. Aussi les dispositifs destinés à faciliter l'accès à la justice ont-ils été multipliés et leurs coûts pris en compte¹¹⁹⁶. Certaines mesures visent à limiter l'impact financier des procédures juridictionnelles pour les justiciables : les actes de justice ont été rendus gratuits, une aide juridictionnelle a été mise en place, le ministère d'avocat n'est pas systématiquement obligatoire, etc. D'autres permettent d'accroître la présence judiciaire sur le territoire, à l'instar de la création des maisons de la justice et du droit, des antennes de justice, des antennes juridiques et de médiation, etc. Il s'agit toujours de rendre plus efficace le service public de la justice.

¹¹⁹⁵ L. CLUZEL, « La promotion de la qualité dans les services publics, un précédent pour la justice ? », in *Evaluer la justice*, E. Breen (dir.), PUF, Droit et justice, 2002, p. 54.

¹¹⁹⁶ E. Guigou, alors Garde des Sceaux, indiquait être « profondément attachée à l'idée que seul le service public doit remplir des missions d'intérêt général dans des conditions de coût telles qu'elles assurent l'égalité des citoyens qui ont le droit d'être jugés dans les mêmes conditions de défense de leurs intérêts et d'impartialité », E. GUIGOU, *Service public de la justice*, Paris, Odile Jacob, 1998, p. 12.

Dans cette perspective, les modes alternatifs de règlement des litiges ne sont perçus que comme des outils permettant l'amélioration de ce service. S'ils sont encouragés par les pouvoirs publics, c'est avant tout pour remédier à l'engorgement des tribunaux, et ainsi, permettre au juge de connaître dans des délais resserrés des litiges que les parties ne pouvaient pas régler seules. « Le recentrage de la justice sur son cœur de métier se poursuit. Afin d'alléger la charge des tribunaux et de faciliter les démarches administratives des citoyens, il a été décidé de déjudiciariser un certain nombre de types d'affaires non conflictuelles, de développer l'arbitrage et la médiation, et d'une manière générale, d'alléger certaines procédures », explique par exemple la mission ministérielle pour les comptes de la Justice de l'année 2011¹¹⁹⁷. Les différentes circulaires relatives à la transaction administrative s'inscrivent dans la même logique¹¹⁹⁸ ; c'est aussi la position du Conseil d'Etat dans son rapport de 1993¹¹⁹⁹, réitérée en 2008¹²⁰⁰.

L'ambition est également d'établir d'autres rapports entre les administrations et leurs usagers, de leur permettre de se rapprocher, de discuter. La figure de l'utilisateur change, et avec elle, les règles de fonctionnement du service public à son égard, ainsi que les modes de règlement des conflits.

C'est donc de manière utilitariste que sont envisagés les modes alternatifs, non pas sous l'angle des intérêts individuels, mais de ceux du service public, des juridictions, comme des administrations. Sur ce point, la divergence des logiques américaine et française est éclatante. Il n'est pas question en France de marchander la justice et les droits litigieux.

¹¹⁹⁷ Rapports annuels de performances, annexe au projet de loi de règlement des comptes et rapports de gestion pour l'année 2011 du ministère de la Justice, p. 11, www.performance-publique.budget.gouv.fr.

¹¹⁹⁸ « La démarche de la revue générale des politiques publiques visant à optimiser l'efficacité de l'action administrative et à améliorer la qualité du service rendu aux usagers doit s'appliquer également à la prévention et au règlement des différends », énonce la circulaire précitée du 6 avril 2011. Reprenant elle-même la circulaire du 6 février 1995, celle du 7 septembre 2009 explique que « Les atouts de la transaction sont nombreux : en effet, la transaction facilite un règlement rapide et amiable des différends, elle permet une gestion économe des deniers publics et allège la charge de travail des juridictions ».

¹¹⁹⁹ Le Conseil d'Etat concluait ainsi son rapport : « l'utilisation de modes de règlement qu'on peut qualifier de nouveaux parce qu'ils tendent à se développer, apparaît complémentaire de l'efficacité de la juridiction administrative traditionnelle, et peut même favoriser celle-ci. Le recours à ces modes "nouveaux" peut en effet prévenir une partie du contentieux, en dénouer plus rapidement une autre, autrement dit décharger – certes partiellement – le juge administratif des tâches de jugement, de plus en plus lourdes, qui lui incombent », *Régler autrement les conflits*, préc., p. 147.

¹²⁰⁰ Le Conseil d'Etat indiquait être favorable au développement de la transaction, « car si le recours à la justice administrative est gratuit pour les administrations, il a un coût pour la collectivité. Et si la rapidité de règlement des litiges correspond à l'attente première des justiciables. [...] ». Le coût, précisait-il, est « budgétaire et d'opportunité : l'encombrement du prétoire par des affaires qui ne le méritent pas retarde le règlement de ces affaires mais aussi par contrecoup celui de toutes les autres, dont celles des administrations », *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, préc., p. 228.

Il ne s'agit pas ici de mettre en concurrence deux modèles juridiques, mais de souligner les spécificités de la culture juridique française de nature à freiner le développement des modes alternatifs de règlement des litiges et de la transaction plus particulièrement.

Sous l'influence du droit américain, ces instruments suscitent en France un regain d'intérêt. Ils sont l'objet de nombreuses et véritables mesures d'encouragement, notamment en droit administratif, où a été consacrée en 2002 une transaction administrative, preuve la plus manifeste de la volonté du Conseil d'Etat de voir le mode transactionnel se développer. Mais, l'histoire de la justice en France est celle de la justice étatique. On ne saurait donc parler de coexistence pacifique entre la justice étatique et la justice privée, car au-delà de l'histoire institutionnelle, l'esprit français est profondément étatiste : la sacralisation de la loi, l'association entre vérité et procès et l'attachement au service public sont difficilement compatibles avec un développement de la transaction, surtout en matière administrative.

Certes, la culture juridique, matrice du droit positif, est une dynamique, un élément vivant, évoluant au gré des influences, des mœurs, etc. La question est alors de savoir si ce mouvement est en mesure de dépasser les spécificités culturelles, de surmonter traditions et héritages. C'est très peu probable, du moins dans l'immédiat, l'évolution des cultures juridiques connaissant un rythme lent. D'autant que les pouvoirs publics, tout imprégnés eux aussi de la primauté du service public de la justice, ne souhaitent pas bouleverser cet ordre de priorité entre les deux modes de règlement des litiges, que sont la décision de justice et la transaction. L'indéniable rapprochement des cultures juridiques, que favorisent les échanges, ne donne lieu ni à une assimilation, ni même à une convergence des droits. Dans cette perspective, il n'est guère concevable que la transaction constitue autre chose qu'un mode secondaire de règlement des litiges, et probablement pour plusieurs années encore.

Redécouverts sous l'influence du droit américain, les modes alternatifs ne sont destinés en droit administratif français qu'à intervenir dans un cadre étroitement déterminé, et avant tout, pour éviter d'encombrer davantage les juridictions. En cela, les efforts du Conseil d'Etat ne pouvaient guère démeriter.

Manifestement, la question de la place faite à la justice alternative, entendue comme la résolution non juridictionnelle des litiges, est intimement liée à celle de la justice étatique et de la figure de l'Etat plus généralement. Dans un Etat comme la France, historiquement construit autour de la loi et de la justice, centralisateur et jacobin, il n'est guère étonnant que la justice étatique représente communément la seule justice valable. Nul doute que l'image de Saint-Louis rendant la justice sous son arbre a marqué les esprits. Si la justice est d'abord une

mission de l'Etat, le règlement transactionnel ne peut par voie de conséquence qu'être secondaire. Sans doute les difficultés que connaît actuellement la transaction pour s'imposer proviennent-elles en partie de ces spécificités culturelles.

SECTION II. LES RETICENCES DANS LA PRATIQUE DE LA TRANSACTION ADMINISTRATIVE

Paradoxalement, alors même que la transaction fait figure de modèle idéal de règlement des litiges, elle se heurte en pratique à de nombreuses réticences. Il semble exister un décalage entre ce qu'elle représente, la paix et la concorde, et ce qu'elle inspire concrètement aux parties intéressées : la méfiance et la crainte. Le décalage est exacerbé en matière de résolution des litiges administratifs.

La perspective de maîtriser l'issue du litige séduit autant qu'elle effraie. Tant d'un point idéologique que pratique, le recours au juge constitue une solution plus sécurisante pour les parties. Transiger dans de bonnes conditions suppose à tout le moins de disposer de solides connaissances juridiques et d'avoir confiance dans l'autre, ce qui est loin d'être systématiquement garanti (§I). Du reste, la formalisation des cadres de conclusion des transactions administratives témoigne de la prédominance du modèle juridictionnel dans les esprits. Quelle que soit la finalité des instances de médiation-conciliation mises en place — désencombrer les tribunaux ou favoriser effectivement un rapprochement des parties —, leur imposer une procédure inspirée de la procédure juridictionnelle revient à trahir l'essence, l'esprit des modes alternatifs de règlement des litiges. Cette voie ne fait, en outre, qu'alimenter le sentiment que seul le modèle juridictionnel est en mesure de régler les litiges de manière satisfaisante (§II).

§I. LES RETICENCES DES PARTIES A L'EGARD DU PROCEDE TRANSACTIONNEL

Tandis qu'au début des années 1990, ils s'interrogeaient dans leur thèse respective sur le bilan à tirer des modes alternatifs de règlement des litiges, B. Delaunay¹²⁰¹ et

¹²⁰¹ B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés : contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 172, 1993, p. 695 et s.

A. Ikonomou¹²⁰², dressaient un tableau accablant des moyens mis à la disposition des personnes publiques. Mme Delaunay concluait à une « efficacité limitée des procédés de règlement non juridictionnel des litiges administratifs »¹²⁰³, à un « bilan relatif de leur intérêt »¹²⁰⁴. Cela tenait pour elle à l'insuffisance des garanties offertes aux administrés — qu'il s'agisse de la composition et des conditions de désignation des organes de conciliation-médiation, des garanties statutaires, des moyens juridiques et financiers, des garanties procédurales —, au caractère facultatif de la justice alternative, à l'inadaptation du droit de la dépense publique, au défaut d'information des administrés et à la conviction traditionnelle selon laquelle le juge seul est habilité à résoudre les litiges¹²⁰⁵. Le constat d'A. Ikonomou n'était pas plus clément. Il évoquait alors une « indifférence des parties à l'égard du règlement non juridictionnel »¹²⁰⁶, qu'il attribuait d'une part à des « facteurs extérieurs à la volonté des parties », comme des dysfonctionnements dans l'organisation des services administratifs — ainsi que la méconnaissance de la règle de droit applicable, par exemple —, ou des contraintes d'ordre financier, ou encore l'ignorance des procédés ; et d'autre part, à une « stratégie des parties », celles-ci préférant délibérément s'en remettre au juge étatique¹²⁰⁷.

Manifestement, le cadre d'intervention des modes alternatifs de règlement des litiges, et de la transaction parmi eux, ne pouvait guère favoriser, en l'état, leur essor. Vingt ans après, une nette évolution s'est opérée. Toutefois, il demeure des difficultés, aussi bien au sein de l'administration (A) que du côté des personnes privées (B).

A. Les réticences de l'administration

Les réserves des personnes publiques à l'égard du procédé transactionnel sont celles des agents et des élus, par le biais desquels elles agissent. Ces réserves sont de plusieurs ordres. Certaines, pratiques, ont trait à l'organisation administrative (a), d'autres, au risque de poursuites pénales (b).

¹²⁰² A. IKONOMOU, *Les modes non juridictionnels de règlement des litiges administratifs*, préc., p. 412 et s.

¹²⁰³ B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés : contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945*, préc., p. 723.

¹²⁰⁴ *Ibid.*

¹²⁰⁵ Sur tous ces éléments, v. B. DELAUNAY, thèse préc., p. 723 et s.

¹²⁰⁶ A. IKONOMOU, *Les modes non juridictionnels de règlement des litiges administratifs*, préc., p. 412.

¹²⁰⁷ Sur tous ces éléments, v. A. IKONOMOU, thèse préc., pp. 412-420.

a. Les difficultés internes à l'administration

Les auteurs des années 1990 avaient mis en évidence plusieurs difficultés que l'on pourrait qualifier d'internes à l'administration, difficultés de nature à compromettre le recours à la transaction administrative par les personnes publiques. Le manque de moyens juridiques et matériels, ainsi que les règles budgétaires étaient régulièrement pointés du doigt. Alors que l'incidence des secondes est assez dérisoire (2), le premier constitue en revanche une vraie difficulté que le contexte actuel de restriction budgétaire ne fait qu'aggraver (1).

1. L'insuffisance de moyens

Se conditionnant les uns et les autres, c'est ensemble qu'il faut étudier les moyens matériels et juridiques mis à la disposition des personnes publiques pour le règlement de leurs litiges. En l'occurrence, ceux-ci ne sont pas à la hauteur de ce que nécessite le développement de la transaction administrative.

Transiger est un exercice exigeant, davantage encore pour les personnes publiques. La conclusion — surtout concernant les collectivités territoriales —, comme le contenu même des contrats obéissent à des règles complexes¹²⁰⁸. Conclure une bonne transaction suppose de bien identifier les parties en litige, la nature du litige, la détermination des responsabilités, la règle de droit applicable, outre la question de la rédaction du contrat lui-même. Le processus transactionnel peut donc se révéler compliqué pour des administrations peu habituées à contracter, qui plus est en dehors des cadres étroits fixés pour la passation des contrats de la commande publique. Paradoxalement, la difficulté provient du caractère non réglementé de ce type de contrat, et de son contenu plus spécifiquement. Des règles existent, certes, mais hors de tout corpus de textes à la manière d'un code. Elles sont essentiellement jurisprudentielles et renvoient elles-mêmes à d'autres règles, à l'instar de l'arrêt *Mergui*, qui interdit aux personnes publiques de payer des sommes qu'elles ne doivent pas, supposant pour les intéressés d'identifier dans le cadre du litige, ce qui est dû et ce qui ne l'est pas au regard de la règle de droit applicable. Les juristes des collectivités publiques ont à raisonner comme un juge le ferait s'il avait été saisi du litige. Or, tous ne disposent ni du temps, ni des compétences

¹²⁰⁸ Sur la conclusion des transactions administratives et leur contenu, v. respectivement, p. 205 et s. et p. 145 et s.

juridiques nécessaires pour ce faire. S'il est possible aux grosses entités publiques de s'offrir les services d'agents qualifiés, voire la technicité d'un avocat, ce n'est pas le cas de celles de taille moins importante et au budget plus modeste. L'Assistance publique-Hôpitaux de Paris indique ainsi avoir pu mettre en place une Direction des affaires juridiques, dans laquelle travaillent « des juristes compétents, habitués à traiter les dossiers de responsabilité médicale », « sous la responsabilité de magistrats »¹²⁰⁹. Mieux, cette direction compte en son sein un service spécialement chargé du règlement amiable des litiges, composé d'une dizaine d'agents¹²¹⁰. La Direction des affaires juridiques du ministère de la Défense annonce que son « activité en matière de soutien des services pour la négociation d'une transaction est en plein essor depuis que le Conseil d'Etat a admis qu'une transaction valait titre de paiement dans son avis *L'Hay-les-Roses* »¹²¹¹.

Les structures plus modestes peinent de leur côté à s'attacher les services de juristes hautement qualifiés. Dans son rapport de 2008, le Conseil d'Etat faisait même de la formation des élus et des agents au procédé contractuel une priorité pour les collectivités territoriales¹²¹². Celles-ci peuvent aussi compter sur l'expertise juridique des services préfectoraux. Le contrôle de légalité, en effet, ne se résume pas au contrôle des actes des collectivités territoriales avant leur entrée en vigueur : « Ces contrôles [de légalité budgétaire et financier] ont toujours été accompagnés par l'Etat d'une activité de conseil en amont, qui permet à la fois de faciliter l'exercice des contrôles et de conforter leur rôle de soutien à l'action des collectivités territoriales », soutient le rapport de J. Mézard¹²¹³. La logique est celle du dialogue, du conseil, de la pédagogie, de l'assistance, et non du contrôle-sanction. L'Etat se fait « partenaire » et non « censeur »¹²¹⁴. Il aide à l'élaboration des actes, afin de les sécuriser, préoccupation qui intéresse toutes les collectivités, des plus petites aux plus grandes¹²¹⁵. « Ces conseils, expertises juridiques, avis tendent à devenir la principale mission des préfetures

¹²⁰⁹ A. LEVASSEUR, « Les transactions : l'exemple de l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris », préc., p. 55.

¹²²⁰ C'est ce qu'indique le site internet de l'AP-HP, précisant aussi que « Le département de la médiation et de la responsabilité hospitalière [...] a pour mission de gérer l'ensemble des litiges nés de l'activité hospitalière. A cette fin, il assure la gestion et le traitement des recours amiables et contentieux en matière de responsabilité hospitalière. S'agissant plus particulièrement des recours en matière de responsabilité médicale, le département veille à privilégier la voie de la résolution amiable des demandes indemnitaires qui sont portées devant lui. Il assure également le traitement en demande et en défense de toutes les actions contentieuses administratives, civiles et pénales dans lesquelles l'établissement public intervient. [...] ».

¹²²¹ C. BERGEAL, « Le traitement des problèmes juridiques au ministère de la Défense », préc., p. 5.

¹²²² *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, préc., pp. 266-267.

¹²²³ Rapport d'information du sénateur J. Mézard, fait au nom de la délégation aux collectivités territoriales, *Les contrôles de l'Etat sur les collectivités territoriales*, n° 300, 25 janvier 2012, p. 22.

¹²²⁴ *Ibid*, p. 9.

¹²²⁵ « Le besoin d'une expertise de l'Etat reste fort, même pour les plus grandes collectivités, et *a fortiori* pour les plus petites d'entre elles », *Rapport Mézard*, préc., p. 9.

vis-à-vis des collectivités, quasiment en lieu et place du contrôle représentant jusqu'à 80% de leur fonction pour certaines d'entre elles et ceci dans le but de prévenir les actes illégaux et le contentieux. On comprend l'intérêt qu'ont les collectivités à solliciter ces avis lorsqu'elles ne disposent pas de personnels compétents en nombre suffisant ou qu'elles souhaitent s'assurer de la légalité de certaines décisions »¹²¹⁶.

Si l'intérêt d'une telle activité ne fait aucun doute, son efficacité est en revanche plus discutable. En effet, il semblerait que la qualité comme le volume de ces conseils aient été grandement affectés par la révision générale des politiques publiques engagée en 2007. Le rapport Mézard parle de « faiblesse effrayante des moyens consacrés aux contrôles [de légalité et budgétaires] »¹²¹⁷. Il indique que les « moyens humains consacrés au contrôle de légalité ont été réduits de l'ordre de 20% en trois ans [jusqu'à 2010] »¹²¹⁸, et observe, en outre, « un décalage croissant entre les agents des préfectures chargés du contrôle de légalité, pour la plupart de catégorie B ou C, d'une part, et les services juridiques des collectivités territoriales, dotés de fonctionnaires de catégorie A ou A+, d'autre part »¹²¹⁹. Ainsi, moins de 19% des personnels chargés du contrôle de légalité dans l'ensemble des préfectures et des sous-préfectures sont des catégories A, 47% des catégories B, et un peu moins de 34% des catégories C¹²²⁰. Si bien qu'aujourd'hui, le contrôle de légalité, et avec lui l'assistance portée en amont aux collectivités territoriales¹²²¹, sont devenus très insuffisants : « c'est l'expertise même de l'Etat qui fait défaut, faute de disposer des moyens correspondant à l'enjeu que constituent ces contrôles », conclut le rapport¹²²². Or, si les services de l'Etat ne sont plus en mesure d'apporter un concours efficace aux collectivités, c'est la liberté des collectivités en matière de résolution des litiges qui est compromise. N'étant pas toutes également armées, seules les plus importantes auront donc l'assurance, du fait de la compétence de leurs propres agents ou des conseils coûteux de cabinets d'avocats, de transiger dans de bonnes conditions. Les autres s'emploient, quand c'est possible, à redoubler d'inventivité pour suppléer le recul

¹²¹⁶ N. FERREIRA, « De la nécessaire imperfection du contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales », in *L'Etat dans ses relations avec les collectivités territoriales, Journées d'études juridiques sur la centralisation française*, P. Chrétien, N. Ferreira, L. Janicot (dir.), Lextenso, coll. LEJEP, 2011, p. 140.

¹²¹⁷ *Rapport Mézard*, préc., p. 36.

¹²¹⁸ *Rapport Mézard*, préc., p. 33.

¹²¹⁹ *Ibid.*, p. 34.

¹²²⁰ *Ibid.*

¹²²¹ Et ce, malgré la directive nationale d'orientation des préfectures pour 2010-2015, qui recommandait de développer la mission de conseil en amont. DNO des préfectures 2010-2015, p. 45.

¹²²² *Ibid.*, p. 62.

de l'Etat en matière de conseil et mutualiser leurs moyens¹²²³. A défaut, elles préféreront s'en remettre au juge étatique pour régler leur litige.

Paradoxalement, alors qu'il aurait pu être favorable au développement de la transaction administrative, le contexte de restriction budgétaire compromet le recours des collectivités territoriales à cet outil, du moins pour celles qui sont les moins bien équipées.

2. Le faux problème de l'imputation des crédits

Certains auteurs ont aussi regardé les règles budgétaires s'appliquant aux services de l'Etat comme étant susceptibles de dissuader les administrations de transiger¹²²⁴. Toutefois, ces règles, qui ont quelque peu évolué depuis, ne semblent pas plus hier qu'aujourd'hui, avoir de véritable incidence en la matière.

La circulaire de 1995 se référait à celle du ministre du Budget n° B-1B-98 du 19 octobre 1990 pour établir une distinction : les indemnités transactionnelles versées pour le règlement des litiges de nature contractuelle s'imputaient sur les crédits limitatifs servant au financement des dépenses afférentes au contrat considéré, sauf dérogation nécessitant l'accord préalable du ministre chargé du budget, et celles versées pour la résolution des litiges de nature extracontractuelle, sur des crédits évaluatifs¹²²⁵. L'obstacle aurait résidé dans le fait que l'inscription d'une catégorie d'indemnités transactionnelles — celle relatives aux litiges contractuels — s'opère sur des crédits limitatifs, c'est-à-dire sur des crédits pour lesquels il

¹²²³ De plus en plus, pour sécuriser leurs situations juridiques, les collectivités sont amenées à élaborer de nouvelles formes juridiques, la plus courante étant pour les communes, l'établissement public de coopération intercommunale. La mutualisation des moyens a d'ailleurs été encouragée et enrichie par la loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales. Au 1^{er} janvier 2013, il a été dénombré 2 456 établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre : 1 métropole – la Métropole Nice Côte d'Azur –, 15 communautés urbaines, 213 communautés d'agglomération, 2 223 communautés de communes et 4 syndicats d'agglomération nouvelle, révèle l'étude de la Direction générale des collectivités locales, « Les collectivités locales en chiffres 2013 », pp. 14, 18, 19. Des formules d'externalisation du conseil juridique se développent aussi. Ont ainsi été mises en place des structures publiques, comme les missions d'appui à des projets, des agences techniques départementales, ou para-publiques – telles que les associations d'élus, par exemple.

¹²²⁴ A IKONOMOU, *Les modes non juridictionnels de règlement des litiges administratifs*, préc., pp. 412-420.

¹²²⁵ Les termes exacts de la circulaire du 6 février 1995 étaient les suivants : « L'imputation budgétaire des sommes versées doit être déterminée dès le début de la procédure transactionnelle. Les règles ont été posées en cette matière par la circulaire du ministre du Budget n° B-1B-98 du 19 octobre 1990. Si le litige est de nature contractuelle, c'est-à-dire si la responsabilité de l'Etat résulte d'un marché ou de toute autre forme de contrat, les indemnités transactionnelles, comme les sommes versées à la suite d'une décision juridictionnelle et les frais annexes éventuels, doivent être imputées sur les crédits limitatifs servant au financement des dépenses afférentes au contrat considéré. Toute dérogation à cette règle ne peut intervenir qu'avec l'accord préalable du ministre chargé du Budget. En revanche, si le litige est de nature extracontractuelle, c'est-à-dire si la responsabilité de l'Etat n'a pu être définie à l'avance, les indemnités transactionnelles sont imputées sur des crédits évaluatifs, à l'instar des sommes versées à la suite d'une décision juridictionnelle ».

n'est pas possible au Gouvernement de dépasser le montant autorisé par le Parlement. Ces crédits constituent « une catégorie de crédits stricte », où « la marge d'initiative du Gouvernement est très limitée »¹²²⁶. Or, expliquait A. Ikonou, « dans la mesure où l'inscription des litiges réglés par transaction est effectuée sur les crédits limitatifs ouverts sur le budget ministériel, les dépenses en question sont mises en concurrence avec les autres dépenses prévues. De cette manière, la prise de décision pour régler le litige à l'amiable est rendue difficile, puisque la pratique administrative consiste à budgétiser tout engagement de dépense »¹²²⁷. A propos de l'introduction de la circulaire de 1995 établissant une distinction, selon la nature des litiges en cause, entre l'imputation sur crédits limitatifs et sur crédits évaluatifs, A. Lyon-Caen indiquait aussi : « [...] la perspective de voir les indemnités transactionnelles venir réduire les crédits limitatifs accordés par le budget annuel de l'administration concernée — qui constituait un obstacle majeur à toute politique transactionnelle de sa part — se trouve ici effacée »¹²²⁸.

A suivre ce raisonnement, la difficulté serait d'autant plus prégnante aujourd'hui que la LOLF a généralisé la catégorie des crédits limitatifs et marginalisé celle des crédits évaluatifs¹²²⁹. La circulaire du 6 avril 2011 indique d'ailleurs : « Qu'il s'agisse de litiges de nature contractuelle, c'est-à-dire si la responsabilité de l'Etat résulte d'un marché ou de toute autre forme de contrat, ou de litiges de nature extracontractuelle, les indemnités transactionnelles, comme les sommes versées à la suite d'une décision juridictionnelle et leurs frais annexes éventuels, doivent être imputées sur les crédits limitatifs servant au financement des dépenses afférentes au contrat considéré »¹²³⁰. Alors même qu'*in fine*, il n'est fait curieusement référence qu'aux litiges de nature contractuelle, toutes les indemnités transactionnelles, quel que soit le litige en cause, seront affectées sur des crédits limitatifs. La distinction qui prévalait auparavant n'existe plus, sans que pour autant, il y ait lieu d'y voir une difficulté supplémentaire au développement de la transaction.

La LOLF prévoit le regroupement des crédits en fonction de leur finalité : mission, programme et action. Le budget général de l'Etat est établi à partir de missions — valant plafond d'autorisations d'engagements —, identifiant les grandes politiques de l'Etat, en programmes qui eux-mêmes se déclinent en actions. Les programmes qui sont le support de la

¹²²⁶ M. LASCOSBE, X. VANDENDRIESSCHE, *Finances publiques*, Dalloz, Connaissance du droit, 8^e éd., 2013, p. 106.

¹²²⁷ A. IKONOMOU, *Les modes non juridictionnels de règlement des litiges administratifs*, préc., p. 416.

¹²²⁸ A. LYON-CAEN, « Sur la transaction en droit administratif », préc., p. 53.

¹²²⁹ Les crédits sont en principe limitatifs, depuis la LOLF. V. LO n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances, art. 9.

¹²³⁰ Circulaire du 6 avril 2011, préc., § 2.5.2.

gestion des crédits et de la performance, relèvent chacun d'un ministère et ont à leur tête un responsable de programme. Comme chaque mission et chaque programme ont une finalité bien précise, il n'est pas possible d'imputer des crédits à une mission ou à un programme sur lesquels ne sont pas prévues les dépenses¹²³¹. Dès lors, s'agissant des litiges de nature contractuelle, c'est au service concerné de devoir prévoir les indemnités dues dans sa programmation budgétaire. Il n'est pas nécessaire d'indiquer la somme exacte ; seule compte la provision, la créance devant être probable, voire certaine. Quant aux litiges de nature extracontractuelle, c'est à la direction des affaires juridiques du ministère concerné d'instruire le dossier et de supporter des crédits correspondant à un programme particulier. C'est ce que la circulaire de 2011 ne précise pas, mais que la pratique administrative révèle¹²³². Là encore, il faudra prévoir les crédits en programmation budgétaire.

Les règles budgétaires applicables aux indemnités transactionnelles sont identiques à celles des indemnités versées en vertu d'une décision de justice. Ainsi, quand une requête est déposée devant le Tribunal administratif, réclamant une certaine somme à un ministère, le service concerné n'aura qu'à demander les crédits nécessaires dans le cadre de la préparation de loi de finances pour prévoir approximativement l'éventuelle condamnation du juge. Il n'y a donc pas de frein particulier au développement de la transaction administrative. Toute dépense engagée par les services étatiques, de quelle que nature que ce soit, doit faire l'objet d'une autorisation par la loi de finances, et tous les crédits intervenant en la matière sont des crédits limitatifs. En outre, pour les contrats de la commande publique, il est souvent prévu un système de provision pour risques. Et s'il apparaît que la provision est insuffisante, il est toujours possible d'opérer des transferts de crédits au sein du programme – sans procédure particulière¹²³³.

On pourrait éventuellement supposer que le temps de la procédure d'autorisation budgétaire n'est pas le temps des services susceptibles de transiger. Les crédits prévus par une loi de finances étant ouverts pour une année, les services auront à patienter jusqu'à l'année suivante pour pouvoir transiger en disposant de l'autorisation appropriée. Mais ce n'est pas ce qu'il advient, le temps de préparation du projet de loi de finances n-1 permettant largement aux services de s'organiser. Ainsi, le projet de loi de finances de 2014 est préparé à partir de

¹²³¹ Si, par exemple, le contrat a été conclu avec un service, comme celui de l'Etat-major des armées du ministère de la Défense, c'est le programme P 178, Préparation et emploi des forces, auquel est rattaché le service qui va supporter les sommes litigieuses en question.

¹²³² Entretien du 10 septembre 2013 avec Mme V. Créantor, attachée à la Direction des affaires financières du ministère de la Défense.

¹²³³ En fin d'année, le responsable de programme devra simplement expliquer que le règlement de la transaction a été réalisé grâce à un abondement de crédits au sein du programme. Le gestionnaire est tout à fait autorisé à affecter des crédits qui étaient prévus à une action pour une autre action.

février jusqu'à septembre 2013 pour être déposé le premier mardi du mois d'octobre de la même année¹²³⁴, laissant aux services le temps de s'organiser. Encore une fois, la tâche sera facilitée en présence de provision pour risques prévue dans les contrats. Il faut aussi compter sur le temps de négociations. De plus, il suffit que la dépense ait été créditée et non pas exactement établie. Enfin, le responsable du programme bénéficie de la liberté de pouvoir affecter à des actions des crédits prévus pour d'autres.

Qu'il s'agisse des litiges de nature contractuelle ou extracontractuelle, les règles d'imputation budgétaire n'ont manifestement pas de véritable incidence sur le développement ou non du procédé transactionnel. Certes, des difficultés pourraient survenir en présence d'indemnités particulièrement importantes, mais il s'agit là de circonstances tout à fait exceptionnelles¹²³⁵. La très grande majorité des transactions sont d'un montant plus modeste.

De plus, la LOLF ne s'applique qu'à l'Etat, le budget des collectivités territoriales répondant à des règles plus simples. Le budget annuel est préparé par l'exécutif et soumis au vote de l'assemblée délibérante. Une fois adopté, il vaudra, durant l'année, autorisation d'agir pour les autorités dirigeantes. Celui-ci se présente en deux colonnes, les recettes et les dépenses, et en leur sein une section fonctionnement et une section investissement, qui doivent s'équilibrer l'une l'autre¹²³⁶. L. Saïdj rappelle que « les crédits annuels sont présentés par chapitre et par article (sauf dans les chapitres spéciaux qui en sont dépourvus), qu'ils sont spécialisés par chapitre ou, si le conseil municipal le décide, par article et qu'ils sont tous limitatifs »¹²³⁷. Pas plus que celles relatives aux services de l'Etat, les règles s'appliquant aux collectivités ne sont de nature à les empêcher de transiger. Le principe est aussi celui de la préparation n-1 du budget¹²³⁸. De plus, des mouvements au sein des différents crédits sont

¹²³⁴ Entretien du 10 septembre 2013 avec Mme V. Créantor, attachée à la Direction des affaires financières du ministère de la Défense.

¹²³⁵ Dans une telle hypothèse, si le responsable des programmes ne parvient pas à affecter des sommes prévues pour d'autres actions au paiement des indemnités, il faudra rechercher des crédits dans un autre programme, voire dans un autre ministère. V. sur ce point, M. LASCOMBE, X. VANDENDRIESSCHE, *Les finances publiques*, préc., p. 168 et s.

¹²³⁶ L'article 2311-1 du CGCT indique que « le budget de la commune est établi en section de fonctionnement et section d'investissement, tant en recettes qu'en dépenses ». L'article L. 1612-4 du même Code précise : « Le budget de la collectivité territoriale est en équilibre réel lorsque la section de fonctionnement et la section d'investissement sont respectivement votées en équilibre, les recettes et les dépenses ayant été évaluées de façon sincère et lorsque le prélèvement sur recettes de la section de fonctionnement au profit de la section d'investissement, ajouté aux recettes propres de cette section, à l'exclusion du produit des emprunts, et éventuellement aux dotations des comptes d'amortissements et de provisions, fournit des ressources suffisantes pour couvrir le remboursement en capital des annuités d'emprunt à échoir au cours de l'exercice ».

¹²³⁷ L. SAÏDJ, « Les budgets communaux », *Encyclopédie des collectivités locales*, n°45.

¹²³⁸ « Le vote du budget devrait en principe intervenir au plus tard le 1^{er} janvier de l'exercice. Toutefois, le contenu des budgets locaux est tributaire de données transmises par les services de l'Etat. La date limite de vote des budgets locaux a

possibles¹²³⁹, tant que le budget se trouve en équilibre à la fin de l'année. Enfin, il faut tenir compte du temps de négociation et de conclusion des transactions.

A l'évidence, l'incidence de l'imputation des crédits sur le développement de la transaction administrative est assez dérisoire. La seule difficulté interne à l'administration réside dans l'insuffisance de moyens matériels et juridiques des collectivités. Une mauvaise transaction pouvant avoir des conséquences pénales, cette insuffisance est d'autant plus regrettable.

b. La crainte des poursuites juridictionnelles

Le procédé transactionnel ne jouit pas d'une réputation parfaite. Les administrations, plus familières du procédé unilatéral, sont parfois réticentes à transiger. Elles le sont d'autant plus que transiger est un exercice exigeant, aux conséquences parfois redoutables. En effet, une transaction conclue dans de mauvaises conditions, même de bonne foi, peut donner lieu à des poursuites juridictionnelles et à la condamnation des personnes physiques agissant au nom de la collectivité, les élus et fonctionnaires. Ce risque est évidemment de nature à altérer chez les premiers, l'envie de recourir à ce procédé, et chez les seconds, la décision d'exécuter les contrats conclus. Décideurs comme exécutants craignent de voir leur responsabilité personnelle engagée, d'être accusés de complaisance, voire de corruption, d'entacher leur réputation et de mettre leur situation financière en péril, en étant condamnés au remboursement des sommes indument versées.

En effet, s'est instauré un contexte de judiciarisation de la vie publique et de pénalisation des acteurs publics¹²⁴⁰. Ainsi, en matière contractuelle, ceux-ci sont tenus de rendre compte des actes conclus, de la procédure menée et de l'usage qui a été fait des deniers publics. J.-M. Peyrical évoque une « dialectique liberté-responsabilité, qui semble envahir le monde politique et administratif »¹²⁴¹. « De la loi d'orientation pour les finances publiques du 1^{er} août 2001 et de la culture de responsabilité qu'elle met en œuvre à la pénalisation accrue des acteurs publics en passant par l'évolution de la commande publique, un contexte législatif

donc été fixée au 15 avril de l'exercice (15 avril les années de renouvellement des assemblées locales) », indique le site internet du ministère des collectivités locales. V. « L'élaboration du budget », www.collectivites-locales.gouv.fr.

¹²³⁹ V. L. SAÏDJ, « Les budgets communaux », préc., n° 47 et 380, notamment.

¹²⁴⁰ V. sur ce point, N. LAVAL-MADER, « Les évolutions du risque pénal dans la gestion publique locale », *RFDA* 2012, p. 707.

¹²⁴¹ J.-M. PEYRICAL, « La compétence et la responsabilité des élus locaux. Réflexions à propos d'un arrêt de la Cour de discipline budgétaire et financière », note sous CDBF, 30 juin 2006, n° 154-551, *Synd. Intercommunal à vocation multiple de la région d'Étaples-sur-Mer*, *Dr. Adm.* 2006, n° 12, ét. 21, § 8, p. 16.

et réglementaire propice à la mise en place d'une telle dialectique paraît progressivement s'ancrer », explique-t-il¹²⁴². Le risque de poursuites juridictionnelles existe donc ; encore faut-il examiner dans quelle proportion. Pour ce faire, il importe d'abord d'identifier dans quelles hypothèses les transactions sont constitutives d'infractions susceptibles de donner lieu à des poursuites juridictionnelles (1), avant de regarder quelles en sont les conséquences pour les comptables publics (2) et les élus (3).

1. Le champ des transactions donnant lieu à des poursuites juridictionnelles

Seules les transactions violant le Code des juridictions financières et le Code pénal sont constitutives d'infractions susceptibles de donner lieu à l'engagement de la responsabilité personnelle des élus qui les ont conclues et des comptables qui les ont exécutées. Il importe alors de les définir.

Comme il l'a été établi, l'objet de la transaction administrative consiste à mettre fin à des litiges de nature administrative. Elle implique, en outre, des concessions de la part des parties.

Au regard de ces éléments, une hypothèse doit être clairement exclue du périmètre de ce qui peut engager la responsabilité personnelle des élus et agents publics : celle dans laquelle la transaction intervient pour mettre fin aux litiges consécutifs à des manquements à des obligations de publicité et de mise en concurrence, mais qui serait par elle-même légale. La circonstance que ces manquements soient constitutifs d'un délit de favoritisme, voire d'un délit de prise illégale d'intérêts, ne prive pas *ipso facto* la transaction de sa légalité. Il ne s'agit pas là de couvrir les faits pénalement réprimés, mais de procéder, conformément à la théorie de l'enrichissement sans cause, à l'indemnisation de l'entité qui a exécuté des prestations au profit de la collectivité sans titre juridique valable. Le contentieux indemnitaire n'est pas le contentieux de la légalité. Il n'est pas fait un usage irrégulier des deniers publics qui seraient versés en vertu d'une transaction administrative conclue dans le respect des prescriptions textuelles et jurisprudentielles en la matière. Une telle transaction étant légale, la responsabilité personnelle des acteurs publics ne saurait dès lors être mise en cause.

¹²⁴² *Ibid.*

Les comptables publics ne sont donc pas fondés à refuser d'exécuter ce type de transaction. Ceux qui le feraient agiraient indûment, et dans ce cas, un ordre de réquisition de l'ordonnateur pourrait débloquent la situation, sans risque ni pour le comptable, ni surtout pour l'ordonnateur — l'ordre de réquisition ayant pour effet de transférer la responsabilité de l'ordre de paiement du comptable à l'ordonnateur. C'est du reste ce que rappelle la circulaire du 7 septembre 2009¹²⁴³, reprise en cela par l'instruction du 12 avril 2010¹²⁴⁴. La circulaire précise clairement que « les comptables publics ne peuvent être mis en cause devant le juge pénal au motif qu'ils auraient, en exécutant les transactions, participé à la commission des infractions résultant des manquements à des obligations en matière de publicité et de mise en concurrence. Ils ne peuvent pas non plus refuser de payer sur le fondement d'une transaction au motif que le marché initial aurait été conclu dans des conditions constitutives du délit de favoritisme »¹²⁴⁵. Le fait que la situation litigieuse initiale relève éventuellement du droit pénal, n'a aucune incidence sur la légalité de la transaction conclue à fin d'indemnisation des prestations effectuées au profit de l'administration.

Il en va tout autrement en présence d'une transaction conclue en méconnaissance du Code pénal et du Code des juridictions financières. C'est le contenu des transactions, et non pas la situation litigieuse, qui est ici en jeu. Il est loisible d'imaginer qu'une transaction, supposée prévenir ou mettre fin à un litige, porte en elle la commission d'une infraction pénalement réprimée : son objet peut avoir été détourné sciemment ou non, soit qu'elle vise à dissimuler la commission d'une infraction pénale, soit qu'elle permette d'en tirer profit de façon frauduleuse. Ce serait, par exemple, le cas d'une transaction conclue sous la forme d'un avenant à un contrat, dont elle bouleverserait l'objet, sans mise en œuvre des procédures de publicité et de mise en concurrence requises. Ce serait également le cas d'une transaction dont les concessions réciproques auraient pour effet d'accorder indument des avantages à un proche du maire. Ces deux hypothèses sont prohibées par la législation.

Le Code pénal, en son article 432-14, réprime le délit de favoritisme, défini comme le fait de « procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public ». Il vise les « personne(s) dépositaire(s) de l'autorité publique ou chargée(s) d'une mission de

¹²⁴³ Circulaire du 7 septembre 2009, préc.

¹²⁴⁴ Instruction n° 10-009 du 12 avril 2010, préc.

¹²⁴⁵ Circulaire du 7 septembre 2009, préc., § 5.2.

service public ou investie(s) d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées ». Le délit de favoritisme peut ainsi être reproché à tout élu local ou national, à tout agent de l'administration publique territoriale, de l'Etat et de leurs groupements, établissements publics et sociétés d'économie mixte, ainsi qu'aux personnes agissant pour leur compte. Aux termes de l'article 121-2 alinéa 1^{er} du Code pénal, le délit de favoritisme peut, par principe, être également reproché aux « personnes morales, à l'exclusion de l'Etat », au titre des actes commis « pour leur compte, par leurs organes ou représentants ». Dans ce cadre, les collectivités territoriales pourraient ainsi voir leur responsabilité pénale engagée au titre d'actes commis par leurs organes et représentants, sous réserve qu'il s'agisse d'activités « susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public ». Toutefois, il est observé que « ce principe de responsabilité semble [...] demeurer théorique, les termes du texte d'incrimination visant spécifiquement élus et agents, et non leurs personnes publiques de rattachement »¹²⁴⁶.

Pour les intéressés, le délit de favoritisme tel que réprimé par le Code pénal est d'autant plus redoutable qu'il recouvre un champ très vaste. Deux éléments définissent ce délit, un élément matériel et un élément intentionnel, le premier supposant lui-même la réunion de deux conditions : le fait de procurer ou de tenter de procurer un avantage injustifié et la méconnaissance de dispositions législatives ou réglementaires garantissant la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics. La Cour de cassation procède à une interprétation large des deux éléments : elle apprécie extensivement la matérialité de l'infraction, tout en se montrant particulièrement souple s'agissant de la caractérisation de son élément moral. Ainsi, la matérialité du favoritisme se trouve être caractérisée en présence d'un avantage accordé à autrui¹²⁴⁷ — résidant, par exemple, dans l'attribution d'un marché au mépris des règles du Code des marchés publics ou dans le fait de disposer d'une information privilégiée, notamment sur la consistance ou le coût de l'opération, ou encore sur le nombre et la qualité des concurrents —, et procédant d'une violation des dispositions législatives ou réglementaires garantissant la liberté d'accès et l'égalité des candidats aux marchés publics. Les dispositions concernées sont tellement larges, qu'« il en résulte que le délit d'octroi d'avantage injustifié a aujourd'hui vocation à s'appliquer, non seulement aux marchés publics

¹²⁴⁶ M. HENON, K. DE CARVALHO, « La nécessaire réforme du délit d'octroi », *La Gazette*, 17 janvier 2011, p. 47.

¹²⁴⁷ Et non à soi-même, cette hypothèse relevant alors du délit de prise illégale d'intérêts.

stricto sensu, mais encore aux délégations de services publics, aux contrats passés par les sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public, aux contrats passés par les établissements publics industriels et commerciaux, ainsi qu'aux prestations "in house" »¹²⁴⁸. De même, les manquements aux règles relatives à l'égalité de traitement et à la liberté d'accès des candidats peuvent être constatés à diverses étapes de la passation des contrats. Quant à l'élément intentionnel, il fait lui aussi l'objet d'une approche large. Il est réputé établi, dès lors qu'une règle a été violée, et en conscience de ce que cette méconnaissance est pénalement réprimée. Or, comme « nul n'est censé ignorer la loi », à plus forte raison un élu ou un agent public lorsqu'il s'agit des règles de passation de marchés publics, la jurisprudence présume généralement l'intention au regard de la qualité de l'auteur du manquement. Ainsi, dès lors que l'auteur a la qualité d'élu ou d'agent public, les juges présument sa connaissance de la loi, et par suite sa volonté de méconnaître les dispositions légales ou réglementaires. De ce fait, « élus et agents publics se trouvent [...] exposés à un risque pénal réel, quand bien même ils n'auraient agi que de bonne foi, dans l'intérêt de leur collectivité et alors même qu'aucun candidat n'aurait été injustement avantagé »¹²⁴⁹.

Le délit d'octroi d'un avantage injustifié est également sanctionné par le Code des juridictions financières. L'article L. 313-6 du Code des juridictions financières réprime ainsi le fait, pour un fonctionnaire ou un agent de l'Etat ou des collectivités territoriales, de procurer ou tenter de procurer à autrui « en méconnaissance de ses obligations [...] un avantage injustifié, pécuniaire ou en nature, entraînant un préjudice pour le Trésor, la collectivité ou l'organisme intéressé ». Les poursuites ont lieu devant la Cour de discipline budgétaire et financière — CDBF —, et la sanction encourue à ce titre est une peine d'amende dont le montant ne peut être inférieur à 300 euros ni excéder le double du montant du traitement ou salaire brut annuel alloué à l'agent concerné à la date des faits.

La question de l'articulation entre la compétence du juge pénal et la CDBF ne manque pas de se poser. Il faut d'abord préciser que la Cour remplit un rôle autonome¹²⁵⁰ selon un droit spécifique et sur la base d'infractions légales qui lui sont propres et énoncées par les articles L. 313-1 et suivants du Code des juridictions financières, parmi lesquelles figure donc

¹²⁴⁸ M. HENON, K. DE CARVALHO, « La nécessaire réforme du délit d'octroi », préc., p. 47. Les auteurs font ici référence à l'arrêt, Crim. 25 juin 2008, n°07-88.373.

¹²⁴⁹ *Ibid*, p. 49.

¹²⁵⁰ Le Conseil constitutionnel rappelle clairement que la CDBF constitue un ordre de juridiction à elle seule. CC, 3 mars 2005, 2005-198 L, *Nature juridique de dispositions du Code des juridictions financières relatives à la CDBF*, JO 9 mars 2005, p. 3950. Il faut préciser par ailleurs que les arrêts rendus par la CDBF, comme ceux de la Cour des comptes, relèvent en cassation de la compétence du Conseil d'Etat.

l'octroi d'avantages injustifiés à autrui entraînant un préjudice pour l'organisme ou le Trésor public. Si le juge pénal et la CDBF interviennent tous deux en matière répressive relativement aux faits constitutifs d'un délit de favoritisme, ils sont parfaitement indépendants l'un de l'autre. Il leur est donc loisible de reprendre à leur compte la matérialité des faits constatés par l'une ou l'autre des juridictions, de même que la qualification juridique qui leur a été appliquée¹²⁵¹, sans jamais y être tenus¹²⁵². La question se pose avec d'autant plus d'acuité que les procédures sont susceptibles de se cumuler. « La règle du *non bis in idem*, qui interdit de cumuler deux procédures sur les mêmes infractions commises, ne s'applique pas (art. L. 314-18 CJF) en cas de cumul entre CDBF et pénal ; on peut donc cumuler une procédure pénale, une autre disciplinaire et une procédure devant la CDBF », expliquent N. Groper et C. Michaud¹²⁵³. Les sanctions édictées par les articles 432-14 du Code pénal et L. 313-6 du Code des juridictions financières ayant des finalités différentes, leur cumul à raison des mêmes faits ne viole pas le principe du *non bis in idem*¹²⁵⁴.

En l'occurrence, alors même que ses arrêts sont relativement peu fréquents — moins de 200 depuis sa création en 1948, si bien que la doctrine parle à son sujet de « tigre de papier »¹²⁵⁵ —, la CDBF a eu l'occasion de préciser la notion d'octroi d'avantages injustifiés au préjudice de la collectivité, telle qu'elle est compétente pour en connaître. Dans l'arrêt *SIVOM d'Etapes-sur-Mer*, elle juge que « la circonstance que les prestations n'aient pas eu un fondement juridique régulier pendant la période comprise entre la résiliation du marché initial et la mise en œuvre du nouvel appel d'offres ne suffit pas, à elle seule, à établir l'existence d'un préjudice pour le SIVOM »¹²⁵⁶. Ce faisant, « la Cour a considéré que l'absence de mise en concurrence ne suffisait pas pour établir un préjudice, à partir du

¹²⁵¹ CDBF, 4 octobre 1984, *Université Louis Pasteur de Strasbourg, Laboratoire de physique corpusculaire et cosmique [LPCC], Association pour le développement de la recherche en physique corpusculaire et cosmique [ADRPCC]*, N° 49-98.

¹²⁵² CDBF, 17 juin 2005, *Requête en tierce opposition de la société FIP-AUXIFIP*, *Rec. C. comptes* 125, *Rec. p.* 673, *Rev. Trésor* 2005, p. 707, note M. Lascombe et X. Vandendriessche.

¹²⁵³ N. GROPER, C. MICHAUD « Responsabilité des agents comptables d'établissements publics d'enseignement devant la CDBF », *AJDA* 2011, p. 1322. Les auteurs s'appuient sur des affaires où des procédures avaient été parallèlement menées devant la juridiction pénale et la CDBF : CDBF, 12 avril 1995, *Ambassade de France auprès des Emirats arabes unis* [2^e arrêt], *Rec. C. comptes* p. 121 ; *Rec.*, p. 595 ; *Rev. Trésor* 1996, p. 731 ; CDBF 29 septembre 1999, *Société Altus Finance*, *Rev. Trésor* 2000, p. 30, note M. Lascombe et X. Vandendriessche. Une exception doit par ailleurs être précisée : le cumul des procédures n'est pas possible s'agissant des amendes pour gestion de fait prononcées par les CRTC ou la Cour des comptes, avec des amendes qu'aurait infligées la CDBF. V. sur ce dernier point, N. GROPER, « Responsabilité des gestionnaires publics devant le juge financier », *Dalloz*. 2010, n° 111.11.

¹²⁵⁴ Ce postulat est toutefois discuté. V. sur ce point, M. HENON, K. DE CARVALHO, « La nécessaire réforme du délit d'octroi », *préc.*, p. 50. N. Groper et C. Michaud considèrent par ailleurs, que « la règle de l'économie de moyens doit sans doute conduire à privilégier l'une ou l'autre des procédures, sauf si les faits concernés ne sont pas entièrement identiques », « Responsabilité des agents comptables d'établissements publics d'enseignement devant la CDBF », *art. préc.*, p. 1322.

¹²⁵⁵ B. POUJADE, « La responsabilité des ordonnateurs en droit public financier : état des lieux », *AJDA* 2005, p. 703.

¹²⁵⁶ CDBF, 30 juin 2006, *SIVOM d'Etapes-sur-Mer*, n° 154-551, *Dr. Adm.* 2006, ét. 21, note J.-M. Peyrical, *AJDA* 2006, p. 2445, note N. Groper et C. Michaud.

moment où cette circonstance ne semblait pas avoir rejailli négativement sur les conditions économiques et financières des prestations. La perte d'une chance ou l'existence d'un préjudice éventuel, voire probable, ne suffit donc point »¹²⁵⁷. C'est une interprétation stricte de la notion de préjudice que retient la Cour et, par conséquent, du délit condamné par l'article L. 313-6 du Code des juridictions financières, et ce au contraire du juge pénal.

Le délit de prise illégale d'intérêts est lui aussi largement entendu par le juge pénal. Défini par l'article 432-12 du Code pénal, comme « le fait, pour une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif de prendre, recevoir ou conserver directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement ». Il est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. La jurisprudence apporte des précisions sur la nature de cet intérêt et sa destination. Il peut être moral, indirect et non exclusivement au bénéfice de l'intéressé. Ainsi, un élu qui userait des pouvoirs que ses fonctions lui confèrent pour procurer un avantage à sa famille, un proche, un autre élu, voire la famille de celui-ci, est susceptible d'être poursuivi, alors même que la collectivité bénéficierait aussi de l'opération. « Il apparaît clairement que la jurisprudence actuelle rendue en matière de prise illégale d'intérêts réduit l'exigence d'attribution ou de conservation d'un intérêt à peu de choses. Il en résulte que le délit de l'article 432-12 du Code pénal se trouvera consommé, s'agissant du domaine des marchés publics, toutes les fois qu'un élu aura transgressé les règles du Code des marchés publics relatives à la liberté d'accès ou à l'égalité des candidats, tout en retirant un profit effectif ou potentiel, direct ou indirect, matériel ou moral », explique R. Mésa¹²⁵⁸. L'auteur poursuit en indiquant d'ailleurs que « les matérialités respectives des délits de favoritisme et de prise illégale d'intérêts sont interprétées tellement extensivement qu'elles s'en retrouvent fort proches, voire pratiquement identiques », et que les différentes qualifications parfois se cumulent¹²⁵⁹.

Alors même que la jurisprudence ne montre pas d'exemple de délit de prise illégale d'intérêts commis lors de la conclusion d'une transaction, une telle hypothèse serait largement concevable.

¹²⁵⁷ N. GROPER, C. MICHAUD, « Les limites de la responsabilité des élus locaux devant la CDBF en cas de réquisition », *AJDA* 2006, p. 2447.

¹²⁵⁸ R. MESA, « Précisions sur le régime des délits de favoritisme et de prise illégale d'intérêts », *AJDA* 2011, p. 2017.

¹²⁵⁹ *Ibid*, p. 2018.

Les conséquences de ces délits ayant trait à la probité étant potentiellement redoutables pour les intéressés, même de bonne foi, ceux-ci hésitent à recourir à la transaction. La pénalisation de la vie publique a progressivement instauré un contexte d'insécurité juridique. Encore faut-il examiner quels sont exactement les risques encourus par les comptables et les élus, la crainte ne devant pas prendre le pas sur la réalité.

2. Les risques pour les comptables publics

Le droit public financier, on le sait, est régi par le principe de la séparation des ordonnateurs et des comptables publics¹²⁶⁰. Le rôle du comptable public consiste à assurer à la fois le maniement et la garde des fonds et des valeurs, le contrôle et l'exécution des dépenses, la surveillance et le recouvrement des créances. A cela, les observateurs avisés ajoutent une « fonction beaucoup plus officieuse, mais parfois bien réelle de conseil et d'assistance des ordonnateurs »¹²⁶¹. Au sein des collectivités, ce sont donc les comptables publics qui exécutent les transactions administratives signées par le président de l'exécutif auprès autorisation du conseil délibérant. Rôle essentiel, qu'ils sont parfois réticents à assurer.

Ainsi, là où les comptables publics doivent en principe se borner à opérer un contrôle limitativement déterminé, ils se livrent à des contrôles autrement plus approfondis, exigeant aussi des garanties. Plus qu'une simple gêne, ils sont parfois à l'origine de blocages, en refusant d'exécuter les transactions. Dans ce cas, l'ordonnateur a toujours la possibilité de suppléer ce refus par un ordre de réquisition. L'opération n'est toutefois pas sans incidence pour lui, puisque l'ordre a pour effet de transférer sur sa personne tous les risques qui pesaient alors sur le comptable.

Le contrôle auquel sont tenus les comptables publics consiste à vérifier la validité des dépenses, en s'assurant d'une part de la production des pièces justificatives — le contrat de transaction signé et éventuellement transmis au représentant de l'Etat, la délibération de l'organe délibérant habilitant l'autorité exécutive à signer le contrat, ou lorsqu'est en cause un litige relatif à un marché public, les documents permettant de retracer l'exécution financière du marché ou l'avis rendu par le CCRA ayant examiné le différend — et d'autre part de leur cohérence — l'identité, par exemple, des montants figurant dans la transaction et dans la

¹²⁶⁰ V. *Supra*, p. 281 et s.

¹²⁶¹ L. SAIDJ, « Les agents d'exécution du budget communal », *Encyclopédie des collectivités locales*, n° 68.

délibération autorisant l'exécutif à signer le contrat. Aux termes des articles 19 et 20 du décret du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique¹²⁶², les comptables publics ne sont fondés à refuser l'exécution des transactions qu'en des hypothèses limitées : absence de qualité de l'ordonnateur ou de son délégué, indisponibilité des crédits, inexactitude de l'imputation budgétaire de la dépense, absence de validité de la créance ou absence de caractère libératoire du règlement. Il n'appartient donc pas aux comptables publics de contrôler la régularité du contenu des transactions administratives — la réalité ou l'équilibre des concessions consenties par les parties —, ni plus généralement la légalité et l'opportunité des contrats et encore moins de refuser de les exécuter sur cette base. La jurisprudence est constante sur ce point¹²⁶³.

Arguant de ce que leur responsabilité personnelle peut être engagée, c'est pourtant ce qu'il leur arrive de faire, exigeant en outre une homologation du juge ou un ordre de réquisition de l'ordonnateur. Aussi l'avis l'*Hay-les-Roses* consacrait-il expressément que « les transactions sont exécutoires de plein droit sans qu'y fassent obstacle les règles de la comptabilité publique ». La formule se voulait forte, quitte à être contestable du point de vue de la rigueur juridique. Depuis, nombreux sont les arrêts rappelant que l'homologation du juge ne conditionne ni la validité ni l'exécution des transactions¹²⁶⁴. La récurrence de ces rappels par le juge, comme par l'administration elle-même — par voie de circulaires et d'instructions ministérielles¹²⁶⁵ —, laisse supposer que le problème persiste. Toutefois, les comptables publics surestiment les risques que représente pour eux l'exécution d'une transaction.

La responsabilité personnelle et pécuniaire des comptables publics peut effectivement être engagée devant le juge des comptes — Cour des comptes et Chambres régionales et territoriales des comptes —, sur le fondement de l'article 60-IV de la loi du 23 février 1963 à raison d'irrégularités commises lors d'opérations de dépenses ou de recouvrement¹²⁶⁶. A

¹²⁶² Décret du 7 novembre 2012, préc.

¹²⁶³ V. sur ce point, pp. 283-284.

¹²⁶⁴ V. sur ce point, p. 296.

¹²⁶⁵ V. les circulaires du 7 septembre 2009 et du 6 avril 2011, préc., et l'instruction du 12 avril 2010, préc.

¹²⁶⁶ Par dérogation au droit commun de la responsabilité des agents publics, qui repose sur la distinction faute personnelle (imputable à l'agent) et faute de service (imputable à l'administration), il a été mis en place un système de responsabilité propre aux comptables publics par la loi du 63-156 du 23 février 1963 : « la responsabilité pécuniaire [...] se trouve engagée dès lors qu'un déficit ou un manquant en monnaie ou en valeurs a été constaté, qu'une recette n'a pas été recouvrée, qu'une dépense a été irrégulièrement payée ou que par la faute du comptable public, l'organisme public a dû procéder à l'indemnisation d'un autre organisme public ou d'un tiers ou a dû rétribuer un commis d'office pour produire les comptes ». Selon une formule devenue classique, la Cour des comptes et les Chambres régionales et territoriales des comptes, sont les juges des comptes et non des comptables publics. Elles n'ont pour mission que de s'assurer du bon emploi des deniers

l'issue de la procédure, si le comptable est jugé coupable, il sera alors mis en débet, c'est-à-dire condamné à procéder au recouvrement des sommes concernées. Aussi redoutable soit-elle, cette procédure n'ayant pas spécifiquement trait à l'exécution d'une transaction, ne mérite pas d'être abordée ici.

Plus intéressants sont les cas où les transactions sont constitutives par elles-mêmes d'infractions pénalement réprimées, ce qui inquiète davantage les comptables, alors même que, les concernant, les risques apparaissent finalement très minces.

Ainsi, dans l'hypothèse où la transaction administrative constituerait un délit de favoritisme ou de prise illégale d'intérêts de la part des signataires, on voit mal comment la responsabilité du comptable public pourrait être engagée. Dans la mesure où il ne lui appartient pas de connaître de la légalité du contrat, ni même de son opportunité — son contrôle étant limité à la validité des pièces justificatives et à l'inscription des crédits correspondant —, il ne saurait être jugé responsable des infractions, dont encore une fois, il n'avait pas à vérifier la commission ou non. Il y a en la matière un partage des compétences qui doit conduire à un cloisonnement des responsabilités : l'ordonnateur conclut les transactions, le préfet les contrôle — quand cela relève de sa compétence — et le comptable les exécute. Ainsi donc, l'ordonnateur qui aurait commis un délit est seul responsable. Si celui-ci commet une infraction, cela ne rend pas l'exécutant complice, pas plus que ne le sont les services préfectoraux qui n'auraient pas déféré l'acte comme étant illégal. En outre, comme le relève la Direction des affaires juridiques du ministère de l'Economie, « si l'élément matériel de l'infraction pénale peut résider dans le paiement de la transaction, l'élément intentionnel ne saurait se déduire de ce seul paiement »¹²⁶⁷.

Dans le cas où le comptable est amené à constater de tels faits, il lui revient d'en alerter le directeur départemental ou régional des finances publiques, qui décidera ensuite de la nécessité d'en informer ou non le préfet, qui lui-même saisira le procureur de la République. C'est là un devoir du comptable public. A cet égard, l'instruction du 6 août 2010 explique que, « Tout agent de la direction générale des finances publiques (DGFIP) en charge du secteur public local, et notamment le comptable public, a l'obligation de signaler à sa hiérarchie les faits détectés à l'occasion de l'exercice de ses missions qui sont susceptibles de constituer des actes contraires à la loi ou des dérives de gestion. La même responsabilité pèse

publics, de vérifier la bonne tenue de la comptabilité et la régularité des recettes et des dépenses qui y sont retracées. Il ne s'agit donc pas de juges répressifs, à l'instar de la CDBF et du juge pénal.

¹²⁶⁷ Rapport d'activité 2009 de la Direction des affaires juridiques du ministère de l'Economie et des Finances, p. 75, en ligne sur le site internet du ministère.

sur le directeur départemental des finances publiques dans ses relations avec les autorités publiques compétentes »¹²⁶⁸. L'instruction précise, par ailleurs, que « le devoir d'alerte ne conduit pas l'agent de la DGFIP à se transformer en enquêteur et à mener des investigations dans des domaines qui ne relèvent pas de ses compétences, mais seulement à informer sur des faits dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions. Ainsi, les comptables publics n'ont pas vocation à se substituer aux autres formes de contrôles répondant à un équilibre institutionnel général. Leur action vise à permettre une meilleure coordination des différents services de l'Etat afin qu'ils soient en mesure de mieux exercer leurs missions respectives »¹²⁶⁹.

La solution est évidemment différente, s'il apparaît que le comptable public a participé à la commission de l'infraction, non pas du seul fait de l'exécution de la transaction, mais en étant positivement complice.

La réalité des risques encourus par les comptables publics lors de l'exécution des transactions doit à l'évidence être largement relativisée. C'est moins le cas des élus.

3. Les risques pour les élus

Si elle n'a pas véritablement de fondement à l'endroit des comptables publics, la méfiance des élus à l'égard du procédé transactionnel est, en revanche, tout à fait légitime. Pour eux, le risque existe et n'est pas négligeable, qu'ils aient été de bonne foi ou non.

Il faut préciser que d'emblée que ce risque ne concerne pas les ministres, qui en principe voient leur responsabilité engagée par la Cour de justice de la République. Ils ne pourraient donc pas faire l'objet de poursuites, ni devant le juge pénal, ni devant la CDBF¹²⁷⁰. Il reste les élus locaux, qui signent les transactions, qu'il s'agisse des présidents de conseil régional, des présidents de conseil départemental, des maires et présidents de groupements des collectivités territoriales. Dès lors qu'ils signent les contrats, et alors même qu'ils auraient été autorisés pour ce faire, par l'autorité délibérante, ils s'exposent à des poursuites et à une éventuelle condamnation. En la matière, la différence de traitement entre la CDBF et la juridiction pénale est patente.

¹²⁶⁸ Instruction n° 10-020 du 6 août 2010, « Le devoir d'alerte dans le secteur public local », p. 3. Celle-ci énonce également que « le devoir d'alerte est indissociable des missions de comptable public », p.3.

¹²⁶⁹ *Ibid*, p. 4.

¹²⁷⁰ V. par exemple, P.-O. CAILLE, « Cour de justice de la République », *J.-Cl. Adm.*, fasc. 40, et S. DAMAREY, « Cour de discipline budgétaire et financière », *Répertoire de contentieux administratif*, art. 1.

A titre tout à fait exceptionnel, la CDBF peut être amenée à juger les élus locaux. Le principe, qui est celui de la non-justiciabilité des élus¹²⁷¹, fait l'objet d'un certain nombre de dérogations. La Cour peut notamment connaître des actes accomplis par les élus dans l'exercice de leurs fonctions, lorsque deux conditions sont réunies : les élus doivent avoir engagé leur responsabilité propre à l'occasion d'un ordre de réquisition, conformément à l'article L. 233-1 du Code des juridictions financières, d'une part, et avoir enfreint les dispositions de l'article L. 313-6 du même Code, infraction visant les personnes, qui dans l'exercice de leurs fonctions, ont en méconnaissance de leurs obligations procuré à autrui un avantage injustifié, entraînant un préjudice pour le Trésor, la collectivité et l'organisme intéressé, d'autre part¹²⁷².

Si les élus hésitent à faire usage du mécanisme de la réquisition, le risque de condamnation devant la CDBF est somme toute assez modeste. La jurisprudence, très faible en la matière, montre qu'elle procède à une analyse des plus réalistes et pondérées. C'est ce qu'il ressort clairement de l'arrêt *SIVOM d'Etaples-sur-Mer* déjà évoqué¹²⁷³.

En l'occurrence, la transaction avait vocation à régler la situation entre le SIVOM et une entreprise de traitement et d'élimination des ordures ménagères, après la résiliation d'un marché à bons de commande par le syndicat. A la suite de la saisine de la Chambre régionale des comptes par le préfet, suivie d'un avis soulevant un certain nombre d'irrégularités affectant la procédure dudit marché, le comité syndical avait décidé de résilier ce contrat quatre mois après le début de son exécution. L'entreprise avait continué d'assurer ses prestations, le temps qu'une nouvelle procédure d'appel d'offres soit lancée et un candidat retenu. Afin de donner un titre juridique à ces prestations réalisées sans contrat, la signature d'une transaction était toute désignée¹²⁷⁴. Le comptable ayant toutefois refusé de procéder au paiement des mandats émis sur son fondement — faute, estimait-il, de pièces justificatives suffisantes —, le président du syndicat a décidé de le réquisitionner. Plusieurs années après, une procédure s'est engagée contre l' élu en raison de la mauvaise gestion du syndicat, le menaçant d'une condamnation au paiement d'une amende par la CDBF assortie d'une publication du jugement au Journal officiel, ce qui, sur le plan politique, est assez redoutable. L' élu était accusé d'avoir accordé à l'entreprise un avantage injustifié causant un préjudice à

¹²⁷¹ CJF, art. L. 312-1-II b à f.

¹²⁷² CJF, art. 312-2.

¹²⁷³ CDBF, 30 juin 2006, *SIVOM d'Etaples-sur-Mer*, préc.

¹²⁷⁴ J.-M. PEYRICAL rappelle qu'« en donnant une base juridique aux prestations réalisées à la suite de cette résiliation, elle [la transaction] a évité toute contestation de l'entreprise ayant exécuté de telles prestations », v. « La compétence et la responsabilité des élus locaux. Réflexions à propos d'un arrêt de la Cour de discipline budgétaire et financière », préc., § 4.

la collectivité. Manifestement, « le tableau était bien sombre pour un élu local qui, en toute bonne foi, avait avant tout essayé de trouver une solution lui permettant d'assurer la continuité du service public en cause, le temps de relancer une procédure d'appel d'offres et de se conformer aux prescriptions tant de la chambre régionale des comptes que du contrôle de légalité »¹²⁷⁵.

La difficulté provenait de la rédaction de la transaction elle-même, qui se bornait à indiquer brièvement que les sommes dues au titre des prestations d'enfouissement des déchets ménagers réalisées par l'entreprise pour le compte du syndicat seront réglées, omettant de préciser que ce règlement couvrirait aussi les prestations effectuées jusqu'à l'aboutissement de la procédure d'appel d'offres nouvellement lancée. Preuve qu'il s'agissait bien d'une erreur de rédaction, la délibération du conseil syndical autorisait bien le président à transiger sur ces prestations. Or, cette maladresse privait de base légale le paiement des prestations réalisées par l'entreprise après résiliation.

La CDBF a prononcé un jugement tout à fait raisonnable. Elle conclut à l'absence d'avantages injustifiés et met hors de cause l'élu. Pour ce faire, la Cour observe tout d'abord que le syndicat a pris « avec la diligence exigée par la situation, les mesures nécessaires pour remédier aux conséquences de l'irrégularité du premier marché et assurer la continuité du service public d'enlèvement et de traitement des ordures ménagères ». Elle ajoute, à propos de l'avantage injustifié, que les prix pratiqués par la société n'apparaissent pas particulièrement élevés en comparaison avec des marchés similaires souscrits avec elle dans le même département, et précise qu'un préjudice pour la collectivité ne naît pas systématiquement de l'absence de fondement juridique régulier. C'est le champ du délit d'avantage injustifié qui s'en trouve strictement défini. Enfin, la Cour souligne de manière particulièrement intéressante les carences des différents services de contrôle. Les services chargés du contrôle de légalité n'ont pas pleinement assuré leur mission, en se bornant, d'une part, à demander au syndicat de résilier le marché, sans lui indiquer les modalités juridiques lui permettant d'assurer la continuité du service public en matière de traitement des ordures ménagères, et en s'abstenant, d'autre part, d'émettre la moindre observation à la poursuite, par la société, de ses prestations, après la résiliation du marché initial. Cette attitude n'a pu que nourrir « la conviction du [président du syndicat] que la transaction, telle qu'elle avait été rédigée, constituait un fondement juridique permettant la poursuites des prestations même en l'absence de marché ». Le comptable, de son côté, n'aurait pas non plus agi avec diligence, en motivant

¹²⁷⁵ *Ibid*, § 3.

ses suspensions de paiement, non pas par la convention de transaction, qui ne permettait pas en effet, telle que rédigée, le paiement des prestations postérieures, mais par l'annulation et donc l'absence de marchés publics. La Cour lui reproche de ne pas avoir informé l'ordonnateur de ce que la transaction ne pouvait en l'espèce constituer une base juridique suffisante pour les prestations en cause. A ce sujet, J.-M. Peyrical observe que « si de telles critiques des représentants de l'Etat peuvent apparaître sévères, elles traduisent un phénomène intéressant, à savoir celui de la prise de conscience par une juridiction comme la CDBF de la difficulté pour les décideurs locaux de mettre en œuvre des réglementations dont la complexité juridique leur échappe souvent »¹²⁷⁶. Tous les élus ne disposent pas des moyens nécessaires au bon exercice de leurs missions, surtout depuis la révision générale des politiques publiques qui leur en a ôtés encore¹²⁷⁷.

La difficulté est d'ailleurs plus large : il s'exerce depuis la LOLF de 2001, qui met en place une culture de responsabilité des gestionnaires des deniers publics, une pénalisation accrue sur les acteurs publics¹²⁷⁸. Naît ainsi une vraie contradiction : comment instaurer une politique de responsabilisation des élus locaux sans leur donner les moyens de se conformer exactement aux dispositions législatives et réglementaires ? Faute de moyens, la meilleure des volontés n'exclut pas une maladresse, une erreur de rédaction, voire une véritable faute. La continuité du service public est également en jeu. La CDBF en a manifestement pris conscience.

Le juge pénal est bien moins flexible. Selon l'Observatoire des risques de la vie territoriale, le délit de favoritisme et le délit de prise illégale d'intérêts représentent à eux seuls environ 30% du contentieux pénal, toutes infractions pénales confondues, et environ 35% des mises en cause pour atteintes au devoir de probité¹²⁷⁹. Il faut dire que le juge pénal procède à une qualification très large des délits de favoritisme et de prise illégale d'intérêts.

S'il apparaît que la transaction aboutit à la modification de l'objet du contrat, l'élu signataire de la transaction est susceptible de tomber sous le coup du délit de favoritisme et de faire l'objet d'une condamnation, alors même qu'il aurait été de bonne foi. L'hypothèse ne s'est toutefois pas présentée en jurisprudence.

¹²⁷⁶ J.-M. PEYRICAL, « La compétence et la responsabilité des élus locaux. Réflexions à propos d'un arrêt de la Cour de discipline budgétaire et financière », préc., §7.

¹²⁷⁷ A la révision générale des politiques publiques a succédé la loi du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles, *JORF* n° 0023 du 28 janvier 2014, p. 1562.

¹²⁷⁸ V., par exemple, N. LAVAL MADER, « Les évolutions du risque pénal dans la gestion publique locale », préc., p. 707 et s.

¹²⁷⁹ Rapport annuel 2012 de l'Observatoire SMACL de la vie territoriale, en ligne sur le site internet de l'observatoire SMACL.

Quant au délit de prise illégale d'intérêts, il répond lui aussi à des critères élastiques. Les interférences entre les intérêts privés et publics, constitutives d'un délit de prise illégale d'intérêts, peuvent se traduire par une modification du plan local d'urbanisme, un vote de subventions, l'embauche de personnel ayant un lien familial avec un élu, la signature de contrats de fournitures, de travaux ou de services, l'achat d'une parcelle de lotissement municipal, etc. S'il est loisible d'imaginer qu'une transaction recèle en elle un tel délit, l'examen de la jurisprudence ne montre aucune condamnation sur ce fondement en l'état. Il est peu probable, par ailleurs, que l'élu poursuivi ait été de bonne foi, à la différence du délit de favoritisme. De ce fait, le risque de condamnation pour prise illégale d'intérêts lors de la conclusion d'une transaction est finalement relatif. Lors des négociations des transactions, les élus doivent absolument veiller à écarter tout soupçon de partialité et d'abus de pouvoir.

Sans pouvoir raisonnablement parler d'insécurité pénale, le risque de poursuites des ordonnateurs à raison de la conclusion d'une transaction existe. La vraie difficulté ne tient pas tant au procédé transactionnel lui-même qu'au recul de l'expertise juridique des services de l'Etat. La formation en ce domaine est essentielle, qu'il s'agisse des élus, des comptables, des agents des collectivités comme de ceux qui sont chargés du contrôle de légalité. Si cela ne correspond pas aux orientations actuelles s'agissant des services préfectoraux, c'est pourtant indispensable au développement de la transaction. Encore une fois, il y a une contradiction à vouloir développer ce mode de résolution des litiges sans donner les moyens aux intéressés d'y recourir dans de bonnes conditions, surtout quand se trouve mise en jeu leur responsabilité personnelle. Il est vrai qu'en des hypothèses particulières, pour certains types de litiges, ils peuvent bénéficier de l'assistance juridique de spécialistes, comme des commissions de conciliation institutionnelles ou *ad hoc* — les CCRA, à titre d'exemple. Pour le règlement des autres litiges, les parties doivent pouvoir s'appuyer sur des connaissances juridiques fiables qu'elles émanent des agents des collectivités ou des services de l'Etat. Dans le cas contraire, elles privilégieront le recours au juge étatique, plus sécurisant. Les personnes publiques et les personnes privées se rejoignent sur ce point.

B. Les réticences des personnes privées

Sans doute les personnes privées sont-elles sensibles aux avantages que présente le procédé transactionnel. Pour autant, y recourent-elles volontiers ? Faute d'étude approfondie sur la question, il est difficile de connaître la perception exacte des personnes privées à son sujet, de même que leur comportement. D'autant que ceux-ci évoluent ; ils ne sont certainement plus les mêmes aujourd'hui qu'il y a trente ans, au moment où les modes alternatifs de règlement des litiges ont été redécouverts, ni même qu'il y a vingt ans, en pleine opération de promotion de ces outils par les pouvoirs publics.

Au début des années 2000, des sociologues de l'Université de Paris V publiaient les résultats de leur étude, *Les représentations sociales du règlement des litiges, le cas des modes alternatifs*¹²⁸⁰, projet qui avait pour ambition, disaient-ils, « d'apporter quelques explications aux réticences françaises à l'égard des modes alternatifs de règlement des litiges »¹²⁸¹, d'« expliquer les raisons d'une certaine frilosité à [leur] égard »¹²⁸². Les « représentations sociales » des modes alternatifs, objet de l'étude, désignent pour les auteurs, « à la fois, le fait que des individus pensent et construisent cognitivement les objets sociaux et le résultat de cette construction [et] renvoie[nt] à la fois, à l'inventaire des attributs, ainsi qu'aux attitudes envers cet objet », car, expliquent-ils, « nos comportements à l'égard d'objets sociaux dépendent pour une bonne part des conceptions que nous avons de cet objet »¹²⁸³. Pour ce faire, les sociologues s'interrogeaient sur les représentations sociales des modes alternatifs en général et de la médiation en particulier.

Conformément à la méthode de travail prévalant en ce domaine, les chercheurs avaient retenu deux hypothèses complémentaires. D'une part, la réticence proviendrait d'une conception traditionnelle de la justice, selon laquelle seul le mode juridictionnel serait susceptible de procurer une véritable solution à un litige¹²⁸⁴. D'autre part, elle s'expliquerait par la méconnaissance des pratiques de la médiation¹²⁸⁵. Pour mener leurs enquêtes, les sociologues ont procédé, de juin 1999 à juin 2000, à des entretiens guidés auprès de seize magistrats et vingt avocats des régions Ile-de-France — le Tribunal de grande instance de

¹²⁸⁰ H. TOUZARD, M. BASTOUNIS, I. BENHARDA-PIGET, *Les représentations sociales du règlement des litiges, le cas des modes alternatifs*, Université Paris V, Mission de recherche Droit et justice, avril 2001.

¹²⁸¹ *Ibid*, p. 3.

¹²⁸² *Ibid*, p. 4.

¹²⁸³ *Ibid*, p. 3.

¹²⁸⁴ *Ibid*, p. 4.

¹²⁸⁵ *Ibid*, p. 5.

Nanterre et la Cour d'appel de Paris — et Rhône-Alpes — le Tribunal de grande instance de Lyon et la Cour d'appel de Grenoble¹²⁸⁶. S'il ne leur a pas été possible d'interroger directement les justiciables — des personnes privées, le plus souvent —, leur travail n'en perd pas tout intérêt, les professionnels du droit relayant les impressions et sentiments de ces derniers.

Les résultats, aussi contradictoires et paradoxaux soient-ils, sont riches d'enseignements. Il en ressort que les modes alternatifs de règlement des litiges sont globalement bien perçus, sans pour autant jouir d'une grande confiance. La majorité des personnes interrogées perçoit positivement le fait de disposer d'un panel de procédures variées pour la résolution des litiges : 53% d'entre elles y voient un signe de modernité, 39% mettent en avant le dialogue sur lequel reposent les modes alternatifs. Cela ne doit toutefois pas faire oublier que pour 1/3 des répondants, la médiation doit rester exceptionnelle, et pour 1/4, on ne peut avoir confiance dans ces procédures qui n'ont pas fait leurs preuves et qui constituent « une manière commode pour l'Etat de désencombrer les tribunaux »¹²⁸⁷. Les avocats et magistrats soulignent, en outre, le peu d'empressement que manifestent les parties à recourir à un mode alternatif. Plusieurs raisons l'expliquent : elles accordent plus d'importance à une décision de justice, ont le sentiment à l'issue d'une procédure amiable que des concessions leur ont été arrachées, alors qu'elles estimaient être dans leur bon droit, et redoutent, enfin, le coût d'une telle procédure. De ces données, les sociologues ne sont pas en mesure de dégager une perception marquée quant à l'usage des modes alternatifs ni en 2000, ni pour l'avenir¹²⁸⁸. Elles permettent tout de même de confirmer les hypothèses de départ : 41,6% des personnes interrogées sont ainsi identifiées comme étant attachées à une conception traditionnelle de la justice et 36% méconnaissent les modes alternatifs. Ainsi, « globalement, on peut dire qu'il y a une tendance à ce qu'une conception traditionnelle du droit et de la justice et une méconnaissance des fonctions et actions du médiateur aillent de pair avec une attitude critique vis-à-vis de la médiation et des modes alternatifs »¹²⁸⁹.

Ces conclusions ne surprennent guère. Plus de dix ans après, il faut encore considérer que les freins au développement des modes alternatifs que sont le sentiment traditionnel selon lequel le juge est seul en mesure d'assurer la justice (a) et la méconnaissance de ces outils (b) demeurent, tous deux étant évidemment liés.

¹²⁸⁶ *Ibid*, p. 10.

¹²⁸⁷ *Ibid*, p. 22-23.

¹²⁸⁸ « Les avis sont partagés, les informations souvent insuffisantes pour qu'une représentation précise s'impose concernant la pratique de la médiation actuellement et dans le futur », expliquent-ils, p. 26.

¹²⁸⁹ *Ibid*, p. 46.

a. L'attachement à la justice étatique

L'histoire de la résolution des litiges étant celle de la centralisation de la justice et de la primauté de la justice étatique, la prédominance de celle-ci dans l'esprit collectif ne saurait guère étonner. Ce que les sociologues ont mis en évidence en 2000 perdure. Aujourd'hui encore le juge étatique s'impose comme étant le seul à pouvoir valablement rendre la justice. Le réflexe des parties en situation de litige est de saisir le juge, non de transiger.

Même s'il est difficile d'identifier avec précision le comportement des parties, il est certain que nombre d'entre elles regardent avec suspicion la transaction. Pour beaucoup, une proposition de transaction de la part de l'administration signifie que celle-ci cherche à acheter leur silence, ou qu'elle se sait coupable et souhaite s'en tirer à moindre coût, en accordant en toute discrétion une réparation inférieure à ce qu'elle aurait été condamnée à payer par le juge en cas de recours. Sans aller jusque là, d'autres voient dans le juge le moyen de rétablir l'égalité entre les parties, aucune n'étant plus alors faible ou forte. Enfin, il est probable que dans maints esprits, la justice est nécessairement et exclusivement rendue par une décision du juge étatique. Le juge dit le droit, quand la transaction naît d'une négociation et d'un rapport de force.

Il est très probable que tous les présupposés qui pèsent sur le procédé transactionnel s'affirment avec plus de vigueur encore quand une personne publique est partie au litige. Les personnes privées peuvent craindre de voir l'administration fausser les discussions et s'imposer par la force, ou les traiter en administrés, et non comme des parties placées en situation d'égalité avec elle. Pourtant, la présence d'une personne publique au litige constitue au contraire une garantie de ce que l'accord — au moins en principe — ne sera pas défavorable à l'intéressé. Les règles gouvernant l'établissement des concessions réciproques dans les transactions administratives sont ainsi organisées qu'elles apportent des garanties aux parties¹²⁹⁰. Ces transactions étant calquées sur les solutions jurisprudentielles arrêtées en situation similaire, les personnes privées parties à un contrat transactionnel avec l'administration ne risquent guère d'être lésées.

Si ces craintes apparaissent *in fine* largement infondées, il n'en reste pas moins que le caractère alternatif de la transaction séduit tout autant qu'il effraie. Très certainement, parce qu'encore une fois, régler un litige sans recourir au juge étatique n'est guère familier en droit

¹²⁹⁰ V. *Supra*, partie II, titre II, chapitre I, section II, p. 501 et s.

français. En outre, cela ne constitue pas un frein irrémédiable au développement de la transaction. Pour que les mentalités et les comportements évoluent, il appartient aussi à l'administration de montrer qu'elle a conscience de tout ce qu'exige la réussite de la résolution amiable des litiges : dialogue, loyauté, respect de la règle de droit, pédagogie, etc. L'idée traditionnelle selon laquelle il n'y a pas de salut en dehors du juge, ne se vérifie pas en pratique, au moins s'agissant du règlement des litiges mettant en cause une personne publique. Cela doit toutefois aller de pair avec une bonne connaissance de la transaction.

b. La méconnaissance du procédé transactionnel

Il est une entrave importante au développement de la transaction : la méconnaissance de ce procédé par les personnes privées, considération pratique déjà relevée par les sociologues en 2000, et qui de toute évidence perdure. Le fait même que les litiges de l'administration puissent être réglés sans décision de justice est assez largement ignoré. De même, bien souvent, les différents modes alternatifs sont assimilés les uns aux autres : transaction et arbitrage sont, par exemple, assez régulièrement confondus.

A supposer même qu'elles aient connaissance du procédé transactionnel, les personnes privées peuvent y renoncer faute d'informations suffisantes sur sa pratique. La conclusion des transactions est, en effet, un exercice exigeant. L'étendue de ce qui peut faire l'objet d'une négociation, la temporalité de la transaction, son contenu, sa forme entre autres, doivent être déterminés soigneusement. S'en remettre au juge sera donc une échappatoire pratique et moins coûteuse. D'autant que, même si les règles de la procédure juridictionnelle demeurent dans l'ensemble assez nébuleuses, les pouvoirs publics se montrent de plus en plus soucieux de faciliter pour tous l'accès au prétoire. Les décisions administratives mentionnent les délais et voies de recours, le site internet du Conseil d'Etat publie des notes explicatives à l'intention des requérants, qu'il s'agisse de la saisine de la juridiction compétente et du déroulement de la procédure, les services administratifs peuvent également informer les intéressés, etc. Des sources d'informations équivalentes pour la transaction sont bien moins évidentes.

Deux enquêtes menées par le ministère de l'Education nationale en 2005 et 2007 confirment cette méconnaissance générale des modes alternatifs de règlements des litiges par les personnes privées. Ces enquêtes, destinées justement à mesurer le taux de notoriété des médiateurs mis en place par ce ministère pour les affaires qui le concernent, révèlent que la

première cause de « non-recours » à ces entités réside dans leur méconnaissance¹²⁹¹. Cela témoigne aussi de ce que la promotion des modes alternatifs de règlement des litiges est devenue une préoccupation des pouvoirs publics.

Le tableau n'est donc pas si sombre. Des efforts ont été entrepris ces dernières années pour faire connaître les modes alternatifs de règlement des litiges, et notamment des litiges administratifs, condition indispensable à leur mise en œuvre. Alors que Mme Delaunay et M. Ikonomou s'accordaient pour dénoncer la négligence des pouvoirs publics en la matière, l'administration prend aujourd'hui conscience de cette nécessité¹²⁹². L'administration qui se fait conciliante entend le faire savoir.

Des campagnes d'information et de communication ont été lancées par les organismes publics sur internet ou par voie d'affichage classique — à l'instar de la ville de Paris ou de l'AP-HP —, afin de faire connaître leur médiateur. De même, prenant acte de ce que les CCRA pourraient être davantage saisis, le ministère de l'Economie et des finances s'est employé à partir de 2009 à les rendre plus visibles. A ce titre, il a d'abord procédé à des « actions de communication, ce qui s'est traduit par la création d'une rubrique consacrée aux CCRA dans l'espace "marchés publics" du site internet du ministère de l'Economie, à laquelle ont participé les CCRA, ainsi que par l'organisation d'une réunion, le 30 juin 2009 avec les principales fédérations de professionnels »¹²⁹³. En outre, l'ensemble des CCAG rappellent la possibilité de saisir les CCRA. Enfin, la circulaire du 7 septembre 2009 conseille de recourir aux CCRA préalablement à la conclusion d'une transaction¹²⁹⁴.

Par ailleurs, en 2010, il a été créée une association, qui a pour objet de « conforter son rôle de promotion de la médiation institutionnelle, notamment en favorisant la professionnalisation des Médiateurs et de leurs équipes par une formation adaptée à leurs besoins et en assurant la diffusion entre ses membres de leurs expériences et le partage des bonnes pratiques »¹²⁹⁵. Elle délivre des informations générales sur la médiation et regroupe de nombreux médiateurs auprès d'entreprises et de collectivités publiques, auxquels son site

¹²⁹¹ « Dans les deux enquêtes réalisées par la Société JCA Développement dites "baromètre de satisfaction" des usagers et des personnels dans leurs relations avec le service public de l'enseignement public conduites en 2005 et 2007, les personnes sollicitées ont été interrogées pour savoir si elles connaissaient les services du médiateur », indique le rapport 2011 du médiateur du ministère de l'Education nationale – en ligne sur le site internet du ministère –, p. 50. Ainsi, 65 % des parents disent qu'ils ne l'ont pas saisi car ils ne connaissaient pas son existence, rapport préc., p. 53.

¹²⁹² B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés: contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945*, préc., p. 412-413 ; A. IKONOMOU, *Les modes non juridictionnels de règlement des litiges en droit administratif*, préc., p. 417.

¹²⁹³ A. MARCHAND, « Les CCRA font peau neuve ! », *CJFI* 2011, p. 41.

¹²⁹⁴ Circulaire du 7 septembre 2009, préc., § 2.5.3.

¹²⁹⁵ Le club de médiateurs de services au public, www.clubdesmediateurs.fr.

internet renvoie. Les personnes privées qui souhaitent éviter un recours juridictionnel, peuvent y trouver une aide utile. C'est aussi le cas des circulaires relatives à la transaction, qui, bien que destinées aux services administratifs, constituent de remarquables sources d'informations. Elles devraient leur permettre de pouvoir transiger sans faire appel nécessairement aux conseils d'un avocat parfois coûteux.

Il a été établi que ces efforts ne sont pas tout à fait vains. A titre d'exemple, le conciliateur fiscal instauré dans les années 2000 et mentionné dans chaque décision de l'administration fiscale, est bien plus souvent saisi que le médiateur du ministère de l'Economie plus ancien, mais ne bénéficiant d'aucune publicité particulière¹²⁹⁶. De même, si l'efficacité des médiateurs-conciliateurs se mesure au nombre de requêtes juridictionnelles évitées, alors le conciliateur fiscal remplit son rôle : « l'introduction de dispositifs de conciliation a contribué de façon significative à faire diminuer le nombre de requêtes déposées par les particuliers au TA »¹²⁹⁷.

Les efforts pourraient être encore accentués. Si internet est un outil tout désigné, il ne faut pas négliger la documentation papier et surtout la relation de proximité. Le succès de la commission de règlement amiable de Seine-Saint-Denis l'atteste. La mise en place de la commission avait été largement diffusée par le biais de notes explicatives, de brochures, de rencontres réunissant des élus locaux et des commerçants, etc.¹²⁹⁸. A cet égard, les personnes privées pourraient trouver dans les Points d'accès au droit et les Maisons du droit et de la justice une aide non négligeable : les personnels peuvent répondre à leurs doutes et interrogations. Mais, en l'état, il n'y a pas de quoi susciter, chez les personnes privées, un réflexe transactionnel.

Une question demeure. Certains auteurs voient dans le caractère facultatif des modes alternatifs, un obstacle significatif à leur développement, et partant, le signe que le bilan de la pratique de ces outils est négatif¹²⁹⁹.

¹²⁹⁶ A. SPIRE, « L'entonnoir du contentieux fiscal », in *Le recours à la justice administrative, pratiques des usages et usagers des institutions*, G. Contamin, E. Saada, A. Spire, K. Weidenfeld (dir.), Paris, La documentation française, 2008, p. 104.

¹²⁹⁷ A. SPIRE, « L'entonnoir du contentieux fiscal », préc., p. 114.

¹²⁹⁸ E. COSTA, « La conciliation devant le juge administratif, l'exemple de la commission de règlement amiable de Seine-Saint-Denis », *AJDA* 2012, p. 1837.

¹²⁹⁹ V. notamment, B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés : contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945*, préc., p. 745 et s., et A. IKONOMOU, *Les modes non juridictionnels de règlement des litiges en droit administratif*, préc., p. 418.

La question ne se pose pas en ces termes. Les rendre systématiquement obligatoires¹³⁰⁰ réglerait certes la question du nombre de recours, mais pas celle de leur succès. La question n'est pas propre à la France, et chaque pays l'envisage selon sa tradition juridique. Si certains droits ont pris le parti de rendre obligatoire la conciliation-médiation¹³⁰¹, ce n'est pas le cas du droit français.

Rendre obligatoire une justice amiable comporte quelque contradiction. Comment parler de dialogue et de rapprochement des parties, quand la conciliation-médiation est imposée ? L'accord n'est pas nécessairement le fruit d'un consensus, mais d'un *statu quo*, où les parties cèdent de mauvaise grâce ce qu'elles continuent à estimer être leur droit. L'une des caractéristiques assez remarquable des modes amiables consistant justement à offrir aux parties la possibilité de maîtriser l'issue de leur litige, n'est plus alors garantie. Le dialogue peut laisser place à la frustration et au sentiment d'injustice. Dans cette perspective, il ne serait plus question d'une justice amiable, mais seulement d'alternative à la justice étatique, au risque de faire de celle-ci une sous-justice. Y. Gaudemet conclut à ce sujet : « Autant la libre disposition de procédés alternatifs de règlement, évitant le recours au juge, est en soi une bonne chose, spécialement dans le contentieux contractuel, qui est celui de l'autonomie de la volonté, autant l'orientation qui consisterait à imposer des préalables à la saisine du juge et donc à reculer, compliquer et renchérir l'intervention de celui-ci n'irait pas dans le sens de

¹³⁰⁰ C'est assez rarement le cas. V. sur ce point, pp. 176-177.

¹³⁰¹ C'est le parti qu'envisage le droit allemand. Le § 15a EGZPO – la loi d'application du Code allemand de procédure civile –, laisse la possibilité aux *Länder* de conditionner la validité d'une action en justice pour certains types de litiges – comme les litiges en matière de voisinage, en matière d'atteinte au droit à l'honneur, dès lors que l'atteinte n'a pas été commise par voie de presse ou de radio, par exemple –, par la mise en œuvre préalable d'une procédure de règlement amiable, par un organe de conciliation établi ou reconnu par l'administration de la justice du *Land*. En outre, la réforme de la procédure civile du 27 juillet 2001 a favorisé clairement la résolution transactionnelle des litiges. Il a ainsi été introduit le § 278 ZPO al. 1 aux termes duquel, il fait partie de l'office du juge de tâcher de concilier les parties à toute étape de la procédure. D'autre part, en vertu du § 278 al. 6 ZPO, il est désormais loisible aux parties de présenter au juge une proposition de transaction ou d'accepter dans leurs conclusions celle du tribunal. De manière générale, « en Allemagne, il n'est pas rare que le juge joue un rôle actif dans la transaction qui interviendra entre les parties », et que « même si le juge ne devrait pas exercer de pression quelconque sur les parties afin qu'elles se concilient, il n'est pas rare que les magistrats allemands incitent vivement les parties à le faire, se promettant ainsi un jugement de moins à rédiger et des statistiques flatteuses quant au nombre d'affaires réglées » - F. FERRAND, « La transaction, regard comparatif », in *La transaction dans toutes ses dimensions*, préc., p. 195. La procédure civile anglaise a, quant à elle, privilégié une solution intermédiaire, tendant à inciter très fortement les parties à s'accorder. Il est ainsi prévu que le juge puisse sanctionner la partie qui aura refusé l'offre de transaction de l'autre, sans avoir pour autant obtenu par le jugement un meilleur résultat. De manière générale, le juge anglais œuvre activement pour la recherche d'une solution non juridictionnelle aux litiges. *In fine*, ne seront jugés que 2% environ des requêtes juridictionnelles, les 98% étant réglés par voie transactionnelle. Conformément aux préconisations du rapport Woolf de 1996 – *Lord Woolf, Access to Justice: Interim Report, 1995* –, le procès doit apparaître comme le lieu ultime de résolution des litiges, la priorité étant donnée à la transaction, bien moins coûteuse que le procès civil.

l'Etat de droit »¹³⁰². Plus généralement, c'est la même question que celle qui se présente à propos des commissions de conciliation-médiation qui se multiplient ces dernières années.

§II. L'INCLINATION POUR UN CADRE FORMALISE DE CONCLUSION DES TRANSACTIONS ADMINISTRATIVES

Preuve que le système juridique français peine à faire de la place à un autre mode de résolution des litiges que le mode juridictionnel, le juge et le procès servent de référence et de modèle lors de la mise en place de commissions de médiation-conciliation. Qu'il s'agisse de la procédure ou, plus simplement, de l'organisation et du fonctionnement de ces commissions, les règles qui s'appliquent sont assez largement calquées sur celles des juridictions (A). Toutefois, cette formalisation des modes alternatifs de règlement de litiges ne semble ni souhaitable, ni nécessaire (B).

A. La formalisation des discussions en vue d'un règlement transactionnel

De l'entretien direct et sans intermédiaire des parties à la mise en place de commissions de médiation-conciliation composées de magistrats et d'experts, les cadres d'élaboration de discussions susceptibles de conduire à la conclusion de transactions administratives sont très hétéroclites. Si la réussite d'une tentative d'accord n'est conditionnée par aucun cadre idéal type, celle-ci dépendant surtout de la bonne volonté des parties, il est tout de même des éléments qui la favorisent : la rapidité, les compétences juridiques — celles des parties, de leur conseil et du tiers médiateur-conciliateur, éventuellement —, la loyauté, la confidentialité, etc.

Pour y parvenir, se développent des formules tout à fait remarquables de résolution amiable des litiges : des instances de médiation-conciliation plus ou moins fortement calquées sur le modèle juridictionnel. Certaines sont des commissions institutionnalisées, c'est-à-dire créées par des textes, de manière permanente, et dont les CCRA et les CCI sont les exemples les plus aboutis. D'autres constituent des commissions *ad hoc*, temporairement et spécifiquement mises en place pour la résolution d'un litige particulier ou de litiges sériels,

¹³⁰² Y. GAUDEMET, « Le "précontentieux" : le règlement non juridictionnel des conflits dans les marchés publics », préc., p. 84.

par les parties elles-mêmes ou par le juge étatique à leur demande¹³⁰³. Quelles que soient les circonstances de leur création, ces structures ont toutes en commun d'être inspirées des juridictions étatiques, dans leur organisation comme dans leur fonctionnement.

Les CCRA forment l'archétype des commissions institutionnelles à tout point de vue. Leur composition est déjà un élément probant, puisqu'elle est paritaire, tout en réservant la présidence des comités à des magistrats de la juridiction administrative¹³⁰⁴. Les parties y voient assurément un gage autant de compétence que d'impartialité. Mais *in fine*, c'est conforter l'idée que la résolution des litiges suppose nécessairement l'intervention du juge étatique.

Quant à la procédure en vigueur au sein des CCRA, elle est largement inspirée de celle de la procédure administrative contentieuse. On sait que cette dernière est organisée en plusieurs étapes : la saisine, l'instruction, l'audience et la décision, susceptible de faire l'objet d'un recours en appel ou en cassation. La saisine de la juridiction compétente s'effectue de manière unilatérale par une requête introductive d'instance. La partie requérante adresse, dans le respect des conditions de forme et de délais prévues, un mémoire en demande, enregistré auprès du greffe et pour l'instruction duquel un rapporteur est désigné. Un échange de mémoires peut ensuite s'engager entre les parties. La procédure est essentiellement écrite, contradictoire et inquisitoriale. Essentiellement écrite, puisque que l'instruction s'opère à partir de l'échange de mémoires entre les parties, celles-ci disposant toutefois de la possibilité de présenter des observations orales le jour de l'audience. Contradictoire, dans la mesure où chaque pièce présentée par une partie peut être discutée par l'autre, qui doit donc en avoir connaissance, ce que devra garantir la juridiction, conformément au principe dit du contradictoire. Enfin, le caractère inquisitorial de la procédure permet au juge de pouvoir demander aux parties toute pièce qu'il juge nécessaire à la bonne instruction du dossier. A l'issue de la procédure d'instruction, le magistrat-rapporteur devra formuler le rapport et rédiger un projet de décision, transmis au rapporteur public, qui va conclure sur l'affaire. Le sens de ses conclusions sera transmis aux parties, qui pourront lui répondre le jour de

¹³⁰³ V. *Supra*, partie I, titre II, chapitre I, section I, § II, A, p. 184.

¹³⁰⁴ V. l'article 2 du décret du 8 décembre 2010, préc. Le président et le vice-président de chaque comité sont des membres en activité ou honoraires d'une juridiction administrative. Pour le comité national, il s'agit d'un conseiller d'Etat et d'un conseiller maître à la Cour des comptes, et pour les comités interrégionaux, d'un magistrat des tribunaux et cours administratives d'appel et un autre d'une chambre régionale des comptes. Les comités comprennent, en outre, deux fonctionnaires en activité ou retraités, ou deux représentants des collectivités territoriales ou de leurs établissements publics, et deux personnalités compétentes appartenant au même secteur d'activité que le titulaire du marché – celles-ci sont désignées, à la demande, du président du comité, chaque affaire, par les organisations professionnelles les plus représentatives figurant sur des listes arrêtées, pour le comité consultatif national par le ministre chargé de l'Economie et, pour les comités locaux, par le préfet désigné dans l'arrêté créant le comité.

l'audience et présenter toute observation qui leur semble nécessaire. La formation de jugement se réunira pour trancher sur l'affaire au regard de tous ces éléments. La décision sera lue en séance publique et envoyée aux parties.

De la même manière, le comité est saisi par l'une des parties, la personne responsable du marché ou le titulaire dudit marché¹³⁰⁵, unilatéralement donc. V. Haïm, président du comité consultatif interrégional de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics de Paris, parle même de « qualité à agir »¹³⁰⁶. Il serait presque question de requérants. Une fois le comité valablement saisi, l'instruction sera menée « dans le cadre d'une procédure assurant le respect du contradictoire et l'impartialité par application de règles assez proches de celles qui régissent la procédure contentieuse »¹³⁰⁷. Le rapporteur chargé du dossier peut accéder à tous les documents administratifs, convoquer les représentants des parties et leur soumettre des questions orales et écrites. *In fine*, il établira un rapport et un projet d'avis transmis aux membres du comité, auxquels il présentera par ailleurs son rapport à l'oral¹³⁰⁸. Le comité siège à huis-clos, en présence du rapporteur et du comptable public — compétent pour procéder à l'exécution du marché en cause —, qui tous deux disposent d'une voix consultative. Le titulaire du marché et le représentant du pouvoir adjudicateur, ainsi que toute personne dont le président juge l'audition utile peuvent être entendus. Les délibérations sont menées en présence d'au moins trois des membres du comité disposant d'une voix délibérative, dont le président ou le vice-président, un représentant de l'administration et un représentant du secteur d'activité dans lequel opère le titulaire du marché. Elles resteront secrètes¹³⁰⁹. En outre, ni le rapporteur, ni aucun des membres du comité ayant voix délibérative ne doit avoir eu à connaître antérieurement de l'affaire¹³¹⁰. C'est ainsi qu'est garantie l'impartialité des membres du comité.

Un avis est ensuite notifié aux parties dans un délai de six mois à compter de la saisine en principe. Avis qui ne lie aucune des parties. En cela, « les comités doivent être regardés comme intervenant en qualité d'amiables compositeurs »¹³¹¹. Ces avis non contraignants sont généralement suivis pas les parties¹³¹².

¹³⁰⁵ Le comité n'est compétent que pour les litiges relatifs à l'exécution d'un marché public entre le titulaire du marché et la collectivité signataire. Art. 5 du décret du décembre 2010, préc.

¹³⁰⁶ V. HAIM, « Les comités consultatifs de règlement amiable des litiges : rôle et mission », *AJCT* 2013, p. 189.

¹³⁰⁷ *Ibid*, p. 3.

¹³⁰⁸ D. du 8 décembre 2010, art. 6.

¹³⁰⁹ *Ibid*, art. 7.

¹³¹⁰ *Ibid*, art. 6.

¹³¹¹ V. HAIM, « Les comités consultatifs de règlement amiable des litiges : rôle et mission », préc., p. 191.

¹³¹² *Ibid*.

Manifestement, la procédure administrative contentieuse sert aussi de modèle aux commissions de conciliation *ad hoc*. Le cas de la commission de règlement amiable de la Seine-Saint-Denis en est la parfaite illustration.

A la fin de l'année 2008, le département de la Seine-Saint-Denis et la RATP se sont adressés au président du Tribunal administratif de Cergy-Pontoise — dans le ressort duquel se trouvait alors le département — pour évoquer la création d'une commission de règlement amiable destinée à prévenir les contentieux relatifs aux dommages subis par les commerçants riverains d'une future ligne de tramway à l'occasion des travaux de construction de cette ligne. C'est là une démarche courante : « dans le cadre d'opérations de restructuration urbaine et de redynamisation commerciale entraînant la réalisation de travaux de voirie, nombre de collectivités publiques ont opté pour la mise en place de commissions chargées d'instruire les demandes déposées par les professionnels riverains subissant une gêne anormale et durable se répercutant sur leur activité, et de formuler des propositions de règlement », explique E. Costa, la présidente de la commission mise en place en Seine-Saint-Denis¹³¹³. Les présidents des Tribunaux concernés acceptent le plus souvent de faire droit aux demandes des parties, et désignent un magistrat de la juridiction pour présider les commissions. Faute de précision sur le déroulement de la mission de conciliation assurée par le juge administratif dans l'article L. 211-4 du Code de justice administrative, les travaux préparatoires n'étant en outre d'aucun secours sur la question, il revient à chaque juge d'en déterminer les règles¹³¹⁴. En l'occurrence, celles retenues pour le fonctionnement de la commission de Seine-Saint-Denis correspondent assez largement à celles de la procédure contentieuse.

La commission a d'abord été composée de sorte de ne laisser aucun doute aux parties, ni sur la compétence, ni sur l'impartialité de ses membres, « l'impartialité étant un principe général du droit qui s'applique à tout organisme administratif », rappelle E. Costa¹³¹⁵. Ses propos témoignent également de ce que le juge et les principes directeurs du procès sont omniprésents dans le fonctionnement de la commission : « il est indispensable que le membre assurant la présidence de la commission soit un magistrat administratif. Celui-ci est en effet, aux yeux des demandeurs [...] le garant de l'impartialité [...]. De la même façon, il est seul en

¹³¹³ E. COSTA, « La conciliation devant le juge administratif. L'exemple de la commission de règlement amiable de Seine-Saint-Denis », préc., p. 1834.

¹³¹⁴ On sait que le juge administratif peut inciter les parties à trouver un règlement amiable à leur litige, soit en assurant lui-même une mission de conciliation, soit en désignant un expert chargée de la conduite, avec l'accord des parties. V. sur ce point, p. 179 et s.

¹³¹⁵ E. COSTA, « La conciliation devant le juge administratif. L'exemple de la commission de règlement amiable de Seine-Saint-Denis », préc., p. 1836.

mesure, de par son statut, de garantir l'égalité des armes entre les parties [...] »¹³¹⁶. La composition de la commission est paritaire, mais la présidence assurée par un magistrat¹³¹⁷.

Il fallait ensuite arrêter les règles procédurales à suivre devant la commission. Celles-ci sont « globalement conforme[s] aux principes régissant le procès administratif, offrant aux parties des "garanties substantielles" »¹³¹⁸. La saisine est unilatérale. Le mémoire en demande est adressé au secrétariat de la commission, qui instruit le dossier, en diligentant toute mesure qui serait nécessaire pour compléter la demande. Les dossiers complets sont ensuite transmis aux membres de la commission qui auront à rendre un avis dans des délais assez brefs, avis fondé en droit, motivé et rédigé de manière aussi didactique que possible, et non contraignant pour les parties¹³¹⁹. Celles-ci sont libres de conclure ou non une transaction sur cette base.

Les résultats semblent largement positifs, puisque ce dispositif contribue à l'évidence à réduire le nombre de requêtes juridictionnelles¹³²⁰. Toutefois, il est permis de douter du caractère véritablement alternatif et amiable de la résolution des litiges assurée par ces commissions. Celles-ci semblent plutôt répondre au souci d'éviter des recours massifs devant les tribunaux.

B. Les risques de dénaturation des modes non juridictionnels de règlement des litiges

Cette tendance consistant à aligner le fonctionnement des commissions de conciliation-médiation sur celui des juridictions étatiques ne manque pas d'étonner par la contradiction avec l'esprit transactionnel qu'elle implique. De toute évidence, il y a là des excès pernicieux, qui reviennent à dénaturer les modes non juridictionnels des litiges que sont

¹³¹⁶ *Ibid*, p. 1836.

¹³¹⁷ Ont ainsi été retenus comme membres disposant d'une voix délibérative – outre le président – : un représentant du département, un représentant de la RATP, un représentant de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris en Seine-Saint-Denis, un représentant du régime social des indépendants, un représentant de la chambre des métiers et de l'artisanat, un représentant de l'URSSAF et un représentant de l'ordre des experts-comptables. Ont cette fois une voix consultative, un représentant du trésorier-payeur départemental, un représentant de la direction départementale des finances publiques, deux représentants du département – le service juridique et chef de projet –, deux représentants de la RATP, un représentant de la commune concernée par les travaux du tramway, un représentant de la communauté d'agglomération Plaine-Commune.

¹³¹⁸ E. COSTA, « La conciliation devant le juge administratif. L'exemple de la commission de règlement amiable de Seine-Saint-Denis », préc., p. 1837.

¹³¹⁹ *Ibid*.

¹³²⁰ Dans son article, E. Costa explique que « A ce jour, cinquante-six demandes ont été déposées. La commission a rendu un avis favorable à l'indemnisation pour trente-sept d'entre elles. Seul un avis n'a pas été suivi par les maîtres d'ouvrage, lesquels ont eu connaissance, postérieurement à la séance, d'éléments qui ne figuraient pas dans le dossier soumis aux membres de la commission. [...] Deux commerçants seulement ont décidé de refuser l'offre qui leur était faite par les maîtres d'ouvrage, à la suite de l'avis émis par la commission, et de s'adresser au juge administratif », art. préc., p. 1840.

la médiation, la conciliation et la transaction. Si des garanties sont évidemment nécessaires, celles du droit des contrats et des règles de la transaction administrative permettent, comme on le sait, de parer à tout abus sans compromettre pour autant la souplesse et le dialogue inhérents à ces modes de règlement des litiges¹³²¹.

Comme on le sait, le terme de transaction vient du latin « *transactio*, -onis », du verbe « *transago* », qui désigne l'action d'achever, de finir. Le préfixe « *trans* », « au-delà », « au travers », confère au verbe « *ago* » signifiant « faire », « agir », un sens tout particulier, celui d'agir au-delà¹³²². Pour ce qui est de la résolution des litiges, il s'agit d'aller au-delà de ces litiges. Quant aux synonymes du mot transaction, ils sont nombreux, de l'accord à la diplomatie, en passant par l'entente, l'arrangement, le compromis, la complaisance, etc.¹³²³.

A l'évidence, l'ambition de l'acte de transaction n'est pas seulement de mettre fin à un litige, mais aussi de rétablir la paix entre les parties. Le dialogue et l'entente apparaissent consubstantiels à l'idée même de transaction, lui conférant presque une dimension biblique de réconciliation et de pardon réciproque. Il s'agit pour les parties de débloquer la situation en se plaçant chacune à la place de l'autre, en envisageant avec honnêteté, sinon bienveillance, tous les éléments qui l'amènent à cette position, qu'ils soient juridiques, affectifs, psychologiques, etc. En ce sens, la transaction procède d'un véritable rapprochement des parties. Du reste, sur le terrain du symbole, le rituel du vinage qui consistait au Moyen Age, pour les parties, à partager un verre ou un dîner après la conclusion d'un accord¹³²⁴, s'inscrit dans cette logique de paix retrouvée entre les parties.

Or, la pratique des commissions de médiation-conciliation rompt singulièrement avec cet idéal d'entente et de dialogue. Omettre les rapports de force qui prévalent lors de la résolution des litiges serait, certes, totalement irréaliste. Des discussions menées paisiblement et en toute confiance sont sans doute bien rares. « Il serait faux de présenter le milieu des modes alternatifs de règlement des litiges comme un monde parfait où les parties feraient preuve d'un altruisme particulier à l'égard de leur adversaire que l'on qualifierait volontiers de "partenaire" au conflit »¹³²⁵. Pour autant, la réponse consistant à prévenir tout risque d'abus des parties par l'application des règles applicables aux juridictions n'est guère

¹³²¹ V. sur ce point, p. 151 et s., p. 193 et s. et p. 269 et s.

¹³²² F. GAFFIOT, *Dictionnaire latin-français*, préc.

¹³²³ Larousse, *Dictionnaire des synonymes*, Paris, 2005.

¹³²⁴ V. *supra*, p. 339.

¹³²⁵ J.-B. RACINE, « Les garanties de loyauté dans les modes alternatifs de règlement des conflits », in *Pluralisme des modes alternatifs de résolution des conflits, pluralisme du droit*, préc., p. 71.

appropriée. C'est même tomber dans l'excès inverse : faire des modes non juridictionnels des quasi-répliques des juridictions revient à les dénaturer.

Les règles de la procédure contentieuse se sont perfectionnées. L'Etat de droit impose le respect de ce que consacre l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme : le droit à un procès équitable, dans des délais raisonnables, mené par un juge impartial, au terme d'une procédure contradictoire, principes que le droit interne français garantit par ailleurs. De ce fait, certains plaident pour l'application de ces principes aux modes non juridictionnels de règlement des litiges¹³²⁶. Ce mouvement entamé dans les années 1990 demeure aujourd'hui et motive la formalisation des procédures mises en œuvre devant les commissions de médiation-conciliation. Le modèle juridictionnel s'impose à la conciliation, étendant les principes du procès équitable aux commissions de médiation-conciliation. Le mouvement n'est pas propre au droit français, puisque, sans aller jusqu'à la pleine application de l'article 6§1, le Conseil de l'Europe recommandait aux Etats-membres, en 2001, de « veiller à ce que les principes fondamentaux d'égalité, d'impartialité et des droits de parties soient respectés »¹³²⁷.

S'agissant des commissions de conciliation-médiation, l'omniprésence du juge étatique et du procès est évidente. Elles sont présidées ou composées de magistrats, le plus souvent, et répondent aux règles de procédure prévalant devant les juridictions étatiques, la saisine étant elle-même unilatérale. Les propos d'E. Costa sont saisissants : « l'ancrage de ces modes amiables dans notre paysage juridique rend [...] nécessaire la mise en place de principes directeurs du règlement amiable comme il existe des principes régissant le procès contentieux. Au nombre de ceux-là figurent notamment le principe du contradictoire, le principe de neutralité, l'égalité des armes entre les parties, la transparence »¹³²⁸.

Ce cadre de règlement des litiges, réputé amiable, étonne. Qu'y a-t-il d'amiable dans une telle démarche, si ce n'est que les parties ne sont pas liées par l'avis rendu ? Toute cette évolution témoigne d'une conception très ambiguë des modes non juridictionnels des litiges en général. Leur appliquer des procédures formelles afin de protéger les parties de tout abus, revient à les dénaturer, car leur intérêt réside justement dans la possibilité qui leur est offerte

¹³²⁶ V. à titre d'exemple, E. COSTA, « La conciliation devant le juge administratif : l'exemple de la commission de règlement amiable de Seine-Saint-Denis », préc., p. 1840.

¹³²⁷ Recommandation Rec(2001)9 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, adoptée le 5 septembre 2001, § 73.

¹³²⁸ E. COSTA, « La conciliation devant le juge administratif : l'exemple de la commission de règlement amiable de Seine-Saint-Denis », préc., p. 1840.

de maîtriser l'issue du litige, en participant à la négociation, en se rapprochant, et non pas seulement en approuvant ou rejetant un avis rendu sur la base de l'état du droit en vigueur. Il s'agit, en principe, d'une autre façon de régler les litiges. Or, si le dialogue et le rapprochement des parties caractérisent les modes non juridictionnels des litiges, alors il faut admettre que les commissions de médiation-conciliation, telles qu'elles sont conçues aujourd'hui, les trahissent. Comme l'explique C. Jarrosson, « les principes du procès trouvent leur limite rationnelle dans le procès »¹³²⁹.

En l'état, nombre de commissions institutionnelles ou *ad hoc* donnent l'impression d'être destinées surtout à désencombrer les juridictions. Dans le cadre de litiges sériels, par exemple, elles feraient office de palliatifs à des saisines massives. C'était clairement la finalité attribuée à la commission de conciliation mise en place pour connaître des litiges consécutifs aux dommages causés par les travaux d'installation du tramway en Seine-Saint-Denis¹³³⁰. Et, sans doute est-ce parce que ces commissions sont envisagées comme des préalables à la saisine des juridictions que leur fonctionnement est reproduit sur le modèle juridictionnel. En leur déniaient tout intérêt propre, on finit effectivement par faire de ces commissions des sortes de répliques des juridictions. Les parties bénéficient d'une expertise juridique rapide et à moindre coût, assurée dans des conditions quasi-similaires à celles des juridictions étatiques¹³³¹. Quoi qu'il en soit, la problématique des garanties qui doivent bénéficier aux parties tandis qu'elles recourent à une médiation-conciliation, ne doit pas trouver de réponse dans la juridictionnalisation de ces procédures. C'est là une réponse aussi inappropriée que pernicieuse. D'autant plus regrettable qu'encore une fois, les principes du droit des contrats et de la transaction administrative remplissent amplement ce rôle.

¹³²⁹ C. JARROSSON, *Rev. Gén. Proc.*, 1999, p. 766.

¹³³⁰ « L'effectivité de la commission de règlement amiable ne pourra se mesurer qu'à l'aune du nombre de recours contentieux évités [...], expliquait E. Costa à propos de la commission mise en place en Seine-Saint-Denis. E. COSTA, « La conciliation devant le juge administratif : l'exemple de la commission de règlement amiable de Seine-Saint-Denis », préc., p. 1840.

¹³³¹ Il faut ajouter que si ces commissions permettent effectivement de désencombrer les juridictions étatiques, leur coût pour les finances publiques n'est pas négligeable pour autant. V. sur ce point, B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés : contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945*, préc., p. 729.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

Mesurer l'efficacité de la transaction administrative ne saurait se passer d'une analyse du cadre dans lequel elle est supposée intervenir. Alors même que celui-ci ne lui est guère favorable, le procédé transactionnel a progressé. Son plein essor est toutefois compromis par divers éléments, de nature différente, mais tous plus ou moins liés : la primauté du juge dans la résolution des litiges, la méconnaissance de la transaction elle-même et sa mise en œuvre parfois délicate.

La transaction constitue bien une « autre »¹³³² manière de régler les litiges. Elle est le fruit d'un rapprochement, d'un dialogue entre les parties. Pour elles, il s'agit en principe d'aller au-delà du litige, comme le signifie l'origine latine du mot transiger. Au Moyen Age, le rituel du vinage venait sceller la réconciliation des parties. Or, le système juridique français peine à concevoir, du moins à faire de la place à d'autres modes de règlement des litiges que le mode juridictionnel, car il est tout imprégné de l'idée que la résolution des litiges est une affaire d'Etat. C'est ainsi que l'Etat moderne s'est construit. Les rois se sont saisis de la résolution des litiges pour asseoir leur souveraineté et maintenir la paix intérieure. Cela supposait alors d'imposer leur justice et de contrôler et marginaliser cette autre forme de justice qu'est la justice privée, à laquelle peut s'assimiler le procédé transactionnel. La Révolution, tout en exaltant les modes amiables de règlement des litiges, a achevé la centralisation de la justice. Si bien qu'aujourd'hui, dans l'imaginaire collectif, le juge étatique est seul en mesure de valablement résoudre les litiges. Le juge recherche la vérité et rend justice en appliquant la loi. L'attachement à la justice, synonyme de vérité et procès, est tel que la transaction, mode négocié de résolution des litiges peine à se développer davantage.

Méconnaissance et méfiance à l'égard du procédé transactionnel sont les corollaires de la primauté historique du juge étatique. Elles sont encore accentuées par le contexte actuel de restriction budgétaire. Là où le développement du procédé transactionnel nécessiterait de renforcer l'assistance et le conseil aux collectivités, les différentes politiques publiques les restreignent. Pour toutes ces raisons, les personnes publiques comme les personnes privées préféreront bien souvent s'en remettre au juge étatique pour le règlement de leur litige.

Du reste, cet attachement au modèle juridictionnel dans le système juridique français est patent, puisque les règles d'organisation et de fonctionnement des instances de médiation-

¹³³² Régler autrement les conflits, préc.

conciliation tendent à se calquer sur celles des juridictions. Le cadre est discutable, en ce qu'il trahit l'esprit transactionnel, mais il fonctionne : les parties sont rassurées et des transactions effectivement conclues. Cela participe en outre au désencombrement des juridictions. C'est ainsi, qu'en France, se pratique bien souvent le procédé transactionnel redécouvert sous l'influence du droit anglo-saxon. S'il progresse, il demeure néanmoins limité par son champ d'intervention.

CHAPITRE II

LES ENTRAVES JURIDIQUES

Le mouvement contractualiste, l'importance de la littérature juridique consacrée à la transaction administrative et l'accroissement de la fréquence à laquelle il y est fait recours ne doivent pas faire oublier que le mode de règlement des litiges qu'est la transaction administrative est par nature nécessairement limité. Il n'est guère concevable qu'un acte contractuel, qui plus est impliquant des personnes publiques, puisse se généraliser au règlement de tous les litiges.

Le droit français n'a pas pleinement consacré la théorie de l'autonomie de la volonté, selon laquelle « les individus peuvent par leurs volontés se donner leur propre loi »¹³³³, si bien que la liberté contractuelle est la liberté de contracter dans la limite de la loi, de ce qui n'est pas interdit. Par les articles 6, 1108 et 1128, le Code civil a prévu lui-même ces limites. La formule de MM. Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck est particulièrement éclairante : « la liberté contractuelle est surtout la connaissance de ses limites : l'abus de droit, l'ordre public et les bonnes mœurs »¹³³⁴. Limites qui n'empêchent d'ailleurs pas une protection constitutionnelle de la liberté contractuelle¹³³⁵.

A l'instar des contrats des personnes privées, ces limitations à la liberté contractuelle s'imposent aux actes des personnes publiques. Compte tenu de la nature des missions qui leur sont assignées et des pouvoirs qui leur sont accordés pour ce faire, ces restrictions sont plus importantes encore les concernant. En effet, parce qu'elles sont supposées agir pour l'intérêt général et disposent de prérogatives de puissance publique, les personnes publiques ne peuvent user du contrat dans des conditions identiques à celles des personnes privées, même pour leurs contrats de droit privé. Le champ d'intervention des contrats et leur contenu sont

¹³³³ F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, préc., n° 21.

¹³³⁴ P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, préc., n° 455.

¹³³⁵ CC, 10 juin 1998, *Rec.*, p. 258, *AJDA* 1998, p. 540 ; CC, 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, *RFDA* 2006, p. 1163, note R. de Bellescize, *RDV* 2007, p. 845, note Y. Gadhoun. V. plus généralement sur la liberté contractuelle des personnes privées, P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, préc., p. 219, et s'agissant de celle des personnes publiques, L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, préc., n° 222.

particulièrement encadrés. « L'analyse du régime de formation des contrats publics montre bien que la liberté contractuelle des personnes publiques est limitée tant dans la passation des contrats administratifs que dans celle des contrats de droit privé », signale L. Marcus¹³³⁶.

La transaction administrative, contrat administratif, mettant le plus souvent en cause des personnes publiques¹³³⁷, n'échappe pas à ces restrictions. A l'évidence, tandis qu'elles transigent, les personnes publiques souffrent de restrictions plus importantes que les personnes privées. Comme le signifie G. Chavrier, « L'admission du procédé transactionnel dans un pays à forte tradition de légalité objective ne peut aller de soi [...] »¹³³⁸. C'est là une entrave irréductible à un développement plus important encore de cet outil. Aussi le bilan de ce procédé n'a-t-il rien de déshonorant : il progresse dans les limites que lui impose l'ordre juridique français, et plus précisément l'ordre public. Ces limites se manifestent tout à la fois quant au champ et au contenu des transactions. En effet, les litiges auxquels sont parties les personnes publiques sont bien souvent indisponibles (Section I), et le champ de concessions réciproques peut être restreint (Section II).

SECTION I. LES RESTRICTIONS DANS LE CHAMP DES LITIGES OUVERTS A LA TRANSACTION ADMINISTRATIVE

De la même façon qu'en droit privé, le vieux rêve consistant à assigner à ce contrat des domaines dans lesquels il pourrait prospérer sans entrave, et d'autres dans lesquels il serait prohibé, apparaît comme une chimère, une idée trop simple pour être exacte¹³³⁹, il serait vain en droit administratif de chercher à établir une liste précise des litiges susceptibles d'être réglés par une transaction et ceux qui ne le sont pas. Ce qui importe, c'est d'identifier les caractéristiques des litiges ouverts à la transaction administrative et de ceux qui lui sont fermés ; les caractéristiques de ce qui relève de l'ordre négociable ou non. En l'occurrence,

¹³³⁶ L. MARCUS, *L'unité des contrats publics*, préc., n° 145.

¹³³⁷ Le critère de qualification des contrats transactionnels repose sur la nature des litiges, puisqu'on sait qu'une transaction réglant un litige qui aurait relevé de la compétence du juge administratif est ainsi qualifiée de transaction administrative. Néanmoins, de la même façon que la plupart des litiges soumis au juge administratif impliquent une personne publique au moins, la plupart des transactions qualifiées d'administratives mettent en cause une personne publique au moins. V. sur ces différents points, p. 100 et s.

¹³³⁸ G. CHAVRIER, « Quelques réflexions à propos de la transaction administrative », préc., p. 556.

¹³³⁹ W. DROSS, « Ordre public et transaction », in *La transaction dans toutes ses dimensions*, préc., p. 63.

les restrictions qu'imposent l'ordre public (§I) sont loin d'être négligeables comme le montre un bilan quantitatif du champ de la transaction (§II).

§I. LES RESTRICTIONS DE L'ORDRE PUBLIC

Les seules restrictions à la liberté de transiger en droit administratif sont celles qu'exige l'ordre public (A). Il apparaît, en outre, qu'elles se présentent dans les mêmes conditions que pour tout autre contrat conclu par une personne publique l'objet de la transaction administrative ne semblant pas appeler de traitement juridique particulier (B).

A. Les seules restrictions de l'ordre public

S'interroger sur le champ de la transaction administrative revient à s'interroger sur l'élément litigieux. On sait qu'une transaction administrative est un contrat ayant pour objet de mettre fin à un litige et comportant des concessions réciproques. Mais tous les litiges ne se prêtent pas à un tel acte.

Une précision s'impose à cet égard. Il convient de distinguer, parmi tous les éléments de nature à entraver le développement de la transaction administrative, ceux qui sont inhérents à la définition même de la transaction de ceux qui résultent de considérations et impératifs extérieurs. Les premières bornent, délimitent, circonscrivent cet outil, quand les secondes en restreignent véritablement les occurrences. Ainsi, certaines caractéristiques que doit présenter la situation prétransactionnelle contribuent à définir la notion de transaction administrative et ce faisant son champ d'intervention. Il y a là une limitation, mais non une restriction¹³⁴⁰, qui tient à l'objet de la transaction administrative.

Seules les transactions réglant un litige administratif, c'est-à-dire un litige qui aurait relevé de la compétence du juge administratif, reçoivent la qualification de transactions administratives. Il s'agit là d'un premier élément de définition et donc de délimitation. Un second résulte de l'interdiction faite aux personnes publiques de payer une somme qu'elles ne doivent pas, qui a pour effet d'aligner la possibilité de transiger sur les conditions de saisine des tribunaux. On sait que le contenu des transactions des personnes publiques — ce qui peut

¹³⁴⁰ Le terme latin *definitio*, dont procède le terme définition, se définit aussi par le terme de borne, de démarcation. Mais l'action de borner ne signifie pas restreindre, amoindrir. V. F. GAFFIOT, *Dictionnaire latin-français*, préc.

être accordé aux termes des transactions — est déterminé en référence à l'état du droit, les textes et la jurisprudence donc : ce qui est concédé doit être très largement conforme à ce que les tribunaux ont jugé dans des circonstances similaires. Les obligations naturelles et l'équité ne sont prises en compte que pour autant qu'elles le sont dans les décisions de justice¹³⁴¹. Certes, c'est l'excès qu'interdit le principe posé par l'arrêt *Mergui*, laissant donc une certaine marge de manœuvre aux parties. Il n'en reste pas moins qu'il est loisible d'en conclure que les indemnités transactionnellement accordées à l'occasion d'un litige qui n'aurait pu être porté devant la juridiction administrative constituent des sommes que les intéressés ne doivent pas. Il en résulte que seuls les litiges pour lesquels une requête serait encore recevable devant le juge étatique au regard des délais contentieux, sont susceptibles d'être résolus par ce contrat¹³⁴². Mais là non plus, on ne saurait y voir une restriction au champ de la transaction.

Il est pourtant une véritable restriction : elle réside dans l'ordre public. Celui-ci s'impose à l'acte contractuel qu'est la transaction administrative. La contrainte est ici extérieure à l'acte lui-même et en conditionne sa validité. L'ordre public limite le recours à la transaction administrative, quand les exigences tenant au caractère administratif des litiges et à l'existence d'une action en justice relèvent de sa définition. Cette détermination faite, tous les litiges administratifs pour lesquels une action en justice est ouverte ne sont cependant pas en mesure de donner lieu à un règlement transactionnel. Il est des litiges pour la résolution desquels l'ordre public exclut toute négociation. L'issue de ces litiges n'est pas laissée à la libre disposition des parties.

L'article 6 du Code civil interdit de « déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». La difficulté est alors d'identifier quelles restrictions impose l'ordre public dans le champ de la transaction administrative. D'autant que comme le signifie régulièrement la doctrine, l'ordre public est plus dense à l'égard des personnes publiques¹³⁴³. Quelques précisions s'imposent à propos de la définition de l'ordre public.

Il convient tout d'abord de signaler qu'aussi insaisissable qu'elle soit, cette notion a fait l'objet, dans toutes les branches du droit, d'études nombreuses et renouvelées : en droit

¹³⁴¹ Sur tous ces éléments, v. *supra*, p. 150 et s.

¹³⁴² V. sur ce point, p. 74 et s.

¹³⁴³ V. notamment, D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, préc., n° 243, et B. PLESSIX, « Transaction et droit administratif », in *La transaction dans toutes ses dimensions*, préc., p. 139.

civil¹³⁴⁴, en droit international¹³⁴⁵, en droit administratif¹³⁴⁶. Mais, fondamentale et omniprésente en droit, la notion d'ordre public est aussi d'une grande complexité. Ses sources sont nombreuses¹³⁴⁷, ses aspects divers et ses circonstances d'invocation multiples. Elle rappelle à cet égard « le cercle de Pascal, dont le centre est partout et la circonférence nulle part »¹³⁴⁸. Elle fait souvent figure de notion « fourre-tout », sans homogénéité, ni rigueur, impression encore renforcée par le fait que bien souvent, les juristes y ont recours pour se défaire de situations embarrassantes. C'est que, fondamentale, mais aussi évolutive, contingente, elle ne semble se définir que par ses composantes. Aucune définition ne suffit à rendre compte de la notion d'ordre public, tant son contenu est indéterminé, malléable et pluriel, éclaté et relatif.

Il n'y a de définition stable et absolue de l'ordre public, mais des éléments multiples qui le composent. Véritablement, il se définit par ses composantes, qui évoluent avec les enjeux sociaux, et se superposent et complètent. A côté d'un ordre public dit « classique » ont ensuite été dégagés un ordre public de direction et un ordre public de protection : « L'ordre public comprend désormais, outre l'ordre public classique qui protège les institutions sociales de base comme l'organisation de l'Etat, la famille, etc., un ordre public économique et social de direction et de protection. Les droits de la concurrence et de la consommation sont un vivier de ces nouvelles règles d'ordre public », explique L. Marcus¹³⁴⁹. A. Le Pommelec observe aussi que « l'ordre public est protéiforme et son domaine d'application ne cesse de s'accroître sous des dénominations diverses : politique, familial, social, écologique, etc. Il s'agit d'imposer des règles strictes, d'interdire des stipulations contractuelles, d'organiser le

¹³⁴⁴ *Ibid.* W. LIENHARD, *Le rôle et la valeur de l'ordre public en droit privé interne et en droit privé international*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1934 ; A. SIMON, *L'ordre public en droit privé*, Rennes, Impr. Réunies, 1941 ; P. MALAURIE, *Les contrats contraires à l'ordre public. Etude de droit civil comparé français : France, Angleterre, URSS*, Reims, Matot-Braine, 1953 ; T. REVET (coord.), *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 1996 ; N. MEYER, *L'ordre public en droit du travail : contribution à l'étude de l'ordre public en droit privé*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 461, 2006.

¹³⁴⁵ P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 15, 1959 ; J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 309, 1999 ; F. CADET, *L'ordre public en droit international de la famille : étude comparée France-Espagne*, Paris, L'Harmattan, 2005.

¹³⁴⁶ P. BERNARD, *La notion d'ordre public en droit administratif*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 42, 1962 ; M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics, ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit et justice, 2001 ; B. SIBRA, *Recherche sur l'ordre public en droit administratif français*, thèse Toulouse I, 2001 ; C.-A. DUBREUIL (dir.), *L'ordre public : actes du colloque, 15 & 16 décembre 2011*, Paris, Ed. Cujas, coll. Actes et Etudes, 2013.

¹³⁴⁷ Il y a ce que l'on appelle l'ordre public textuel et l'ordre public virtuel, des règles législatives et réglementaires et des principes non écrits. V. sur ce point, F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, préc., n° 375.

¹³⁴⁸ P. BERNARD, *La notion d'ordre public en droit administratif*, préc., p. 76.

¹³⁴⁹ L. Marcus poursuit à propos de ces deux « viviers de nouvelles règles d'ordre public », en indiquant que « Le premier qui vise à garantir la liberté et l'égalité de la concurrence des agents économiques leur interdit d'abuser de leur position dominante dans le cadre de leurs contrats. Le second qui protège les consommateurs placés en situation de faiblesse économique prohibe les clauses contractuelles abusives qui sont réputées non écrites », L. MARCUS, *L'unité des contrats publics*, préc., n° 148.

contenu du contrat, de protéger de manière sélective certains contractants, d'imposer ce qui "est possible, disponible, régulier, valable, etc." »¹³⁵⁰.

L'élément de définition le plus remarquable de la notion d'ordre public réside certainement dans le fait qu'elle tend à la préservation des intérêts et des valeurs les plus essentiels de la société. En cela, elle présente une dimension conservatrice évidente.

Elle travaille au maintien d'un certain ordre, du bon ordre plus exactement, et renvoie ainsi aux piliers de la société : « aux bases de l'Etat », à « la stabilité politique », « à la bonne marche de l'Etat », c'est-à-dire « la sauvegarde de [son] intégrité et [la défense d']un minimum d'organisation étatique, moins en tant que régime politique déterminé que comme facteur de stabilité et de paix », et au « bon fonctionnement des institutions »¹³⁵¹. La sauvegarde du régime politique et de la forme républicaine du gouvernement, la sûreté intérieure et extérieure de l'Etat, le fonctionnement des services publics, la régularité des élections, la justesse de la fiscalité, le maintien d'une armée, matières intrinsèques et fondamentales à l'Etat en forment le socle¹³⁵². Pour assurer l'harmonie et la paix sociale, l'Etat devra aussi veiller au respect des libertés et du principe de légalité¹³⁵³.

In fine, on peut conclure avec MM. Terré, Simler et Lequette, que « l'ordre public [interne] repose sur une hiérarchie de valeurs. Il atteste que, dans un système juridique, il existe un ordre de valeurs, supérieur qui est placé hors des atteintes des conventions particulières »¹³⁵⁴. Et d'ajouter que l'ordre public « est le rocher sur lequel se construit la société »¹³⁵⁵. Rocher, par ailleurs accepté par la collectivité¹³⁵⁶.

La difficulté vient de ce que tous ces intérêts et valeurs fondamentaux ne sont pas figés dans le temps, mais susceptibles d'évoluer d'une époque à une autre. Ainsi, l'ordre public de l'Etat-gendarme du XIX^e siècle n'est plus le même au début du XXI^e siècle. Ce constat n'empêche pas une certaine stabilité des composantes de l'ordre public : l'ordre public classique demeure, mû par les considérations évoquées. Il s'est par ailleurs enrichi d'un ordre

¹³⁵⁰ A. LE POMMELEC, « La signification de l'ordre public en droit des obligations », in *L'ordre public*, préc., p. 80.

¹³⁵¹ *Ibid*, p. 70.

¹³⁵² *Ibid*, p. 70-73.

¹³⁵³ P. BERNARD, *La notion d'ordre public en droit administratif*, préc., pp. 73-74.

¹³⁵⁴ F. TERRE, P. SIMLER, T. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, préc., n° 3713.

¹³⁵⁵ *Ibid*.

¹³⁵⁶ « L'ordre public suppose le consentement des citoyens [...]. La notion d'ordre public serait le reflet juridique d'un idéal admis par la collectivité : elle correspond aux exigences des consciences des citoyens et aussi de la conscience sociale. Un idéal fait de pratiques, de croyances, de coutumes, et accepté par tous les citoyens vivant à une époque donnée dans tel pays soumis à tel régime politique. Cet idéal est sous-jacent et son domaine est normalement celui de la conscience individuelle », P. BERNARD, *La notion d'ordre public en droit administratif*, préc., p. 258.

public qualifié de « nouveau », qui n'a plus seulement une portée négative, impliquant des interdictions pour la protection des piliers de la société traditionnelle, mais aussi une portée positive, en imposant des obligations destinées à protéger les individus contre les agissements des autres et préserver l'égalité des parties.

Le « rocher » connaît ainsi des changements. Tandis que certains éléments en constituent le noyau incompressible, d'autres viennent s'y agréger avec plus ou moins de pérennité et plus ou moins de force. Aujourd'hui, on distingue en droit privé, ce qui relève de l'ordre public de direction¹³⁵⁷, dont la violation est sanctionnée par la nullité absolue, et l'ordre public de protection¹³⁵⁸, sanctionné, lui, par la nullité relative. Sur ce point, le droit administratif diverge du droit privé, puisqu'il ne retient pas une telle distinction. Divergence qui ne signifie en aucune façon que toutes les atteintes portées à l'ordre public soient également sanctionnées en cette branche du droit. Comme le signale L. Janicot à propos du droit des contrats administratifs : « l'ordre public cesse d'être systématiquement sanctionné »¹³⁵⁹. Il est vrai que l'arrêt *Commune de Béziers* est venu ajouter aux divergences entre les conceptions civiliste et administrativiste de l'ordre public, un éclatement au sein des règles d'ordre public traditionnellement sanctionnées en droit administratif. Certes, explique encore L. Janicot, « le domaine de l'ordre public demeure inchangé. Mais la violation d'une règle d'ordre public ne peut plus être invoquée systématiquement par tout requérant, et si elle peut l'être, elle n'implique plus nécessairement l'annulation effective du contrat »¹³⁶⁰. « A la nullité systématique du contrat est donc préférée une gamme de sanctions différentes, voire pas de sanction du tout »¹³⁶¹.

Ces quelques rappels montrent combien la notion d'ordre public est aussi fondamentale qu'insaisissable. Ses implications sont multiples et importantes, particulièrement pour le droit des contrats des personnes publiques.

En effet, le véritable point de rupture, s'agissant de l'ordre public, ne réside pas dans la distinction entre le droit civil et le droit administratif, mais dans la qualité des personnes intéressées, privées ou publiques. Cette différence de nature rend inévitables des variations

¹³⁵⁷ L'ordre public de direction ne vise pas à protéger une catégorie de personnes, mais « à imposer une certaine conception de l'intérêt général, de l'utilité publique », explique J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, t. II, Paris, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 2172.

¹³⁵⁸ L'ordre public de protection est celui qui « vise à la protection de contractants se trouvant dans une position d'infériorité telle que l'exercice de leur volonté ne garantit plus une justice contractuelle », J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, t. II, préc., n° 2166.

¹³⁵⁹ L. JANICOT, « Ordre public et contrat administratif », in *L'ordre public*, préc., p. 64.

¹³⁶⁰ *Ibid.*

¹³⁶¹ CE, 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc.

dans le champ et dans l'intensité des règles d'ordre public applicables. Calquer l'éclatement des règles d'ordre public sur la division des branches du droit serait une analyse insuffisante. Il tient pour beaucoup à la qualité des personnes en cause. Ainsi, une personne publique qui conclut un contrat de droit privé, soumis à ce titre au droit privé, ne sera pas pour autant soustraite aux règles d'ordre public qui s'imposent à elle, comme les règles de compétence. La nature de l'activité et des pouvoirs mis en œuvre lors d'une opération particulière déclenche l'application du droit privé ou du droit administratif, quand la qualité des personnes en cause détermine l'application et la nature des règles d'ordre public. Plus exactement, l'ordre public est tout autant attaché à la nature de l'activité et des pouvoirs en cause qu'à la qualité de l'entité juridique concernée. C'est du reste pourquoi L. Marcus conclut à l'existence d'« un régime propre aux contrats publics », c'est-à-dire aux contrats de l'administration : « un certain nombre des règles de formation des contrats administratifs sont communes aux contrats de l'administration car elles tiennent à la présence d'une personne publique comme partie au contrat et non au but ni au contenu de celui-ci », explique-t-elle¹³⁶². C'est le cas des règles de compétence et d'un certain nombre de principes qui encadrent l'objet du contrat et ses clauses, à l'instar du principe de spécialité ou l'interdiction de consentir des libéralités. Manifestement, l'ordre public limite la liberté contractuelle des personnes publiques, aussi bien lors de la passation des contrats administratifs que des contrats de droit privé.

Or, il semble bien que les règles d'ordre public soient plus étendues et plus contraignantes à l'égard des personnes publiques. « L'aspect de la notion varie selon que l'ordre public est utilisé en droit privé et en droit public [...] »¹³⁶³. Si les personnes privées sont aussi soumises au respect des règles et exigences supérieures qui constituent l'ordre public, il reste qu'elles sont moins susceptibles de les rencontrer lors de leurs activités. Les activités privées sont censées moins heurter l'ordre public que les activités visant à satisfaire l'intérêt général. Dans la mesure où les personnes publiques n'ont de raison d'être que dans la satisfaction de l'intérêt général, l'ordre public ne peut qu'être plus présent dans leurs activités.

Les rapports entretenus par les notions d'ordre public et d'intérêt général sont particuliers. Les interactions entre elles, bien que différentes, sont assez fortes. Leur substance et leur finalité diffèrent. Dans sa thèse, P. Bernard rappelle que, quand « l'intérêt général

¹³⁶² L. MARCUS, *L'unité des contrats publics*, préc., n° 144.

¹³⁶³ P. BERNARD, *La notion d'ordre public en droit administratif*, préc., p. 276.

recouvre toutes les activités publiques sans distinction, [et] est le but permanent de tout acte administratif », « l'ordre public implique un certain régime caractéristique conditionné par la survenance de certaines circonstances »¹³⁶⁴. Pour autant, ces deux notions permettent de se définir l'une et l'autre. Il se trouve que l'ordre public constitue une catégorie de l'intérêt général. Si des menaces existent à l'égard de l'ordre public, il sera d'intérêt général que de travailler à maintenir l'ordre¹³⁶⁵. Quant à la notion d'intérêt général, elle éclaire à son tour la notion d'ordre public. En effet, « l'ordre public doit réaliser la suprématie de l'intérêt général, en faisant prévaloir, selon les cas, l'intérêt de la collectivité publique, de l'Etat, ou l'intérêt du groupe le plus nombreux, ou l'intérêt du groupe qui possède la plus éminente dignité »¹³⁶⁶. Tous deux constituent à la fois le frein et le principe actif de l'action des personnes publiques. Si l'un vise l'intérêt du plus grand nombre, l'autre envisage la sauvegarde des principes fondamentaux de l'Etat et de la société. Des chevauchements et recoupements sont inévitables.

Il est alors assez naturel que les personnes publiques, mises en place pour répondre à l'intérêt général, soient confrontées plus fréquemment dans leurs actions à l'ordre public que les personnes privées, ne serait-ce que parce qu'encore une fois assurer le maintien de l'ordre public est une activité d'intérêt général.

Aussi, l'ordre public ne peut-il être que plus contraignant pour les personnes publiques que pour les personnes privées. Le cas particulier de l'ordre public contractuel ne fait pas exception à cette observation générale. C'est d'ailleurs ce qu'explique D. Pouyaud dans sa thèse : « Certains éléments d'ordre public sont communs à tous les contrats en droit français, quelle que soit leur nature, mais des nuances apparaissent lorsqu'on veut les préciser car la présence de la personne publique influence leurs modalités d'application »¹³⁶⁷. L'auteur poursuit, « il existe tout un ensemble de principes qui ne sont pas susceptibles de limiter la liberté [contractuelle] des particuliers et qui s'imposent à la seule administration »¹³⁶⁸. Si elle conclut à une « originalité de l'ordre public en droit administratif »¹³⁶⁹, cette originalité est le fait de tous les contrats de l'administration qu'ils soient administratifs ou de droit privé. A l'évidence, la liberté contractuelle dont bénéficient les personnes publiques ne saurait

¹³⁶⁴ *Ibid*, p. 263.

¹³⁶⁵ *Ibid*, p. 264.

¹³⁶⁶ *Ibid*.

¹³⁶⁷ D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, préc., n° 244.

¹³⁶⁸ *Ibid*.

¹³⁶⁹ *Ibid*.

s'exercer dans les mêmes conditions que celle des personnes privées. La question est alors de déterminer ce qu'il en est du contrat particulier qu'est la transaction administrative.

B. La soumission de la transaction administrative aux restrictions de l'ordre public

Tous les litiges administratifs ne sauraient être réglés par la voie d'une transaction. Comme le supposait P. Yolka, l'ordre public compromet le développement de la transaction administrative : « le particularisme des litiges administratifs explique aussi certaines difficultés [d'implantation de la transaction administrative], car la poursuite de l'intérêt général attachée à la présence d'une personne publique [...] densifie le tissu des règles d'ordre public, ces dernières creusent autant de chausse-trappes »¹³⁷⁰.

En l'occurrence, ces chausse-trappes ne sont pas propres à la transaction administrative et prévalent pour tout contrat. La résolution des litiges, objet de la transaction administrative, ne justifie ni assouplissement ni durcissement des restrictions au champ du procédé contractuel en raison de l'ordre public. La solution bien établie est susceptible d'évoluer sur certains points. Dès lors, il importe d'étudier l'incidence de l'ordre public sur le recours aux contrats administratifs en général (a), puis sur la transaction administrative (b).

a. Les restrictions de l'ordre public à l'égard des contrats administratifs

La doctrine identifie traditionnellement deux types d'incompatibilité entre le contrat et l'ordre public : il est des matières soustraites au contrat du fait de leur nature même et d'autres, par les textes¹³⁷¹. « Même si aucun texte n'est violé, le recours au contrat peut être en lui-même illégal. Il existe des matières réfractaires par nature au contrat »¹³⁷². La difficulté vient de ce qu'il n'existe pas de liste de ces matières exclues du contrat en raison de leur nature. En outre, cette classification présente quelques limites, dans la mesure où bien souvent, les textes ne font que déclarer une incompatibilité de nature entre un domaine concerné et le procédé contractuel. Dès lors, il convient de considérer davantage les matières

¹³⁷⁰ P. YOLKA, *Traité de droit administratif*, t. II, préc., p. 587.

¹³⁷¹ C'est la classification que retiennent A. DE LAUBADERE, F. MODERNE, P. DELVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, t. I, Paris, LGDJ, 2^e éd., 1983, p. 44 et s., et D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, préc., n° 246 et s. Il sera donc surtout fait référence à ces auteurs. Leurs analyses sont particulièrement claires et approfondies sur ces problématiques.

¹³⁷² D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, préc., n° 246.

auxquelles se rattachent ces exclusions que leur fondement, eu égard surtout à ce qui peut intéresser la transaction administrative. Il faut alors retenir les exclusions qui ont trait à l'exercice de la justice et la sauvegarde de la légalité, ainsi qu'à l'action de l'administration¹³⁷³.

Le premier grand ensemble de domaines exclusifs du contrat concerne la justice et la sauvegarde de la légalité. La séparation des pouvoirs et l'indépendance des juridictions rendent indisponibles les règles de fonctionnement de la justice. Sont ainsi interdites, pour les particuliers, comme pour les personnes publiques, les conventions relatives à l'aménagement des compétences des juridictions, des pouvoirs du juge et des voies de recours.

Les règles relatives à la compétence des juridictions sont d'ordre public et ne souffrent aucune dérogation conventionnelle, qu'il s'agisse de la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction ou des règles de compétence au sein même de la juridiction administrative. Les parties à un contrat n'ont pas la libre disposition des règles qui s'appliquent en la matière. L'ordre public y fait obstacle¹³⁷⁴.

Les parties ne sont pas non plus en mesure de modifier les pouvoirs du juge, ni pour les accroître, ni pour les diminuer. « L'autonomie du juge administratif, son rôle dans la délimitation de ses propres pouvoirs s'opposent à toute modification conventionnelle de ses prérogatives. Elles échappent à l'emprise des contractants [...] »¹³⁷⁵.

Enfin, les parties pourraient être tentées de s'accorder pour renoncer à porter leur litige devant le juge étatique, soit en recourant à la justice arbitrale, soit tout bonnement en renonçant à la résolution du litige. La question est plus délicate encore s'agissant des litiges qui impliquent une personne publique. Il s'agit, comme l'expliquait F. Gazier dans ses conclusions sur l'arrêt *Société nationale de vente de surplus*, d'éviter que « les personnes publiques ne manifestent une fâcheuse désaffection vis-à-vis de la justice d'Etat et en même temps négligent, dans la défense des intérêts publics qu'elles ont en charge, les garanties que

¹³⁷³ Dans sa thèse, D. Pouyaud identifie plusieurs grands domaines exclus du procédé contractuel en raison de l'ordre public. Nul besoin de les évoquer tous dans la mesure où, pour certains la question d'une transaction n'a pas lieu de se présenter. D. Pouyaud évoque, par exemple, au titre des exclusions d'ordre public ce qui a trait à la fiscalité – D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, préc., n° 286 et s. On sait que les litiges fiscaux ne peuvent faire l'objet d'une transaction administrative. Ceci résulte non pas tant de l'indisponibilité de ces litiges que de la définition de la transaction administrative, qui règle des litiges qui auraient relevé de la compétence du juge administratif sous réserve de dispositifs spéciaux à l'instar de la transaction fiscale. Il importe donc ici de ne considérer que les litiges susceptibles de relever du champ de la transaction administrative, mais exclus en raison de l'ordre public.

¹³⁷⁴ Dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, quelques dérogations ont cependant été admises. V. sur ce point, D. POUYAUD, *La nullité dans les contrats administratifs*, préc., n° 268 et 269. Sur le caractère d'ordre public des règles de compétence, et plus généralement sur les règles de compétence des juridictions administratives et au sein de la juridiction administrative, v. R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, préc., respectivement, n° 280 et s., 290 et s. et 323 et s.

¹³⁷⁵ *Ibid*, n° 274.

seule cette justice comporte »¹³⁷⁶. On sait que, pour les personnes publiques, le recours à la justice arbitrale n'est loisible que dans des hypothèses limitées¹³⁷⁷.

Quant à la renonciation conventionnelle à exercer un recours en justice, elle n'est guère concevable que dans des hypothèses, elles aussi, limitées. Elle n'est, tout d'abord, possible que relativement à un droit déjà né, dans la mesure où renoncer pour l'avenir à un droit non encore né est illicite. De même, s'agissant du contentieux objectif, et plus précisément de la renonciation à exercer un recours en excès de pouvoir, une telle renonciation n'est traditionnellement pas envisageable. Parce qu'il travaille à la sauvegarde de la légalité, le recours en excès de pouvoir est, en principe, exclu du champ de ce qui est concédable. La question est plus complexe concernant la renonciation par les parties à exercer un recours dirigé contre un contrat, qui, s'il constitue un recours de pleine juridiction, présente une parenté de causes et de régime avec un recours objectif. Que penser de l'accord aux termes duquel des parties à un contrat, qu'elles savent irrégulier, s'engagent à ne pas le dénoncer en justice ? Un tel engagement pourrait-il être regardé comme licite et partant, lier le juge étatique ? Si de telles renonciations sont plutôt rares, la question mérite d'être posée. Par l'arrêt *Société d'entreprise générale et de travaux publics*, le Conseil d'Etat a jugé que « les questions relatives à la compétence des autorités habilitées à passer des contrats au nom des collectivités publiques sont d'ordre public et ne peuvent faire l'objet de convention entre les parties »¹³⁷⁸. Ainsi, « concernant la renonciation à invoquer la nullité stipulée dans le contrat lui-même, sa licéité n'est pas subordonnée à tel ou tel motif de nullité, et toute clause privant le cocontractant du droit de l'invoquer serait inopérante et ne ferait pas obstacle à ce qu'il saisisse le juge aux fins de lui faire constater la nullité »¹³⁷⁹. En effet, la défense de la légalité ne peut, en principe, faire l'objet de renonciation conventionnelle.

Si, en revanche, le recours auquel il est renoncé est fondé sur la violation de droits subjectifs, la question se présente en termes différents. Est-il, par exemple, loisible pour une partie à un contrat de mettre en cause la responsabilité de son cocontractant ? L'existence de la transaction administrative montre que c'est effectivement le cas. La renonciation doit alors s'accompagner de contreparties. En l'absence de concessions réciproques, l'acte n'en existerait pas moins ; il s'agirait alors d'une renonciation unilatérale, à la légalité plus que douteuse. Comment, en effet, admettre qu'une ou des parties renoncent à leurs garanties

¹³⁷⁶ F. GAZIER, concl. sur CE, 13 décembre 1957, *Société nationale de vente de surplus*, D. 1958, p. 157.

¹³⁷⁷ Sur ce point, v. introduction, p. 9.

¹³⁷⁸ CE, 13 juillet 1961, *Société d'entreprise générale et de travaux publics*, concl. Nicolaÿ, AJ 1961, p. 548, RDP 1962, p. 535, note M. Waline.

¹³⁷⁹ D. POUYAUD, *La nullité dans les contrats administratifs*, préc., n° 252.

juridictionnelles sans contrepartie ? Sans doute y aurait-il ici un acte sans cause juridique licite, à moins qu'il puisse être sanctionné sur le terrain des vices du consentement, la violence, le dol et surtout l'erreur.

Le second grand ensemble se rapporte à l'action de l'administration, et plus précisément à ses missions et à ses moyens : la police et l'organisation des services publics, le statut des agents publics et les règles applicables aux biens de l'administration, etc.

Il convient tout d'abord de rappeler que les personnes publiques ne peuvent renoncer aux missions qui leur ont été confiées dans l'intérêt général. En effet, « il convient que la puissance publique définisse elle-même unilatéralement le contenu des situations juridiques, celles-ci ne pouvant sans inconvénient être "négociées", et d'autre part qu'elle puisse conserver le pouvoir de modifier ou de supprimer ces situations sans être liée par l'existence de droits acquis tels que ceux que fait naître le contrat »¹³⁸⁰. Pour la réalisation des missions d'intérêt collectif, les personnes publiques se voient confier des prérogatives exorbitantes du droit commun, dont elles n'ont pas la disposition. Elles ne peuvent ni se lier pour l'avenir, ni en transférer la disposition, en somme, y renoncer. Il y a là un principe fondamental du droit administratif, celui de l'indisponibilité des compétences des personnes publiques, compétences, qui lui ont été accordées pour l'exécution de missions d'intérêt collectif. Finalité particulière qui appelle donc un régime juridique différent. Alors que le principe de l'autonomie de la volonté applicable aux personnes privées commande qu'elles soient libres d'agir ou non, les personnes publiques sont tenues d'user de leurs privilèges, à tout le moins d'en conserver la disposition. En cela ces prérogatives sont constitutives de sujétions. Il ne s'agit pas de droits dont on dispose, mais d'obligations qui s'imposent. « Ces sujétions [...] sont la contrepartie directe de [la] supériorité [des personnes publiques] »¹³⁸¹. C'est ce que montre C. Blumann dans sa thèse : « le droit privé apparaît comme un système juridique à base de liberté individuelle se concrétisant dans la notion de droit subjectif laissé à la libre disposition des particuliers. En revanche, le droit public serait dominé par les concepts de prérogatives, privilèges, de sujétions, dont la notion de compétence serait en quelque sorte le lieu géométrique »¹³⁸².

¹³⁸⁰ A. DE LAUBADERE, F. MODERNE, P. DELVOLLE, *Traité des contrats administratifs*, t. I, préc., n° 26.

¹³⁸¹ D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, préc., n° 292. V. sur ce point, plus généralement, V. DUFAU, *Les sujétions exorbitantes du droit commun en droit administratif. L'administration sous la contrainte*, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2000.

¹³⁸² C. BLUMANN, *La renonciation en droit administratif français*, préc., n° 573.

Relativement à ces activités d'intérêt collectif, les personnes publiques sont tenues d'agir par la voie unilatérale, d'édicter des règlements et de prendre des décisions unilatérales. Les contrats sont interdits et le juge administratif prononcera l'annulation de ceux qui viendraient à être conclus. Classiquement, il est considéré que tombent sous le coup de cette prohibition les activités régaliennes, comme la défense, la police, la justice, l'état civil, la fiscalité, le droit de créer un service public¹³⁸³ et la délimitation du domaine public. Elles appartiennent aux seules personnes publiques et ne sauraient faire l'objet d'aucune renonciation unilatérale, ni d'aucun transfert de compétence, au profit d'une personne privée, comme de toute autre personne publique.

La police semble être réfractaire, sinon au procédé contractuel, du moins aux engagements contraires aux textes législatifs ou réglementaires la régissant. La doctrine évoque plusieurs fondements à l'incompatibilité, désormais ancienne, entre police et contrat¹³⁸⁴. Pour certains, la police serait « ontologiquement » incompatible avec le contrat, la personne publique ne pouvant être contrainte, en cette matière, par les droits acquis nés des obligations contractuelles¹³⁸⁵. Pour d'autres, cette incompatibilité résulte des textes en vigueur qui font de la police une compétence unilatérale de la personne publique¹³⁸⁶. Quoi qu'il en soit, « les tâches inhérentes à l'exercice de ses missions de souveraineté par l'Etat ne peuvent être déléguées par contrat », ainsi que celles qui concernent la police des étrangers, la surveillance des détenus ou les mesures de contrôle judiciaire¹³⁸⁷. « Plus généralement, en raison du principe d'indisponibilité des compétences dévolues aux collectivités publiques, "sont nulles ou en tout cas sans effet les conventions relatives à l'exercice d'un pouvoir de décision unilatéral" »¹³⁸⁸. Dès lors, il est interdit aux personnes publiques de transférer à un tiers le pouvoir de décision¹³⁸⁹, de s'engager sur la portée d'une décision à venir, ou de substituer le contrat à l'acte unilatéral, plus généralement¹³⁹⁰. Cette interdiction n'exclut cependant pas le contrat en matière d'opérations matérielles. A l'instar du secours en

¹³⁸³ « Il faut bien voir que ce qui échappe par là au contrat, c'est l'exercice de la compétence pour fixer l'organisation du service. Ce monopole n'exclut pas que l'administration puisse conclure des contrats à l'occasion de la création d'un service public et de l'attribution de la charge de le faire fonctionner, pourvu que ces contrats n'impliquent pas directement ou indirectement une renonciation au droit de réorganiser le service », expliquent A. DE LAUBADERE, F. MODERNE, P. DELVOLLE, *Traité des contrats administratifs*, t. I, préc., n° 28.

¹³⁸⁴ CE, 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary, Leb.*, p. 595 ; CE, 1^{er} avril 1994, *Commune de Menton, Leb.*, p. 176 ; CE, 29 décembre 1997, *Commune d'Ostricourt, JCP G* 1998, II, 10139, note X. Prétot.

¹³⁸⁵ J. MOREAU, « De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel », *AJDA* 1965, p. 3.

¹³⁸⁶ J. PETIT, « Nouvelles d'une antinomie : contrat et police », in *Les collectivités locales, Mélanges en l'honneur de J. Moreau*, Paris, Economica, 2003, p. 345.

¹³⁸⁷ Conformément à une jurisprudence concordante du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat, v. *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, préc., p. 181.

¹³⁸⁸ *Ibid.*

¹³⁸⁹ CE, 29 décembre 1997, *Commune d'Ostricourt*, préc.

¹³⁹⁰ V. sur ce point, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, préc., p. 177.

montagne, celles-ci peuvent faire l'objet d'une délégation¹³⁹¹. La personne publique ne saurait davantage par contrat édicter des sanctions pénales¹³⁹². Plus généralement, le pouvoir de sanction appartient à l'autorité judiciaire, seule détentrice du droit de punir¹³⁹³.

Les personnes publiques ne sont pas non plus en mesure de déroger par convention aux textes généraux relatifs à l'organisation et au fonctionnement des services publics. Ainsi l'administration ne peut modifier conventionnellement les règles d'organisation du service public concédé fixées par les lois et règlements en vigueur¹³⁹⁴.

Les situations légales et réglementaires rendent, en effet, difficile tout engagement. De la même façon, la personne publique ne peut pas déroger par contrat au statut des agents publics. Par exemple, les fonctionnaires, placés dans une situation légale et réglementaire, ne sont pas autorisés à modifier les dispositions de ce statut par un contrat conclu avec l'administration.

Enfin, il faut mentionner certains principes d'ordre public relatifs aux biens de l'administration. Une protection particulière est, par exemple, accordée aux deniers publics, la loi du 31 décembre 1968 prohibant les renoncements à la prescription quadriennale qui s'applique aux créances des personnes publiques¹³⁹⁵.

Les restrictions à la liberté contractuelle des personnes publiques en raison de l'ordre public sont ainsi nombreuses, nécessairement plus que pour les personnes privées. On sait qu'il y a là, pour les premières, une « originalité » inhérente à leur nature même¹³⁹⁶. Reste alors à déterminer si cette « originalité » s'impose aussi à la transaction administrative.

b. Les restrictions de l'ordre public à l'égard de la transaction administrative

La jurisprudence a pu confirmer que les matières exclues par nature et par les textes du procédé contractuel le sont aussi du procédé transactionnel, pour l'essentiel du moins. Des

¹³⁹¹ C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, préc., n° 203.

¹³⁹² D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, préc., n° 276.

¹³⁹³ La justice pénale est, pour la doctrine, une justice imposée. V. F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, « La justice pénale, justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée ? », in *Droit négocié, droit imposé ?*, P. Gérard, F. Ost et M. Van De Kerchove (dir.), Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis éd., coll. Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1996, p. 529 et s. Mais il est vrai que la contractualisation gagne aussi la sphère pénale. V. sur ce point *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, préc., p. 182-183.

¹³⁹⁴ CE, 18 juillet 1930, *Compagnies des Chemins de fer Paris, Lyon, Marseille, Leb.*, p. 753.

¹³⁹⁵ L. n° 68-1250 du 31 décembre 1968 relative à la prescription des créances sur l'Etat, les départements, les communes et les établissements publics.

¹³⁹⁶ D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, préc., n° 244.

interrogations apparaissent cependant. Comme à l'égard du procédé contractuel, il est possible de classer ces matières selon qu'elles concernent la justice et la sauvegarde de la légalité ou l'action administrative.

La doctrine ainsi que les circulaires administratives citent en tout premier chef des matières interdites à la transaction administrative celles qui ont trait à la légalité¹³⁹⁷. La circulaire de 2011 explique, par exemple, que « l'administration ne peut pas transiger en accordant une compensation financière pour permettre le maintien d'une décision illégale. Lorsqu'elle s'aperçoit qu'elle a pris une mesure irrégulière, l'administration a l'obligation de procéder à son retrait si le délai du recours contentieux n'est pas écoulé ou pour les actes réglementaires, à son abrogation, quel que soit le moment »¹³⁹⁸.

Ce qui relève de la sauvegarde de la légalité est en principe exclu du champ de la transaction administrative. Rien de surprenant, quand on connaît l'attachement du droit public français au principe de légalité. G. Chavier observe à cet égard que « l'admission du procédé transactionnel dans un pays à forte tradition de légalité objective ne peut aller de soi [...] »¹³⁹⁹. « En effet, poursuit-elle, la transaction administrative ne peut constituer un "pur règlement d'intérêt particulier", dès lors qu'une personne publique, chargée de la défense de l'intérêt général, est partie au contrat »¹⁴⁰⁰. Les parties ne sauraient disposer des questions de légalité. Elles ne peuvent s'approprier des questions qui intéressent l'Etat et la société, et en cela, l'ordre public. Apparaît, par conséquent, une incompatibilité entre les litiges mettant en cause des questions de légalité et la transaction administrative, règlement amiable des litiges négocié sur la base des intérêts personnels des parties. Le caractère contractuel de la transaction administrative s'oppose à son intervention en la matière. « La transaction présente alors ce curieux paradoxe d'être interdite dans le contentieux de la légalité, mais d'être essentiellement utilisée par l'administration pour couvrir sur le plan pécuniaire, les illégalités dont elle est responsable », a-t-il été observé¹⁴⁰¹.

¹³⁹⁷ A. LYON-CAEN, « Sur la transaction en droit administratif », préc., p. 48 ; G. CHAVRIER, « Réflexions sur la transaction administrative », préc., p. 556 ; G. LE CHATELIER, « Transaction », préc., n° 33 ; S. BOUSSARD, « Conciliation, transaction et arbitrage », préc., n° 65. V. aussi, la circulaire du 6 avril 2011, préc., § 1.3.2.

¹³⁹⁸ Circulaire du 6 avril 2011, préc., § 1.3.2.

¹³⁹⁹ G. CHAVRIER, « Réflexions sur la transaction administrative », préc., p. 556.

¹⁴⁰⁰ *Ibid.*

¹⁴⁰¹ B. PLESSIX, « Transaction et droit administratif », in *La transaction dans toutes ses dimensions*, préc., p. 140.

Se trouvent ainsi soustraits à la transaction l'exercice du recours en excès de pouvoir et l'autorité de la chose jugée des décisions rendues en ce contentieux. La solution bien établie pourrait, cependant, évoluer.

La jurisprudence a rappelé à plusieurs reprises qu'une transaction ne peut contenir l'engagement par les parties de se désister d'un recours en excès de pouvoir initialement introduit, ou de renoncer à l'exercice d'un tel recours¹⁴⁰². Comme le signifiait B. Pacteau, « tous les procès n'ont pas la même nature, ni la même substance, et ne méritent probablement pas le même régime »¹⁴⁰³. En principe, le recours en excès de pouvoir qui travaille à la sauvegarde de la légalité, ne peut faire l'objet d'une transaction. Dans la mesure où l'enjeu dépasse les simples intérêts particuliers des parties, le litige ayant trait à la légalité, ne peut être réglé par voie de transaction, de la même façon que le recours en excès de pouvoir ne peut l'être par voie de transaction. « Il y a donc une incompatibilité entre les notions de renonciation et de recours en excès de pouvoir »¹⁴⁰⁴.

De la même façon, le Conseil d'Etat a jugé dans l'arrêt, *Ecole privée des filles de Pradelles*, de 1967 qu'« eu égard aux effets qui s'attachent à l'annulation pour excès de pouvoir d'un acte administratif, la circonstance que la personne qui a poursuivi et obtenu cette annulation déclare ultérieurement renoncer à se prévaloir du jugement intervenu est sans influence sur une telle annulation qui ne peut être regardée comme ayant disparu du seul fait de cette renonciation »¹⁴⁰⁵, la jurisprudence est sur ce point constante¹⁴⁰⁶. Cette interdiction tient à l'objet de ce contentieux, consistant à « faire respecter l'ordre public et la légalité. En conséquence, la notion de renonciation qui évoque celle de pleine disposition d'un droit ou d'une faculté, n'y est pas admissible »¹⁴⁰⁷. « Toute idée de transaction à son propos [le jugement d'annulation] doit être bannie »¹⁴⁰⁸.

C'est là du moins une position sur laquelle la jurisprudence pourrait décider de revenir. En effet, à mesure que le recours en excès de pouvoir « se rapproch[e] du recours de plein contentieux »¹⁴⁰⁹, apparaît la possibilité de transiger sur l'exercice de ce recours, et plus généralement sur les questions de légalité. « Dans bien des cas, le litige d'excès de pouvoir ne

¹⁴⁰² CE, Ass., 19 novembre 1955, *Sieur Andréani*, *Leb.*, p. 551 ; CE 2 février 1996, *Sté Etablissements Crocquet*, *Leb.*, p. 26 ; TA Amiens, 14 avril 2007, *Dr. Adm.* 2008, comm. 8, F. Nicoud.

¹⁴⁰³ B. PACTEAU, « Evolution et révolution du contentieux administratif », *Rev. Administrative*, vol. 52, 1999, n° 1 à 7, p. 62.

¹⁴⁰⁴ C. BLUMANN, *La renonciation en droit administratif français*, préc., n° 477.

¹⁴⁰⁵ CE, 13 juillet 1967, *Ecole privée des filles de Pradelles*, *RDP* 1968, p. 1205.

¹⁴⁰⁶ CAA Bordeaux, 6 novembre 2008, *Centre hospitalier Saint-Nicolas de Blaye*, préc. V. plus généralement, pp. 74-75.

¹⁴⁰⁷ C. BLUMANN, *La renonciation en droit administratif*, préc., p. 193.

¹⁴⁰⁸ *Ibid.*, p. 196.

¹⁴⁰⁹ A. COURREGES, S. DAEL, *Contentieux administratif*, préc., p. 92.

porte pas atteinte à des règles d'ordre public spécifiques et s'est éloigné de la conception originelle du "procès fait à un acte". Peut-on nier la réalité actuelle de nombre de recours pour excès de pouvoir, qui peuvent parfois permettre au justiciable de faire valoir certains droits ? », s'interroge A. Courrèges¹⁴¹⁰. La conception du recours en excès de pouvoir évolue et avec elle, ce qui peut faire l'objet ou non d'une transaction.

Un récent jugement du Tribunal administratif de Cergy-Pontoise témoigne de ces questions. En l'occurrence, la transaction litigieuse avait été conclue entre la ville de Montrouge et les promoteurs d'un projet de centre commercial, alors que la première avait engagé un recours en excès de pouvoir contre le permis de construire un centre commercial accordé aux seconds par la ville voisine d'Arcueil. Il avait été convenu aux termes de l'accord que la commune se désisterait de son recours et qu'une garantie financière à première demande serait constituée par les entrepreneurs, à charge pour eux de reverser une partie de la somme à la commune de Montrouge dans le cas où le projet ne serait pas réalisé pour des motifs indépendants de ladite commune. Celle-ci s'est effectivement désistée de son recours. Un nouveau contentieux fut en revanche engagé par les entrepreneurs, dénonçant la validité de la transaction. Ils estimaient que le contrat était contraire au principe d'ordre public interdisant qu'il soit transigé en matière d'excès de pouvoir, la commune devant ainsi leur restituer la somme convenue et perçue par elle du fait de l'abandon du projet. Le Tribunal administratif indique sans autre précision que « la transaction par laquelle une personne, ayant demandé au juge administratif l'annulation d'un permis de construire, de démolir ou d'aménager, s'engage à se désister de ce recours en excès de pouvoir ne saurait être regardée comme méconnaissant une règle d'ordre public »¹⁴¹¹. L'objet de la transaction pourrait donc justifier des dérogations à l'ordre public. S. Merenne y voit là une perception plus « réaliste » de la transaction¹⁴¹². Il argue tout d'abord de l'intérêt économique de la transaction et du « décalage entre la réalité sociologique du contentieux contemporain et l'idéalisation jurisprudentielle classique du recours en excès de pouvoir »¹⁴¹³. En l'espèce, précise-t-il, « l'une [des parties à la transaction] obtient la levée des inconvénients résultant tant de l'existence même du recours (notamment liés aux financements bancaires) que du risque lié à la décision juridictionnelle à intervenir, tandis que l'autre obtient une compensation qu'elle peut préférer au recours et à ses effets potentiels »¹⁴¹⁴. Il évoque ensuite l'ordonnance du 18

¹⁴¹⁰ A. COURREGES, concl. sur CE, 30 janvier 2008, *Ville de Paris, Leb.*, p. 25.

¹⁴¹¹ TA Cergy-Pontoise, 8 janvier 2015, *Sté Multi Development France*, N° 1209831, *AJDA* 2015, p. 993, note S. Merenne.

¹⁴¹² S. MERENNE, « La transaction portant sur un recours pour excès de pouvoir », préc., p. 993.

¹⁴¹³ *Ibid.*

¹⁴¹⁴ *Ibid.*, p. 994.

juillet 2013 portant réforme du contentieux de l'urbanisme¹⁴¹⁵ qui introduit dans le Code de l'urbanisme un article obligeant l'enregistrement auprès des services fiscaux des transactions par lesquelles une personne ayant contesté un permis de construire, de démolir ou d'aménager s'engage à se désister de son recours en contrepartie d'une somme d'argent ou d'un avantage en nature¹⁴¹⁶. Ce faisant, l'ordonnance a pris acte d'une situation de fait consistant pour certains à engager un recours afin d'obtenir, aux termes d'une transaction, une contrepartie avantageuse à leur désistement, à le marchander en quelque sorte. Il s'agissait ainsi de « dissuader des pratiques crapuleuses »¹⁴¹⁷ et de ne pas freiner le processus de construction.

En admettant qu'il puisse être transigé en matière d'excès de pouvoir comme semble le permettre implicitement l'ordonnance de 2013, cette solution doit-elle être limitée au contentieux de l'urbanisme ou généralisée à tout le contentieux administratif ? C'est la question que soulève le jugement du Tribunal administratif de Cergy-Pontoise, et à laquelle le Conseil d'Etat devra répondre, s'il est saisi d'un recours dans cette affaire ou à une autre occasion. Les auteurs observent que bien souvent les règles initialement propres au contentieux de l'urbanisme finissent par être étendues à l'ensemble du contentieux¹⁴¹⁸. Une telle extension ne semble ni nécessaire, ni souhaitable. D'une part, « l'obligation de soumettre à enregistrement les transactions prévoyant le désistement d'un recours en contrepartie d'un avantage matériel [...] est directement liée à une pratique qui, au moins en l'état actuel, ne paraît pas avoir contaminé d'autres domaines »¹⁴¹⁹. D'autre part, il convient de maintenir hors du champ de la transaction le recours en excès de pouvoir et la sauvegarde de la légalité. Si S. Merenne, propose d'étendre la solution retenue par le Tribunal administratif de Cergy-Pontoise à tout l'excès de pouvoir, c'est sous réserve de « règles éminentes particulières »¹⁴²⁰. Cette dernière remarque suffit à rendre compte de la difficulté qu'il y aurait à admettre qu'il puisse être dérogé aux règles d'ordre public. Quelles pourraient être ces « règles éminentes particulières » d'ordre public exclues de la transaction, si ce qui a trait au recours pour excès de pouvoir et donc à la préservation de la légalité n'en fait pas partie ? Admettre la transaction en matière de légalité serait, en effet, ouvrir la boîte de Pandore. Les intérêts en présence dépassant les intérêts des parties, il importe de les soustraire à toute négociation et appropriation de leur part, ce qui ne signifie pas pour autant que tout dialogue entre

¹⁴¹⁵ Ordonnance n° 2013-638 du 18 juillet 2013 relative au contentieux de l'urbanisme.

¹⁴¹⁶ C. de l'urbanisme, art. L. 600-8.

¹⁴¹⁷ D. LABETOUILLE, « Eclaireur ou bande à part ? », *AJDA* 2013, p. 1898.

¹⁴¹⁸ S. MERENNE, « La transaction portant sur un recours pour excès de pouvoir », *préc.*, p. 994.

¹⁴¹⁹ D. LABETOUILLE, « Eclaireur ou bande à part ? », *préc.*, p. 1899.

¹⁴²⁰ S. MERENNE, « La transaction portant sur un recours pour excès de pouvoir », *préc.*, p. 994.

l'administration et les particuliers soit proscrit. Celui-ci doit intervenir dans des limites plus restreintes.

Il se trouve, d'une part que des décisions unilatérales prises par l'administration procèdent en réalité d'une consultation ou d'une négociation, manifestation de la « contractualisation de l'action publique »¹⁴²¹. Il faut évoquer, d'autre part, la conciliation. Dans ses conclusions rendues sur l'arrêt *Vériter*, M. Lévis considérait que la conciliation n'a pas sa place en matière de légalité, une décision étant légale ou non¹⁴²². F. Munoz observe cependant qu'en présence de deux décisions également légales, un dialogue peut permettre de retenir celle qui est la plus appropriée¹⁴²³. Pour cet auteur, « les obstacles [à la conclusion d'une transaction administrative en matière de légalité] ne s'opposent pas à la conciliation, à condition qu'elle ne débouche pas sur la signature d'un contrat »¹⁴²⁴. A. Ikonomou cite, à cet égard, un exemple tout à fait intéressant, tiré du droit de la fonction publique : l'hypothèse dans laquelle le juge administratif a annulé la décision de révocation d'un fonctionnaire occupant un emploi unique, alors que ce poste a été attribué à un autre fonctionnaire, parfois depuis plusieurs années. « Dans une telle hypothèse, explique-t-il, on peut envisager d'un strict point de vue de la légalité la réintégration de l'intéressé dans son poste initial et une indemnité pour son successeur ; or, une telle solution n'est de l'intérêt de personne compte tenu des traumatismes qu'elle implique et des difficultés pratiques. En revanche, la conciliation entre le fonctionnaire et l'administration peut permettre la recherche d'un emploi équivalent, ou même peut-être un peu supérieur qui lui donnera satisfaction »¹⁴²⁵. En aucun cas, on ne saurait parler de détournement de l'interdiction, car si l'administration accepte le dialogue, à aucun moment elle ne se départit de son pouvoir de décision unilatérale. La décision finale ne cesse pas de lui appartenir.

La solution est toute différente en matière de plein contentieux subjectif, qui ne met en cause que des droits subjectifs et où les décisions de justice n'ont, par conséquent, que l'autorité relative de chose jugée. « La renonciation à la chose jugée n'a jamais soulevé de difficulté majeure dans le contentieux de pleine juridiction. Le Conseil d'Etat en a reconnu assez tôt la licéité », observait C. Blumann dans sa thèse de 1974¹⁴²⁶, solution toujours en

¹⁴²¹ Pour des exemples, v. *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, préc., p. 155.

¹⁴²² M. LEVIS, concl. sur CE, Ass., 23 juin 1989, *Vériter*, *Leb.*, p. 146.

¹⁴²³ F. MUNOZ, *La conciliation : du droit privé au droit administratif*, préc., p. 109 et s.

¹⁴²⁴ *Ibid.*

¹⁴²⁵ A. IKONOMOOU, *Les modes non juridictionnels de règlement des litiges administratifs*, préc., p. 508.

¹⁴²⁶ *Ibid.*, p. 186. L'auteur se fondait alors sur les arrêts CE, 30 novembre 1923, *Société du gaz de Beauvais*, *Leb.*, p. 785 ; CE, 22 juin 1963, *Ministre de l'Intérieur contre Sieur Darcel*, *Leb.*, p. 394 ; CE, 7 octobre 1970, *Sieur Hauriot-Colin*, *Leb.*, p. 556.

vigueur¹⁴²⁷. C'est l'objet de la renonciation, explique cet auteur, qui rend possible une telle renonciation : « le contentieux subjectif porte sur la contestation des droits, il met en présence de véritables parties. A l'instar du droit civil, on doit considérer que le litige est, en quelque sorte, "la propriété des parties" »¹⁴²⁸. Il ajoute fort justement qu'il « faut privilégier par tous les moyens un règlement amiable, le recours aux tribunaux ne se justifiant que comme le remède ultime à leur désaccord »¹⁴²⁹. Aussi, « dans ces conditions, si le différend peut être réglé postérieurement à la décision juridictionnelle, rien ne saurait interdire aux parties de faire abstraction du jugement rendu, et de lui préférer l'accord amiable qu'elles auront éventuellement conclu »¹⁴³⁰.

Ni nuance, ni distinction, ne sont cette fois nécessaires concernant l'interdiction de transiger sur l'exercice des compétences qui appartiennent en propre aux personnes publiques. C'est ce que rappelle la circulaire de 2011, reprenant la jurisprudence : « les règles relatives à l'organisation de l'Etat, des services publics et des établissements publics sont d'ordre public et ne peuvent donner lieu à transaction. L'administration ne peut pas, par voie transactionnelle, renoncer à une compétence »¹⁴³¹. Ainsi, la Cour administrative d'appel de Lyon a jugé qu'était illégale une transaction qui avait pour objet de garantir à des personnes privées — des hôteliers — la délivrance d'un permis de construire régularisant une construction édifiée en infraction aux règles d'urbanisme et d'organiser l'inexécution de la mesure de démolition prononcée par la justice pénale en échange d'une cession gratuite de terrain¹⁴³². Concernant l'engagement sur le pouvoir d'octroyer un permis de construire, l'arrêt rappelle qu'« aucune disposition législative ou réglementaire n'autorise l'Etat à négocier les conditions de délivrance d'autorisations administratives »¹⁴³³, ce qui « ne surprendra guère, le principe étant que l'administration a l'interdiction de contracter sur l'exercice de son pouvoir de décision »¹⁴³⁴. Déjà dans un arrêt du 13 juin 1989, *Commune de Bois-d'Arcy*, la Cour administrative d'appel de Paris rappelait clairement que « la délivrance du permis de construire est un acte unilatéral que seule la puissance publique a le pouvoir de prendre »¹⁴³⁵.

¹⁴²⁷ CE, 11 juillet 2008, *Société Krupp Hazemag*, préc.

¹⁴²⁸ C. BLUMANN, *La renonciation en droit administratif*, préc., p. 188.

¹⁴²⁹ *Ibid.*, p. 187.

¹⁴³⁰ *Ibid.*

¹⁴³¹ Circulaire du 6 avril 2011, préc., § 13.2.1.

¹⁴³² CAA Lyon, 3 février 2005, *Mme Pachod*, *AJDA* 2005, p. 1531, note J.-D. Dreyfus.

¹⁴³³ *Ibid.*

¹⁴³⁴ J.-D. DREYFUS, « L'illicéité de l'objet d'une convention garantissant la délivrance d'un permis de construire », *AJDA* 2005, p. 1531.

¹⁴³⁵ CAA Paris, 13 juin 1989, *Commune de Bois d'Arcy*, *Leb.*, p. 318.

De la même façon, une transaction qui aboutirait à déterminer l'étendue des pouvoirs de police d'une autorité administrative ne saurait être admise, à l'instar de la police des édifices menaçant ruines¹⁴³⁶. Il en va de même pour une transaction par laquelle une ligue de football professionnel s'engage à user de son pouvoir réglementaire dans un sens particulier — en l'occurrence, pour modifier le règlement des compétitions sportives¹⁴³⁷.

Au titre des matières exclues de la transaction ayant trait à l'action administrative, il faut mentionner la délimitation du domaine public, qui est constitutive d'une prérogative de puissance publique exclue de tout engagement conventionnel. Ainsi le Conseil d'Etat a-t-il rappelé, dans l'arrêt *Leverrier* de 1975, que « d'après cette disposition législative [l'article 8 du Code du domaine public fluvial et de la navigation intérieure, dans sa rédaction résultant de la loi du 16 décembre 1964, alors en vigueur], la délimitation du domaine public fluvial doit faire l'objet d'un arrêté de délimitation pris par les autorités et suivant la procédure qu'elle définit ». Aussi juge-t-il, que « si en l'espèce, l'ingénieur en chef de la navigation était parvenu à un accord avec le Sieur Leverrier sur les limites du domaine public fluvial, cet accord ne saurait avoir pour effet d'entraîner une délimitation par la voie d'une transaction ». Il rappelle clairement « qu'il n'appartient qu'à l'autorité administrative d'opérer sous le contrôle du juge, la délimitation du domaine public naturel [...] »¹⁴³⁸. Les personnes publiques n'ont pas le pouvoir de s'écarter de ce que commande la loi, à titre général, et par une transaction particulière.

C'est aussi ce qui justifie le sort réservé aux transactions conclues consécutivement aux licenciements légaux des agents publics. La situation légale et réglementaire dans laquelle sont placés certains individus, à l'instar des agents publics, laisse peu de place à la transaction. La jurisprudence a eu l'occasion de se prononcer sur la question de l'indemnisation qui pouvait éventuellement leur être accordée en cas de licenciement.

En la matière, il a été jugé que, les dispositions de l'article 46 du décret du 15 février 1988 sur les agents non-titulaires de la fonction publique territoriale étaient d'ordre public, il n'était pas possible, à ce titre, pour les intéressés, de prévoir des modalités différentes de calcul de l'indemnité de licenciement. « Ce principe n'est que la traduction de la situation légale et réglementaire, dans laquelle se trouvent les agents publics, qui ne peuvent par des

¹⁴³⁶ Conseil de préfecture de Lille, 18 mai 1953, *Maire des Nouveaux c/ Lagache*, D. 1953. 470.

¹⁴³⁷ CE, 9 juillet 2015, *Football club des Girondins de Bordeaux et autres*, N° 375542, *AJDA* 2015, p. 1391, obs. J.-M. Pastor, *JCP A* 2015, act. 629, obs. F. Tesson.

¹⁴³⁸ CE, 20 juin 1975, *Sieur Leverrier, Leb.*, p. 382.

arrangements particuliers, qu'ils soient favorables à l'agent ou à l'administration, faire échec à l'application des dispositions législatives ou réglementaires »¹⁴³⁹. La marge de manœuvre des parties relativement à l'indemnité de licenciement est nulle, car « le consensualisme étant synonyme d'imagination, rien ne s'opposerait, le cas échéant, à la conclusion d'une transaction prévoyant un *golden parachute* comme dans le secteur privé ou, à tout le moins, à des conditions de départ coûteuses pour le contribuable »¹⁴⁴⁰. C'est ce qu'il ressort clairement des arrêts du Conseil d'Etat *Commune des Angles, Régie autonome des sports et loisirs de la commune des Angles* de 2001¹⁴⁴¹ et *Leplatre* de 2004¹⁴⁴².

En revanche, la transaction a toute sa place pour l'indemnisation du préjudice causé par un licenciement illégal, pour le règlement du litige né de la rupture du contrat donc. Le préjudice causé par la perte de revenus, le préjudice moral, etc., pourront ainsi être réparés¹⁴⁴³. C'est une place certaine, mais néanmoins étroite qui est réservée à la transaction administrative en la matière.

S'agissant des intérêts moratoires consécutifs aux retards de paiement dans les marchés publics, la transaction est cette fois absolument prohibée. L'article 67 de la loi du 8 août 1994 énonce : « Dans le cadre des marchés publics, y compris les travaux sur mémoires et achats sur factures, est réputée non écrite toute renonciation au paiement des intérêts de retard exigibles en raison du défaut d'émettre une lettre de change-relevé, soit du paiement de celle-ci à son échéance [...] »¹⁴⁴⁴.

Précisant la portée de cette interdiction, le Conseil d'Etat a jugé qu'elle était absolue et s'appliquait quel que soit le moment de la renonciation, antérieurement ou postérieurement à l'exécution du marché. Précision qu'exigeait le contentieux qui opposait le Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales au Syndicat intercommunal d'assainissement Le Beausset, la Cadière, le Castellet. Alors que le marché public avait déjà été totalement exécuté et le paiement intégralement versé, le syndicat avait décidé de transiger avec diverses sociétés sur les intérêts moratoires qui leur étaient dus en règlement du marché

¹⁴³⁹ P. BENTOLIA, « Licenciement d'un agent relevant de la fonction publique territoriale. Absence de valeur juridique de l'indemnité de licenciement versée en méconnaissance de l'article 46 du décret du 15 février 1988 », *JCP éd. Collectivités territoriales et Intercommunalité* 2004, comm. 163.

¹⁴⁴⁰ E. AUBIN, « L'impossible négociation de l'indemnité de licenciement d'un directeur d'OPAC », *AJDA* 2004, p. 2227.

¹⁴⁴¹ CE, 1^{er} janvier 2001, *Commune des Angles, Régie autonome des sports et loisirs de la Commune des Angles*, *Leb. T.*, p. 793 et 1025, *Contrats-marchés publics* 2001, n° 245, note P. Delelis.

¹⁴⁴² CE, 14 juin 2004, *Leplatre*, *AJDA* 2004, p. 2225, note E. Aubin, *JCP A* 2004, n° 1524, note D. Jean-Pierre, *JCP éd. Collectivités territoriales et Intercommunalité* 2005, ét. 9, note J. Bernot, *JCP Collectivités territoriales et Intercommunalité* 2004, comm. 163, note P. Bentolia.

¹⁴⁴³ CAA Versailles, 18 octobre 2007, *Commune d'Eragny-sur-Oise*, *JCP A* 2007, n° 2317, note G. Pellissier.

¹⁴⁴⁴ L. n° 94-679 du 8 août 1994, art. 67.

passé avec elles pour la construction d'une station d'épuration, transaction, portant donc renonciation d'une partie des intérêts moratoires. Une procédure juridictionnelle a toutefois été engagée par le Préfet du Var, déférant la délibération autorisant le syndicat à signer l'acte au Tribunal administratif. Le Conseil d'Etat, finalement saisi, rappelle, que « ces dispositions [l'article 67 de la loi de 1994] interdisent de façon absolue toute renonciation aux intérêts moratoires, que cette renonciation intervienne lors de la passation du marché ou postérieurement ; qu'ainsi, notamment, toute délibération de l'organe délibérant de la personne publique responsable du marché qui autoriserait une transaction avec le titulaire du marché ou ses sous-traitants par laquelle ceux-ci renonceraient à tout ou partie des intérêts qui leur seraient dus, serait illégale, quel que soit le moment où elle interviendrait [...] »¹⁴⁴⁵. Est donc sans incidence sur le droit à bénéficier d'intérêts moratoires le fait que le marché ait déjà été exécuté et intégralement payé. Cette jurisprudence a été renouvelée depuis¹⁴⁴⁶. G. Le Chatelier explique que « la Haute assemblée a été ici sans doute sensible à la volonté moralisatrice que poursuivait le législateur en édictant le principe d'une telle interdiction qui porte pourtant atteinte à la liberté contractuelle des parties », et observe que « cette solution [...] aboutit à limiter l'intérêt des solutions transactionnelles au moins sur ce point [...] »¹⁴⁴⁷.

Il y a là une restriction quantitativement importante au droit de transiger, tant la conclusion des marchés publics par l'administration est fréquente.

L'impact est moins important concernant, enfin, l'interdiction pour les salariés investis d'un mandat représentatif de renoncer par avance aux dispositions d'ordre public instituées en leur faveur par le législateur¹⁴⁴⁸. Par conséquent, toute transaction conclue entre un délégué du personnel et son employeur, prévoyant de la part du premier une renonciation à agir en justice contre la décision de l'inspecteur du travail qui autorise son licenciement, en contrepartie de l'engagement du second à lui verser une indemnité, est illégale¹⁴⁴⁹. « La protection des salariés investis de fonctions représentatives ne leur est pas accordée dans leur seul intérêt mais plus généralement dans celui des salariés qu'ils sont supposés défendre ; elle a donc été regardée comme étant d'ordre public »¹⁴⁵⁰.

¹⁴⁴⁵ CE 17 octobre 2003, *Ministre de l'Intérieur c/ Synd. intercom. d'assainissement Le Beausset*, *Dr. Adm.* 2003, n° 239, comm. G. Le Chatelier, *Contrats-marchés publics* 2003, comm. 230, G. Eckert, *CJEG* 2004, p. 95, note F. L., *AJDA* 2003, p. 2267, note J.-D. Dreyfus, *BJDCP* 2004, p. 20, concl. Le Chatelier, *AJDA* 2004, p. 1631, note J.-F. Lafaix.

¹⁴⁴⁶ CE, 10 novembre 2004, *Entreprise Paul Milet*, N° 256031, *Contrats-marchés publics* 2005, comm. 14, W. Zimmer.

¹⁴⁴⁷ G. LE CHATELIER, « L'impossibilité de transiger sur les intérêts moratoires », *Dr. Adm.* 2003, comm. 239, p. 25.

¹⁴⁴⁸ C. travail, art. L. 2411-3 et s.

¹⁴⁴⁹ CE 2 février 1996, *Sté Établissements Crocquet*, *Leb.*, p. 26

¹⁴⁵⁰ A. COURREGES, concl. sur CE, 30 janvier 2008, *Ville de Paris*, *Leb.*, p. 25.

Naturellement, il ne saurait être question de procéder à un recensement systématique de toutes les matières exclues du procédé transactionnel en droit administratif. L'exercice serait aussi hasardeux — l'instrument contractuel étant au service de l'imagination — que vain. L'important est de mesurer l'impact quantitatif de ces interdictions, leurs conséquences du point de vue du développement de la transaction administrative.

§II. LE CHAMP DES LITIGES OUVERTS A LA TRANSACTION ADMINISTRATIVE

Une fois identifiés et écartés les litiges exclus du champ de la transaction administrative, il convient de mettre en évidence ceux qu'elle a vocation à régler. C'est l'occasion de dresser une sorte de bilan quantitatif de cet outil, ce bilan étant naturellement conditionné par le champ d'intervention dudit contrat. La difficulté est alors qu'il n'existe pas de données chiffrées en la matière. On ne connaît ni le nombre exact de transactions conclues par les personnes publiques, ni les types de litiges qu'elles règlent¹⁴⁵¹. Cela s'explique tout à la fois par la confidentialité et le caractère extrêmement hétérogène des conditions de conclusion des transactions administratives¹⁴⁵². Aucune entité ne pourrait donc être désignée pour centraliser toutes les transactions conclues. C'est alors par tâtonnement qu'il faut procéder, par des estimations, des recoupements, à partir des rapports publiés par les administrations et les décisions de justice relatives à des transactions.

Le règlement transactionnel, on le sait, n'est pas admis pour tout type de litiges ; un certain nombre en sont exclus. Il reste alors à mesurer ces exclusions et ce qu'elles impliquent s'agissant du champ de la transaction administrative. Aussi bien en nombre qu'en proportion, celles-ci sont conséquentes. En effet, certaines matières génèrent des flux importants de litiges. C'est ce que révèlent les statistiques élaborées annuellement par la juridiction administrative, celles des Tribunaux administratifs, des Cours administratives d'appel et du Conseil d'Etat. Dans certaines hypothèses, on parle même de « contentieux de masse » ou de « séries contentieuses », tous participant à l'accroissement du contentieux, pour ne pas dire à sa « massification »¹⁴⁵³. Les premiers résultent « de domaines qui, par *nature*, génèrent un

¹⁴⁵¹ En 1993, le Conseil d'Etat estimait à plusieurs dizaines de milliers le nombre de transactions conclues chaque année par les services de l'Etat. Il y a fort à parier que ce chiffre a significativement augmenté depuis. V. *Régler autrement les conflits*, préc., p. 64.

¹⁴⁵² Sur ces différents éléments, respectivement p. 201 et s. et p. 178 et s.

¹⁴⁵³ Selon la formule d'Y. GAUDEMET, « Approche doctrinale : définition, origines, essai d'explication et perspectives des contentieux de masse », *RFDA* 2011, p. 465.

flux important de requêtes. Il s'agit du contentieux des étrangers, du contentieux des permis de conduire, du contentieux de l'aide personnalisée au logement et au droit au logement opposable, mais aussi du contentieux des refus de concours de la force publique et enfin, des contentieux sociaux relatifs notamment aux handicapés »¹⁴⁵⁴. Les secondes « résultent de litiges portant sur une question spécifique mais qui se pose de manière identique dans un grand nombre de juridictions [...] à l'image par exemple de celui sur les taxes d'achat sur les viandes »¹⁴⁵⁵.

Certes, ni les chiffres d'entrées et de sorties des dossiers au sein de la juridiction administrative, ni la nomenclature des contentieux concernés qui les accompagne, ne constituent des jalons absolus du champ potentiellement ouvert à la transaction administrative et du nombre de contrats qui pourraient être conclus. Ils ne doivent être considérés qu'à titre d'indices, de repères, propres à formuler quelques estimations quant aux volumes des contentieux fermés et ouverts au procédé transactionnel. Les requêtes déposées devant chaque instance juridictionnelle sont comptabilisées dans une nomenclature qui ne permet pas de connaître la nature exacte du contentieux dont il s'agit : un contentieux objectif ou un contentieux subjectif, seul ce second type pouvant être réglé par une transaction. Ainsi, la catégorie dite du « contentieux de la fonction publique » comprend les contentieux objectif et subjectif, le contentieux de la légalité et le contentieux de la responsabilité. Ces chiffres n'en restent pas moins intéressants à titre de repères¹⁴⁵⁶. Ils comprennent le nombre « d'entrées » — c'est-à-dire des requêtes déposées devant chaque degré de juridictions —, en données brutes et en données nettes, ces dernières excluant les affaires dites de « série », c'est-à-dire celles qui présentent à juger en droit, sans appeler de nouvelles appréciations ou qualifications des faits, une question qui a déjà fait l'objet d'une décision juridictionnelle.

Les Tribunaux administratifs ont enregistré 175 377 affaires nouvelles en données nettes pour l'année 2010, 182 916 pour 2011, 178 491 pour 2012, 175 780 pour 2013 et 195 625 pour 2014. Ont été comptabilisées en données nettes par les Cours administratives d'appel, 27 408 nouvelles affaires pour 2010¹⁴⁵⁷, 28 521 pour 2011¹⁴⁵⁸, 28 494 pour 2012¹⁴⁵⁹,

¹⁴⁵⁴ B. FOUCHER, P. MINDU, « Les réponses d'une juridiction de première instance confrontée aux contentieux de masse », *RFDA* 2011, p. 665. Pour une approche sociologique des contentieux de masse, voir aussi G. CALVES, « Mieux connaître les contentieux de masse », *RFDA* 2011, p. 477.

¹⁴⁵⁵ B. FOUCHER, P. MINDU, « Les réponses d'une juridiction de première instance confrontée aux contentieux de masse », préc., p. 666.

¹⁴⁵⁶ Inutile, pour mesurer le volume des différents contentieux, de considérer plus en encore des chiffres. Ceux de cinq années suffiront pour ce faire.

¹⁴⁵⁷ Rapport d'activité des TA et CAA pour l'année 2010, en ligne sur l'intranet du Conseil d'Etat. Les pourcentages suivants figurent, pour les TA, p. 52 et, pour les CAA, p. 137.

28 885 pour 2013¹⁴⁶⁰ et 29 930 pour 2014¹⁴⁶¹. Quant au Conseil d'Etat, il a recensé 9 374 affaires nouvelles en données nettes pour l'année 2010¹⁴⁶², 9346 pour 2011¹⁴⁶³, 9 035 pour 2012¹⁴⁶⁴ et 9 235 pour 2013¹⁴⁶⁵.

Naturellement, pour tâcher de représenter le champ de la transaction administrative, rapporter pour chaque année et chaque degré de juridiction le pourcentage de tous les contentieux ne présenterait guère d'intérêt. Seuls méritent l'attention les contentieux les plus désignés, *a priori*, au règlement transactionnel, comme le contentieux contractuel, et les contentieux les plus importants quantitativement¹⁴⁶⁶. L'angle d'étude est donc double.

A cet égard, le contentieux le plus abondant est celui des étrangers ; sa progression est constante. Ainsi, en 2010, il représentait 25,8% des affaires enregistrées devant les Tribunaux administratifs, 29,2% en 2011, 31,8% en 2012, 31,2% en 2013 et 27,3% en 2014. S'agissant de l'appel, le contentieux des étrangers représentait 40,3% du total des entrées comptabilisées en 2010, 40,6% en 2011, 44% en 2012, 43,5% en 2013 et 47,7% en 2014.

Un autre contentieux conséquent, quoique plus modeste en requêtes, est le contentieux fiscal. Il représentait 12,5% des requêtes des Tribunaux administratifs en 2010, 11% en 2011, 9,9% des entrées en 2012, 11,6% en 2013 et 16,1% en 2014¹⁴⁶⁷. De leur côté, les Cours administratives d'appel ont été saisies de dossiers fiscaux à hauteur de 16,5% du total des entrées en 2010, 17% en 2011, 15,4% en 2012, 14,9% en 2013 et 14,4% en 2014.

¹⁴⁵⁸ Rapport d'activité des TA et CAA pour l'année 2011. V. pour les TA, p. 50 et, pour les CAA, p. 135.

¹⁴⁵⁹ Rapport d'activité des TA et CAA pour l'année 2012. V. pour les TA, p. 50 et, pour les CAA, p. 135.

¹⁴⁶⁰ Rapport d'activité des TA et CAA pour l'année 2013. V. pour les TA, p. 52 et, pour les CAA, p. 137.

¹⁴⁶¹ Rapport d'activité des TA et CAA pour l'année 2014. V. pour les TA, p. 50 et, pour les CAA, p. 135.

¹⁴⁶² Rapport public 2011. Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives, La documentation française, 2011, p. 36.

¹⁴⁶³ Rapport public 2012. Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives, La documentation française, 2012, p. 19.

¹⁴⁶⁴ Rapport public 2013. Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives, La documentation française, 2013, p. 19.

¹⁴⁶⁵ Rapport public 2014. Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives, La documentation française, 2014, p. 19.

¹⁴⁶⁶ Les contentieux les plus importants en volume sont les plus à même à servir de repères pour mesurer le potentiel champ d'intervention de la transaction administrative. Le contentieux de l'agriculture représente devant les Tribunaux administratifs, 0,8 des requêtes en 2010, 0,7% en 2011, 0,6% en 2012, 0,8% en 2013 et 0,7% en 2014. Pour les mêmes années et le même degré de juridiction, le contentieux des armées formait 0,4% des requêtes en 2010, 0,2 % en 2011, 1,2% en 2012, 0,1% en 2013, et 0,2% en 2014. Le contentieux dit des « postes et télécommunications » est lui aussi très faible 0,02% des requêtes en 2010 0,01% en 2011, 0,01% en 2012, 0,03% en 2013 et 0,02% en 2014. D'autres contentieux de très faible importance, pour ne pas dire négligeables existent encore, à l'instar du contentieux de la culture ou de celui de l'expropriation. Ces contentieux sont trop faibles pour mesurer le champ de la transaction administrative.

¹⁴⁶⁷ Il faut remarquer ici une nette diminution du nombre de requêtes en ce contentieux, initiée depuis le début des années 2000 - où il représentait alors 25% des entrées -, due au développement des procédures de prévention des contentieux mises en place par l'administration fiscale.

Les contentieux de la police et de la fonction publique sont également importants. Le premier, celui dit de « la police », comprenant notamment les contentieux « de la circulation et des permis de conduire », représentait en première instance 10,7% des affaires en 2010, 9% en 2011, 9% en 2011, 8,3% en 2012, 7,4% en 2013 et 5,8% en 2014. En appel, il formait 6,2% des entrées globales en 2010, 5,2% en 2011, 4,2% en 2012, 3,3% en 2013 et 1,5% en 2014.

De manière assez similaire, le contentieux de la fonction publique représentait 10,2% en 2010, 9,1% en 2011, 8,1% en 2012, 8,3% en 2013 et 9,9% en 2014 des requêtes déposées devant les Tribunaux administratifs. Quant aux Cours administratives d'appel, elles ont été saisies, en la matière, à hauteur de 6% des requêtes en 2010, 7% en 2011, 5,7% en 2012, 6,4% en 2013 et 7,8% en 2014.

Bien que modeste, le contentieux du logement ne cesse d'augmenter ces dernières années. Il formait, en 2010, 6% des requêtes portées devant les Tribunaux administratifs, puis 6,3% en 2011, 6,7% des requêtes en 2012, 7,5% en 2013 et 9% en 2014, la progression étant essentiellement liée au « droit au logement opposable ». Ce contentieux donnait lieu, en appel, à 0,6% du total des requêtes en 2010, 0,6% en 2011 et 2012, 0,7% en 2013 et 0,6% en 2014.

En progression également, le contentieux de l'urbanisme et de l'aménagement était constitutif de 6,7% des requêtes de première instance en 2010, 7% en 2011, 6,7% en 2012, 6,5% en 2013 et 5% en 2014. En appel, il représentait 6,6% des affaires enregistrées en 2010, 6,7% en 2011, 7,2% en 2012 et 7,5% en 2013 et 2014.

Dans la mesure où les litiges qu'ils comprennent peuvent potentiellement être réglés par la voie transactionnelle, des contentieux plus modestes en volume comme les contentieux des contrats, de l'aide sociale, de la santé publique, du domaine et de la voirie, et des travaux publics, n'en sont pas moins intéressants.

Le contentieux dit des « marchés et contrats » représentait 3,4% des affaires enregistrées par les Tribunaux administratifs en 2010, 3,3% en 2011, 3,4% en 2012, 3,3% en 2013 et 2,8% en 2014. Le contentieux de l'appel s'établissait, lui, à 3,5% en 2010, 4% en 2011, 3,3% en 2012 et 2013 et 3% en 2014.

Devant les Tribunaux administratifs, le contentieux de l'aide sociale représentait 4,1% en 2010, 4% en 2011, 4,6% en 2012, 5% en 2013 et 5,3% en 2014. En appel, il formait 1,1% en 2010, 1,2% en 2011 et 2012, 1,5% en 2013 et 0,9% en 2014.

Quant au contentieux de la santé publique, il est regroupait 2% des requêtes devant les Tribunaux administratifs en 2010, 2011 et 2012, 1,8% en 2013 et 2014, et en appel, 2,5% des entrées en 2010, 2,6% en 2011, 2,5% en 2012, 2,3% en 2013 et 2014.

Celui du domaine et de la voirie comprenait 1,2% des requêtes enregistrées par les Tribunaux administratifs en 2010, 1,4% en 2011, 1,5% des requêtes en 2012, 1,5% en 2013 et 1,8% en 2014, et donnait lieu, en appel, à 2% en 2010, 1,8% en 2011, 1,4% en 2012, 1,2% en 2013 et 1% en 2014.

Enfin, le contentieux des travaux publics compte peu de requêtes : 2% des entrées des juridictions de première instance en 2010 et 2011, 2,1% en 2012, 2,3% en 2013 et 1,7% en 2014, et en appel, 1,6% en 2010 et 2011, 1,7% en 2012, 1,3% en 2013 et 2014.

Il ressort de tous ces chiffres — qui, encore une fois, ne doivent être considérés qu'à titre de repères, puisqu'en eux-mêmes, ils ne permettent pas d'identifier le champ des contentieux ouverts ou non à la transaction administrative — que les contentieux les plus importants en nombre de requêtes ne sont guère concernés par le procédé transactionnel. En effet, le contentieux administratif des étrangers¹⁴⁶⁸ comprend essentiellement les contentieux des mesures d'éloignement du territoire ou de refus de séjour et des naturalisations. Or, ce type d'affaires relève du contentieux objectif et non du contentieux subjectif. Les décisions sont légales ou non, et il n'y a pas lieu de transiger en la matière. C'est donc un contentieux important, et même un contentieux dit « de masse » qui est soustrait au procédé transactionnel.

Il faut aussi constater que le contentieux fiscal, autre grand pan du contentieux des juridictions administratives, est incompatible avec la transaction administrative. Le procédé transactionnel y est, certes, admis, mais dans des limites très étroites. En outre, il ne s'agira

¹⁴⁶⁸ Le contentieux des étrangers relève pour partie de la compétence du juge judiciaire et du juge administratif. V. notamment sur ce point, D. SEGUIN, *Guide du contentieux du droit des étrangers 2013*, Paris, LexisNexis, 2012.

pas d'une transaction administrative, mais d'une transaction fiscale, ce contrat répondant à un régime juridique qui n'est pas celui de la transaction administrative¹⁴⁶⁹.

Les contentieux cumulés de la police, de la fonction publique, du logement et de l'urbanisme et de l'aménagement, représentent une part importante du contentieux administratif. Les chiffres énoncés confondent contentieux objectifs et subjectifs. Or, il y a fort à parier que la proportion des premiers est supérieure, si ce n'est largement supérieure, à celle des seconds. Autant de litiges que la transaction administrative ne peut pas régler.

Il reste des contentieux plus résiduels, comme les contentieux des contrats, des travaux publics et de la santé publique.

Le contentieux dit « des marchés et des contrats publics » est le plus désigné à un règlement transactionnel. Il y a là, un intéressant point de rupture avec l'état du droit antérieur. Si dans sa thèse, soutenue en 1993, A. Ikonou faisait état de transactions « exceptionnelles » en matière contractuelle¹⁴⁷⁰, il n'en est plus rien aujourd'hui, le recours à la transaction pour le règlement de ces litiges ayant été très largement encouragé, faisant même l'objet d'une circulaire particulière¹⁴⁷¹. Dans la majorité des cas, les transactions portées en justice – et qui ont donc fait l'objet d'une décision de justice rendue publique – mettaient initialement en cause un litige contractuel. De même, les saisines des CCRA sont de plus en plus importantes. Or, on sait que les avis rendus par eux sont majoritairement suivis par les parties qui en reprennent la teneur dans une transaction¹⁴⁷².

Il est toutefois difficile d'analyser les chiffres des entrées devant les juridictions administratives. La transaction, fortement recommandée pour l'indemnisation d'un marché annulé mais déjà tout ou en partie exécuté, ne saurait être utilisée pour régler le différend relatif à la légalité d'un marché. Or, les chiffres d'entrée annuelle mêlent contentieux de la légalité et contentieux de la responsabilité. Ce pourcentage, assez faible au demeurant, pourrait-il signifier que seuls les premiers sont portés devant le juge administratif, les autres étant réglés par la conclusion de transactions ? La conciliation et la transaction se seraient-elles développées au point de réduire le contentieux contractuel devant le juge administratif au contentieux de la légalité ? Certes, ce procédé a progressé, il est toutefois peu probable qu'il soit à la fois systématiquement engagé et réussi. Quoi qu'il en soit, il est certain, en la matière, que les efforts en vue de développer le procédé transactionnel ne sont pas restés vains. Bien

¹⁴⁶⁹ V. sur ces différents points, *Supra*, Introduction, p. 40.

¹⁴⁷⁰ A. IKONOU, *Les modes non juridictionnels de règlement des litiges administratifs*, préc., p. 425.

¹⁴⁷¹ Circulaire du 7 septembre 2009, préc.

¹⁴⁷² V. sur ce point, p. 191 et s.

au contraire, la transaction administrative trouve dans ce contentieux un terrain privilégié d'intervention. Elle permet aux parties de restaurer le droit là où il n'était plus respecté, de trouver une issue légale à une situation de fait qui ne l'était pas, et s'agissant des contrats plus particulièrement, d'indemniser un opérateur économique des prestations engagées dans l'intérêt de la collectivité publique en dehors de tout titre légal.

Pour les mêmes raisons, il est possible de supposer que la transaction administrative a toute sa place en matière de travaux publics et de santé publique – pour ce qui relève de l'indemnisation du moins. Le contentieux de l'indemnisation y est important, plus sans doute, que celui de la légalité. Les chiffres tels qu'enregistrés par les juridictions administratives ne permettent pas, toutefois, d'en connaître la proportion exacte, et encore moins celle des transactions conclues.

Le contentieux de l'aide sociale, enfin, peut dans une certaine mesure, trouver une réponse négociée, mesure supposée très faible cependant. Ce contentieux se partage, en effet, entre le contentieux objectif et le contentieux subjectif. Un litige est susceptible de survenir consécutivement au versement de sommes indues par un organisme de prestations sociales à un bénéficiaire. Bien que la situation soit quelque peu différente des contentieux précédents, l'administration étant créancière, et non plus débitrice, une transaction pourra être envisagée. Elle mettra fin au litige, en permettant à l'administration de récupérer tout ou partie de l'indu, et à la personne privée d'éviter un contentieux. Le recours à ce procédé dépend toutefois de la politique arrêtée par chaque organisme.

En droit administratif, la limitation au droit de transiger est manifeste. Un nombre non négligeable de litiges sont exclus, restriction d'autant plus importante qu'ils sont les plus nombreux. Tout le contentieux de la légalité lui est ainsi interdit. Il reste, cependant, le plein contentieux en matière contractuelle et de responsabilité hospitalière, contentieux quantitativement modestes, mais pour la résolution desquels il est fait de plus en plus recours à la transaction. Le bilan est donc parfaitement honorable au regard de la nature même de ce mode de règlement des litiges et du droit administratif. D'autant que s'ajoutent à ces restrictions, d'autres qui tiennent au contenu du contrat.

SECTION II. LES RESTRICTIONS DANS LE CONTENU DES CONCESSIONS RECIPROQUES

Ce n'est pas à la forme du contrat et à ses clauses qu'il importe de s'intéresser ici, mais au cœur de l'engagement des parties. Plus précisément, il s'agit d'étudier la marge de liberté laissée aux parties lors des négociations prétransactionnelles et de déterminer le champ des obligations réciproques que les parties peuvent arrêter. On sait que la transaction administrative se définit comme un contrat ayant pour objet de terminer un litige et impliquant des concessions réciproques de la part des parties. L'extinction du litige a trait au contrat lui-même, quand les obligations réciproques dépendent de la volonté des parties. Si la présence de telles concessions conditionne la qualification de l'acte en transaction, leur nature est laissée à la discrétion des parties. Le litige se trouve éteint dès la conclusion du contrat, et indépendamment de la teneur des concessions réciproques. Bien qu'elles constituent les deux effets du contrat transactionnel, l'extinction du litige et l'exécution des concessions réciproques doivent, à l'évidence, être distinguées. Le choix d'éteindre le litige par ce contrat relève de la liberté de recourir ou non à ce procédé, quand la détermination des obligations réciproques est la marque de la liberté de choisir les termes du contrat.

En l'occurrence, ces restrictions à la libre détermination des obligations réciproques tiennent essentiellement à l'ordre public (§I). Il faut ajouter, à cet égard, que des incertitudes ont pu apparaître quant à la portée de ces restrictions résultant de l'ordre public (§II).

§I. LES RESTRICTIONS DE L'ORDRE PUBLIC

Les parties à une transaction administrative bénéficient d'une liberté relative dans l'établissement de leurs concessions réciproques, puisque le contrat ne saurait porter en lui n'importe quel engagement. Les véritables restrictions à la liberté contractuelle tiennent là encore à l'ordre public (A). Restrictions dont il est toutefois difficile encore de prendre la mesure (B).

A. Les seules restrictions de l'ordre public

Il a été établi que le champ des litiges ouverts à la transaction administrative se trouve limité par les caractéristiques de ce contrat : seuls les litiges qui satisfont aux éléments constitutifs de la transaction administrative sont susceptibles d'être ainsi réglés. Encore une fois, définir, borner, n'est pas limiter. Il en va de même, s'agissant de l'établissement des obligations des parties. Des règles de plusieurs ordres viennent encadrer cette opération. Certaines tiennent à la nature de ce contrat, tandis que d'autres lui sont extérieures. Toutes ne se situent pas sur le même plan. Seule la seconde catégorie de règles est véritablement constitutive d'une limitation de la liberté contractuelle des parties lors de l'établissement des obligations réciproques, la première ne relevant que de la définition du contrat. En effet, l'esprit du procédé transactionnel conditionne la détermination des concessions réciproques sans que l'on puisse parler ici de limitation ou d'atteinte à la liberté contractuelle des parties.

Bien qu'elles ne soient pas visées par le Code civil, le juge tient les concessions réciproques pour un élément indispensable à la qualification d'un accord en transaction. En l'absence de concessions, l'accord sera requalifié. Cette exigence fut d'abord celle du juge judiciaire, avant d'être reprise par le juge administratif¹⁴⁷³.

On sait aussi que la consistance de ces obligations au sein des transactions administratives fait l'objet d'un encadrement particulier en vertu des arrêts *Mergui* et *SA Entreprise Renaudin*. L'interdiction pour les personnes publiques et privées de supporter des sommes qu'elles ne doivent pas – règle comprise de manière souple comme étant l'interdiction des concessions réciproques manifestement disproportionnées au regard de ce qui est dû – imprime un caractère particulier aux transactions administratives. Cet élément fait pleinement partie de la définition de ce contrat. Les obligations réciproques dans les transactions des personnes publiques font nécessairement l'objet d'un encadrement particulier, inhérent au souci de protéger les deniers publics. Par souci d'équité, le Conseil d'Etat a ensuite consacré une protection équivalente pour les personnes privées¹⁴⁷⁴. Si une certaine marge de manœuvre est laissée aux parties, seules étant condamnées les concessions excessives, la règle est toutefois rigoureusement sanctionnée, puisque d'ordre public. La protection ayant comme corollaire l'encadrement, les concessions réciproques ne sont pas tout à fait librement déterminées.

¹⁴⁷³ V. sur ce point, *supra*, p. 127 et s.

¹⁴⁷⁴ V. *supra*, p. 138 et s.

Il n'est pas certain, cependant, qu'il faille voir dans cette règle une limitation de la liberté des parties qui rendrait moins attractif le contrat transactionnel. Surtout, cette protection formalisée des deniers de chacune des parties fait écho à l'esprit transactionnel. Il y a une coïncidence entre ces différentes considérations. Il serait contraire à l'idée qui anime ce contrat qu'une partie consente des obligations excessives au regard de ce qu'elle doit, c'est-à-dire de ce dont elle est réellement responsable.

L'exigence de concessions réciproques participe de l'objectif de pacification sociale du contrat transactionnel, conformément à la conception retenue en droit romain¹⁴⁷⁵ et dans laquelle s'inscrit le droit français¹⁴⁷⁶. Ces concessions réciproques répondent à une attente des parties, à une nécessité psychologique. Elles sont l'essence même de ce procédé, de ce pourquoi les parties en litige y recourent. Pour elles, il s'agit de « dépasser le litige » qui les oppose – suivant l'étymologie du mot – en tirant un avantage de la transaction. Il sera d'autant plus aisé de trouver un terrain d'entente, qu'elles auront procédé chacune à des concessions. « Il est certain que si la renonciation de l'un des contractants n'avait pas un corrélatif dans un sacrifice fait par l'autre, le contrat serait autre chose qu'une transaction », observe Troplong¹⁴⁷⁷.

A l'évidence, le droit français, en exigeant des concessions réciproques de la part des parties à un contrat transactionnel, fait de ce contrat un outil de paix sociale. La transaction n'a pas seulement vocation à offrir une alternative au juge ou de régler un litige de manière plus rapide et moins coûteuse qu'un jugement. Positivement, elle permet de « dépasser » le litige, de réconcilier les parties grâce aux avantages que chacune est susceptible de tirer du contrat¹⁴⁷⁸.

Comment, alors, ce rôle de pacification sociale pourrait-il s'accommoder de concessions excessives ? Contrat transactionnel et concessions excessives sont manifestement antinomiques. L'esprit transactionnel s'oppose à ce qu'une partie s'engage à des obligations disproportionnées au regard de ce dont elle est responsable. Ce contrat suppose un équilibre, une équivalence, non pas entre les concessions des parties, mais entre ce qui peut être consenti et ce qui est dû.

¹⁴⁷⁵ « Une transaction ne peut avoir lieu sans donner, retenir ou promettre quelque chose », énonçait l'article 38 du Code Justinien.

¹⁴⁷⁶ V. *Supra*, p. 129 et s.

¹⁴⁷⁷ R. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du code*, préc., n° 21.

¹⁴⁷⁸ Il est vrai, néanmoins, que le juge a développé une conception large des concessions réciproques, de manière à faire bénéficier les accords conclus des dispositions protectrices du Code civil relatives à la transaction. V. *Supra*, p. 143 et s.

On ne serait voir dans cette solution une atteinte à la liberté contractuelle des parties. L'incompatibilité entre contrat de transaction et concessions manifestement disproportionnées fait partie intégrante de la définition de ce contrat. Quelle que soit la nature du contrat, privée ou administrative, cet élément caractérise la transaction.

Cette caractéristique trouve un écho en droit administratif dans l'interdiction qui est faite aux personnes publiques de payer des sommes qu'elles ne doivent pas. Les deux règles, qui existent indépendamment l'une de l'autre, trouvent en ce point un élément de rencontre. L'interdiction posée par l'arrêt *Mergui* s'applique hors du cadre transactionnel, et inversement, le contrat transactionnel implique par lui-même des concessions non manifestement disproportionnées.

Certes, ces deux impératifs se confondent s'agissant de la transaction administrative. On ne saurait pour autant parler de limitation à la liberté contractuelle des parties. La règle posée par l'arrêt *Mergui* s'ajoute à ce qui est inhérent à l'esprit transactionnel, en écho à une exigence qui existe par ailleurs, et qui fait partie de la définition de la transaction. C'est du reste pourquoi l'équivalent a été dégagé pour les personnes privées parties à une transaction administrative. Encore une fois, définir, borner, délimiter, n'est pas limiter, et l'équilibre des concessions réciproques relève, en l'espèce, de l'essence de ce contrat.

Les véritables limitations sont ailleurs : elles découlent de l'ordre public. La transaction ne saurait déroger aux prescriptions de l'article 6 du Code civil, en portant en lui des clauses contraires à l'ordre public, aux règles, principes et valeurs fondamentaux de l'Etat et de la société, plus précisément¹⁴⁷⁹. C'est un élément que le juge administratif contrôle lors d'une demande d'homologation¹⁴⁸⁰, comme lors d'un recours juridictionnel des parties ou de tiers¹⁴⁸¹, et dont l'atteinte sera sanctionnée par la nullité du contrat.

La difficulté est alors de déterminer ce qu'implique exactement l'ordre public, s'agissant des concessions réciproques des parties.

¹⁴⁷⁹ V. *Supra*, p. 405 et s.

¹⁴⁸⁰ Le considérant de principe en la matière est celui de l'avis, CE, Ass., 6 décembre 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Hay-les-Roses* : « [...] le juge vérifie que les parties consentent effectivement à 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 ». V. p. 301 et s.

¹⁴⁸¹ V. *Infra*, partie II, titre II, chapitre I, section I, § II, p. 461 et s.

B. Les implications de l'ordre public

La jurisprudence n'a guère eu l'occasion de se prononcer sur les restrictions imposées par l'ordre public dans le champ des obligations des parties à un contrat de transaction administrative. Les implications de l'ordre public s'agissant de ce contrat ne sont pas celles qui prévalent pour les contrats les plus exorbitants. En l'occurrence, il est plus difficile de définir positivement ce que l'ordre public implique pour les transactions administratives que ce qu'il n'impose pas.

L'ordre public conditionne l'aménagement de tout contrat. Mais, des contrats de droit privé aux contrats administratifs, les motivations de l'ordre public diffèrent singulièrement. Certes, « certains éléments sont communs aux deux branches du droit, [dans la mesure où] la jurisprudence administrative s'est largement inspirée des principes dégagés par les civilistes touchant à la validité des clauses limitatives de responsabilité », explique D. Pouyaud dans sa thèse¹⁴⁸². Toutefois, « le juge administratif a bâti un ordre public qui lui est propre et qui diffère largement de celui qui régit les rapports contractuels en droit civil »¹⁴⁸³, tempère l'auteur. Tandis qu'en droit privé, les exigences de l'ordre public tendent toutes à garantir l'égalité des parties, en droit administratif, cette égalité est régulièrement remise en cause.

C'est que les contrats administratifs satisfont un but supérieur, difficilement conciliable avec l'égalité contractuelle : assurer au mieux l'intérêt général et la bonne exécution du service public¹⁴⁸⁴. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Compagnie générale française des tramways* de 1910, L. Blum expliquait que « L'Etat ne peut pas se désintéresser du service public des transports une fois concédé. Il est concédé, sans doute, mais il n'en demeure pas moins un service public [...]. L'Etat interviendra donc nécessairement [...] en usant non plus des pouvoirs que lui confère la convention, mais du pouvoir qui lui appartient en tant que puissance publique »¹⁴⁸⁵. La contrepartie du cocontractant à la mise en œuvre de ces prérogatives de puissance publique se situe sur le terrain pécuniaire, puisqu'il aura droit à une indemnité.

¹⁴⁸² D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, préc., n° 324.

¹⁴⁸³ *Ibid.*

¹⁴⁸⁴ « Ce ne sont pas les principes d'égalité contractuelle qui constituent le fondement de l'ordre public en droit administratif. A ceux-ci se substituent des motifs d'intérêt général qui paraissent sous-tendre la notion d'ordre public dans cette branche du droit », indique D. POUYAUD, thèse préc., n° 324.

¹⁴⁸⁵ L. BLUM, conclusions sur CE, 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, D. 1912. III., p. 50.

Plus précisément, l'administration dispose de trois pouvoirs spécifiques à l'égard du cocontractant : un pouvoir de contrôle et de direction, un pouvoir de modification unilatéral, et enfin, un pouvoir de résiliation unilatéral dans l'intérêt du service, qui trouvent leur justification dans la poursuite de l'intérêt public ou les exigences du service public, mais ne sont pas sans limite, le cocontractant ayant droit à la garantie de l'équilibre financier du contrat¹⁴⁸⁶. L'ordre public répond ici à l'intérêt général ; c'est lui qui le motive, lui donne tout son sens et son orientation.

Dans le cadre d'un contrat de transaction administrative, aucun motif d'intérêt général ne semble appeler une telle compréhension de l'ordre public, et consécutivement un tel agencement des rapports contractuels. Certes, ce contrat, par son objectif de pacification sociale et sa contribution au désencombrement des juridictions étatiques, satisfait dans une certaine mesure à l'intérêt général. Le lien est toutefois trop lointain pour justifier un déséquilibre des parties et l'octroi aux personnes publiques du bénéfice de prérogatives exorbitantes du droit commun. Ce serait même contraire à l'esprit transactionnel, dans la mesure où les parties transigent pour « dépasser un litige ». Le caractère administratif d'un tel contrat n'a d'incidence qu'au stade de la saisine juridictionnelle, que ce soit pour l'homologation de la transaction ou pour sa contestation en justice. Aucune des parties à ce contrat ne bénéficie de prérogatives exorbitantes du droit commun¹⁴⁸⁷. Les éléments de droit administratif dans le régime juridique de la transaction administrative tiennent essentiellement à la présence d'une personne publique au contrat, ce qui se produit dans la très grande majorité des cas¹⁴⁸⁸. Aussi les limitations à la liberté contractuelle en matière de transactions administratives ne résultent-elles pas de l'intérêt général, mais de la présence d'une personne publique au contrat.

Même si la jurisprudence est peu disert sur ce point, il est probable que la présence au contrat d'une personne publique limite quelque peu le champ de ce qui est ouvert aux concessions réciproques. Certaines solutions, dégagées à propos d'autres contrats que la transaction administrative, doivent pouvoir lui être appliquées.

Ainsi, l'administration ne peut valablement insérer dans la transaction une clause compromissoire tendant à soumettre tout éventuel nouveau litige à la compétence d'une

¹⁴⁸⁶ V. sur ce point, notamment, L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, préc., n° 456 et s.

¹⁴⁸⁷ V. *supra*, p. 278 et s.

¹⁴⁸⁸ Les litiges relevant de la compétence du juge administratif mettent le plus souvent en cause des personnes publiques, comme on le sait. V. sur ce point, p. 102 et s.

juridiction arbitrale¹⁴⁸⁹. On sait, en effet, que les litiges des personnes publiques ne peuvent relever que de la compétence des juridictions étatiques¹⁴⁹⁰. L'incidence d'une telle interdiction semble toutefois marginale au regard de l'attrait que peut présenter, pour des parties en litige, le procédé transactionnel.

Les parties ne sauraient pas non plus s'accorder sur des obligations contraires au droit. Dans le cadre de leur action, les personnes publiques bénéficient de pouvoirs exorbitants du droit commun et sont assujetties à des obligations particulières dont elles ne peuvent user librement dans le cadre des transactions administratives.

Il serait par exemple contraire à l'ordre public qu'un contrat transactionnel prévoit de nouvelles prestations hors de tout marché de l'administration, en contrepartie de la renonciation du cocontractant au recours relatif à une créance déterminée, quand l'attribution de ces prestations nécessiterait la mise en œuvre préalable d'obligations de publicité et de mise en concurrence. C'est ce que rappelle la circulaire du 7 septembre 2009¹⁴⁹¹.

Il ne serait pas envisageable non plus, observe C. Cantié, d'inclure dans un contrat à la charge du titulaire des garanties procédant des marchés publics – techniques, parfait état d'achèvement, bon fonctionnement, décennale, ... –, dans l'hypothèse où les prestations en cause n'auraient aucune base légale valide¹⁴⁹².

La question, enfin, de l'usage du pouvoir réglementaire de l'administration appelle quelques précisions. Fréquemment, les personnes privées cherchent à négocier l'adoption par la collectivité publique d'un acte réglementaire qui leur serait favorable, comme une évolution du plan local d'urbanisme, par exemple.

S'agissant justement d'une transaction par laquelle une commune s'engageait à accorder une autorisation de lotir à une entreprise, la Cour administrative d'appel de Bordeaux apporte une réponse nuancée et logique. Elle observe d'abord que « l'autorisation de lotir a donné lieu à une instruction selon les modalités prévues par le Code de l'urbanisme ; qu'elle vise le Code de l'urbanisme et le plan d'occupation des sols alors applicable, lequel classait le terrain d'implantation du projet dans une zone où les lotissements sont autorisés ». Elle ajoute, « s'il est vrai que cette autorisation a été prise au visa de la délibération [...] par laquelle le conseil municipal a autorisé le maire à signer le "protocole d'accord

¹⁴⁸⁹ CE, 8 avril 1921, *Compagnie de la N'Goko-Sangha, Leb.*, p. 351.

¹⁴⁹⁰ V. sur cette question, introduction, p. 9.

¹⁴⁹¹ Circulaire du 7 septembre 2009, préc., § 3.1.3.

¹⁴⁹² C. CANTIE, « Marchés publics, prévention et résolution amiable des litiges », fasc. préc., n° 164.

transactionnel" susmentionné avec la SARL [...], ce protocole n'est pas lui-même dénué de considération ayant trait à l'urbanisme puisque d'une part, il énumère les motifs d'urbanisme pour lesquels le maire considère que l'appel introduit par la commune contre le jugement du Tribunal administratif qui avait annulé le refus d'autorisation opposé en 2001 ne peut aboutir, d'autre part, il relève que le plan d'occupation des sols applicable ne lui permet pas de s'opposer à la demande d'autorisation de lotir de la SARL [...] », et conclut que « dans ces conditions, il ne ressort pas des pièces du dossier qu'en délivrant l'autorisation litigieuse, le maire se soit fondé sur des motifs étrangers à l'urbanisme ; que, par suite, c'est à tort que le Tribunal administratif a estimé fondé le moyen tiré de ce que l'autorisation avait été délivrée pour des motifs étrangers à l'urbanisme ; »¹⁴⁹³.

Le fait qu'une collectivité s'engage à user de ses pouvoirs exorbitants du droit commun dans une transaction ne la rend pas nécessairement illégale. Elle ne le sera que si l'acte réglementaire est illégal. Par ricochet, la transaction sera elle-même réputée méconnaître l'ordre public.

La marge de manœuvre dont disposent les parties dans la détermination du contenu de leur transaction présente manifestement quelques spécificités. Contrairement aux contrats les plus exorbitants, les obligations des parties doivent être équilibrées — au regard des responsabilités de chacune, naturellement. De même, la présence de personnes publiques s'accompagne inévitablement de restrictions propres au droit administratif, puisqu'elles sont soumises à des obligations particulières. Toutefois, la jurisprudence récente a fait naître des incertitudes quant à la portée exacte de l'ordre public dans les transactions administratives.

§II. LA PORTEE INCERTAINE DES RESTRICTIONS DE L'ORDRE PUBLIC

L'arrêt *Société Krupp Hazemag* du 11 juillet 2008 laisse en suspens plusieurs questions relativement à la portée des restrictions qu'impose l'ordre public dans le champ des concessions réciproques¹⁴⁹⁴.

En l'espèce, on s'en souvient, le district de Sarreguemines avait confié en 1975 et jusqu'en 1996, par convention, à la société Krupp Hazemag, l'exploitation d'une station de

¹⁴⁹³ CAA Bordeaux, 7 septembre 2009, *SARL Les hauts du golf*, N° 08BX01772, 08BX01773.

¹⁴⁹⁴ CE, 11 juillet 2008, *Société Krupp Hazemag*, préc.

broyage de déchets. Une explosion accidentelle de l'usine en 1994 a toutefois contrarié l'exécution du contrat. La société a mis en place une solution de substitution provisoire, tout en sollicitant du district l'autorisation de remettre en l'état les installations détruites. Faute de réponse, elle a fini par informer le district, le 13 avril 1995, qu'elle cesserait d'assurer le traitement des ordures ménagères à compter du 30 avril. Aussi le district a-t-il repris l'exploitation sur un autre site, et la société saisit le Tribunal administratif de Strasbourg, le 26 juin, d'une demande tendant à ce que celui-ci prononce la résiliation de la convention et condamne le district à l'indemniser de son préjudice.

Le 24 octobre 2000, le Tribunal, faisant partiellement droit à la demande de la société, a jugé que le district avait commis une faute en prolongeant la période au cours de laquelle la société a dû supporter un surcoût d'exploitation et a condamné la collectivité à lui verser la somme de 228 773 francs. Mais par un autre jugement, rendu le 24 juillet 2001 après un supplément d'instruction, le Tribunal a estimé également que la société avait méconnu ses obligations contractuelles en procédant elle-même à la résiliation du contrat. A ce titre, il l'a condamnée à verser au district la somme de 5 134 425,69 francs.

La Cour administrative d'appel de Nancy, saisie de plusieurs recours, a rejeté ceux de la société, et réduit de moitié la somme que le district devait assumer.

Les parties ayant fini par s'entendre au stade de la cassation, la société demanda au Conseil d'Etat d'homologuer la transaction. C'était même une condition de son désistement.

Aux termes de la transaction, les parties s'étaient mises d'accord pour remettre de moitié les créances détenues par chacune d'elles, en effectuer le versement en deux fois et à renoncer aux intérêts de retard. La société s'engageait, par ailleurs, à poursuivre son activité à Sarreguemines pour une durée minimale de cinq ans à compter du 1^{er} octobre 2006 et à employer en moyenne 80 personnes par an. Faute pour elle de respecter cette moyenne, elle aurait à verser 100 000 euros chaque année de manquement. Enfin, la société devait se désister de son pourvoi.

Après avoir écarté la première difficulté, consistant à déterminer s'il pouvait être transigé au stade de la cassation¹⁴⁹⁵, il restait au Conseil d'Etat à examiner le contrat au regard des éléments énoncés par l'avis *L'Hajj-les-Roses* : « il appartient au juge administratif, qui se prononce en tant que juge de l'homologation, de vérifier que les parties consentent effectivement à la transaction, que l'objet de celle-ci est licite, qu'elle ne constitue pas de la

¹⁴⁹⁵ V. *Supra*, p. 77-78.

part de la collectivité publique une libéralité et ne méconnaît pas d'autres règles d'ordre public »¹⁴⁹⁶. En l'occurrence, la Haute juridiction accepte d'homologuer le contrat, se bornant à indiquer qu'« il résulte de l'instruction que le protocole d'accord [...] n'a pas d'autre objet que de mettre fin, par des concessions réciproques, au litige porté par les deux parties devant la juridiction administrative ; que le protocole a été régulièrement signé, n'est pas constitutif d'une libéralité de la part de la communauté d'agglomération et ne méconnaît aucune autre règle d'ordre public ; qu'ainsi, rien ne s'oppose à son homologation »¹⁴⁹⁷.

La validité de la transaction était toutefois loin d'être évidente, comme le signifient les conclusions — partiellement contraires — de B. Dacosta¹⁴⁹⁸. C'est justement là que résident les incertitudes sur le sens de cet arrêt. En l'espèce, le doute portait sur l'absence de libéralité comme sur le respect du droit des interventions économiques des personnes publiques, et ce faisant sur la licéité de l'objet de la transaction.

Le doute sur l'absence de libéralité résultait de l'engagement de chacune des parties de remettre la moitié de sa créance détenue sur l'autre. Certes, l'effort était équivalent, mais ce n'est pas ce qui importe, la validité des concessions réciproques s'appréciant au regard de ce qui est dû. Plus précisément, la libéralité s'entend d'une concession sans obligation préexistante ou manifestement disproportionnée au regard de ce qui est dû. Or, en l'occurrence, l'arrêt de la Cour administrative d'appel ayant « transformé les prétentions en créances »¹⁴⁹⁹, la remise par la collectivité de la moitié de sa créance, soit 2 567 213 francs, pouvait sembler manifestement disproportionnée. Toutefois, cet effort était compensé par l'engagement de l'entreprise de maintenir l'emploi pendant cinq ans, tout manquement entraînant en amende de 100 000 euros par année. La collectivité n'abandonne pas sa créance ; elle l'échange contre une prestation matérielle, relativement équivalente en coût pour l'entreprise et de nature à satisfaire l'intérêt général. « En valeur absolue, par rapport aux charges respectives qui auraient pesé sur les parties à la suite de l'arrêt de la cour administrative d'appel, la concession financière de la collectivité est élevée. Mais, d'une part, l'effort est proportionnellement comparable [...] ; d'autre part, l'accord se traduit par le maintien de 80 emplois en moyenne annuelle, ce qui répond au but d'intérêt général recherché

¹⁴⁹⁶ CE, 11 juillet 2008, *Société Krupp Hazemag*, préc.

¹⁴⁹⁷ CE, 11 juillet 2008, *Société Krupp Hazemag*, préc.

¹⁴⁹⁸ B. DACOSTA, Concl. sur CE, 11 juillet 2008, *Société Krupp Hazemag*, préc.

¹⁴⁹⁹ V. *Ibid*, p. 955.

par la collectivité », observent E. Geffray et S.-J. Liéber¹⁵⁰⁰.

Si l'on admet que des éléments extérieurs aux données initiales du litige puissent être concédés par une transaction, le contrat n'était pas ici constitutif d'une libéralité. C'est faire là une analyse assez souple de ce qui peut être consenti, de manière à conférer un plus grand intérêt encore à la transaction administrative. En homologuant le contrat qui lui était soumis, le Conseil d'Etat a validé cette conception de la transaction administrative. Pertinente du point de vue du dynamisme de ce procédé, cette solution est aussi susceptible de faire naître des difficultés.

En effet, l'introduction de données extérieures au litige initial dans la transaction ne doit pas contrevenir à l'ordre public. Il convient de s'assurer qu'à l'occasion ou sous couvert de la résolution d'un litige, la transaction n'a pas pour objet de contourner les règles de droit. Le juge de l'homologation doit notamment contrôler la licéité de l'objet de la transaction en cause et l'absence de violation des règles d'ordre public autres que celle de l'interdiction de pratiquer des libéralités. C'est sur ce point que la validité de la transaction conclue entre le district de Sarreguemines et la société Krupp Hazemag était discutable.

Pour B. Dacosta, il était clair que la transaction constituait une aide au développement économique du territoire contraire à la fois au droit français et au droit européen des aides publiques aux entreprises.

En effet, les lois du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité¹⁵⁰¹ et du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales¹⁵⁰² consacrent la primauté de la région en matière de développement économique. Cette dernière doit apparaître comme « le chef de fil » en matière de développement économique¹⁵⁰³. Certes, les autres collectivités territoriales et leurs groupements¹⁵⁰⁴ disposent toujours d'une marge de manœuvre, mais de concert avec la région, ou à tout le moins, sous son autorité. Ainsi, ils « n'ont en la matière qu'un rôle complémentaire, qui repose sur trois possibilités distinctes : la participation au financement des aides prévues par la région dans le cadre d'une convention passée avec la région ; la mise en œuvre d'un projet d'aide ou de régime approuvé par la région ;

¹⁵⁰⁰ E. GEFFRAY, S.-J. LIEBER, « Le juge de cassation face à l'homologation », préc., p. 1591.

¹⁵⁰¹ L. n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie locale.

¹⁵⁰² L. n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales.

¹⁵⁰³ J.-P. COLSON, *Droit public économique*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. Manuel, 7^e éd., 2014, n° 654.

¹⁵⁰⁴ Il faut, à cet égard, noter qu'en vertu de l'article L. 5216-5 du Code général des collectivités territoriales, les compétences résiduelles des communes en matière de développement économique sont désormais exercées de plein droit par les communautés d'agglomération.

l'intervention conjointe de l'Etat et d'une collectivité infrarégionale ou d'un groupement subordonnée à la passation d'une convention, dont copie est alors adressée au président du conseil régional par le représentant de l'Etat »¹⁵⁰⁵.

Or, comme le soulignait le Commissaire du gouvernement, « en l'espèce, si l'on se fonde sur une analyse réaliste des termes de la transaction, la communauté d'agglomération a bien eu l'intention de favoriser le développement économique de son territoire, et elle a, à cette fin, renoncé à percevoir une somme qu'elle estimait lui être due », sans pour autant qu'il ressorte des « informations transmises par les parties que l'accord de la région qui est la condition minimale indispensable à la licéité de l'aide ait été sollicité et encore moins obtenu »¹⁵⁰⁶. Aussi concluait-il que « la communauté d'agglomération, en utilisant le vecteur de la transaction, est intervenue en matière de développement économique en méconnaissance des dispositions de l'article L. 511-2 du Code général des collectivités territoriales »¹⁵⁰⁷, et par là-même, a enfreint une règle d'ordre public.

Il faut aussi tenir compte du droit européen, et plus précisément de l'article 107 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qui pose une interdiction de principe des aides publiques qui faussent ou menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions, lorsqu'elles sont susceptibles d'affecter les échanges entre les Etats-membres. Ces aides publiques font l'objet d'une analyse extensive par la Commission européenne et la Cour de Justice tant du point de vue organique que du point matériel. Ainsi, l'aide résulte de ressources d'Etat¹⁵⁰⁸, et se manifeste « non seulement [par] des prestations positives telles que des subventions, des prêts ou des prises de participation au capital d'entreprises, mais également [par] des interventions, qui, sous des formes diverses, allègent les charges qui grèvent normalement le budget d'une entreprise et qui, par là, sans être des subventions au sens strict du mot, sont de même nature et ont des effets identiques »¹⁵⁰⁹. En outre, les institutions européennes raisonnent en termes de normalité¹⁵¹⁰,

¹⁵⁰⁵ J.-P. COLSON, *Droit public économique*, préc., n° 654.

¹⁵⁰⁶ B. DACOSTA, « L'homologation d'une transaction en cassation », préc., p. 958.

¹⁵⁰⁷ *Ibid.*

¹⁵⁰⁸ Le droit européen vise « l'ensemble des aides accordées par les Etats-membres au moyen de ressources d'Etat, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre le cas où l'aide est accordée directement par l'Etat ou par des organismes publics ou privés qu'il institue ou désigne en vue de gérer l'aide » expliquent R. MOULIN et P. BRUNET, *Droit public des interventions économiques*, Paris, LGDJ, coll. Droit des affaires, 2007, p. 131.

¹⁵⁰⁹ *Ibid.*

¹⁵¹⁰ Comme l'explique F. Berrod, « l'aide d'Etat ne pouvant s'apprécier par rapport à son but, il convient de faire une analyse économique de ses effets. Pour savoir si elles sont ou non constitutives d'aides d'Etat interdites, on applique donc le critère du créancier privé, qui consiste à comparer l'opération avec l'attitude qu'aurait eue un créancier privé cherchant à obtenir le paiement des sommes qui lui sont dues par un débiteur connaissant des difficultés financières similaires (CJCE, 29 avr.

et la condition tenant à ce que la mesure soit susceptible de fausser la concurrence est présumée remplie du fait pour son bénéficiaire d'intervenir dans le secteur concurrentiel. Pour autant, toute aide d'Etat n'est pas prohibée, à l'instar de celles qui subventionnent des activités de service public. Quoi qu'il en soit, la Commission européenne est compétente pour décider de la compatibilité ou non des aides, le juge national étant, lui, chargé de « sanctionner, le cas échéant, l'invalidité de dispositions du droit national qui auraient institué ou modifié une telle aide en méconnaissance de l'obligation, qu'impose aux Etats membres [...] l'article 88 du Traité [de Rome, devenu article 108 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne], d'en notifier à la Commission, préalablement à toute mise à exécution, le projet »¹⁵¹¹. En effet, toute aide doit faire l'objet d'une notification à la Commission, dès lors qu'elle excède le montant dit *de minimis*, c'est-à-dire 200 000 euros sur une période de trois exercices fiscaux. La règle est d'ordre public, et le défaut de notification non régularisable¹⁵¹².

Au regard du critère de la normalité prévalant en la matière, la concession de la collectivité aurait probablement été qualifiée d'aide d'Etat susceptible de fausser la concurrence. Un créancier privé n'aurait sans doute pas accepté de diminuer de moitié de sa créance contre l'engagement de maintenir l'emploi. « Nous n'avons donc, en définitive, guère de doute à considérer que, dans les circonstances de l'espèce, et sous couvert d'une transaction, le dispositif adopté s'apparente bien à une aide d'Etat », concluait B. Dacosta¹⁵¹³. Aide d'Etat qui n'aurait, au surplus, jamais fait l'objet d'une notification auprès de la Commission.

Que ce soit au regard du droit interne ou du droit européen, il y avait donc de sérieuses raisons de douter de la légalité de la transaction pourtant homologuée, et il est difficile de prendre la mesure de la décision *Société Krupp Hazemag*. Plusieurs analyses sont envisageables : soit le Conseil d'Etat juge que le droit des interventions économiques ne relève pas de l'ordre public, soit il considère que l'objet de la transaction peut permettre de déroger aux règles d'ordre public, soit, enfin, il estime qu'il n'appartient pas au juge de l'homologation de se livrer à un examen aussi approfondi de la légalité des transactions.

1999, *Espagne c/ Commission*, aff. C-342/96, Rec. I. 2459, point 46). », F. BERROD, « Aides (Notion) », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, n° 123. V. aussi S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, préc., n° 446.

¹⁵¹¹ CE, 27 février 2006, *Compagnie Ryanair Limited et Chambre de commerce et d'industrie de Strasbourg et du Bas-Rhin*, cité par B. Dacosta, *Concl. sur l'arrêt Société Krupp Hazemag*, préc., p. 958.

¹⁵¹² V. sur ce point, notamment, S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, préc., n° 465.

¹⁵¹³ B. DACOSTA, *Concl. sur CE, 11 juillet 2008, Société Krupp Hazemag*, préc., p. 959.

E. Geffray et S.-J. Liéber s'accordent sur ces deux dernières analyses. Ils expliquent, d'une part, « que l'accord en cause ne constituait, en tout état de cause, pas une aide publique dès lors qu'il n'avait, selon les termes mêmes de la décision, "d'autre objet que de mettre fin, par des concessions réciproques, au litige porté par les deux parties devant la juridiction administrative" »¹⁵¹⁴ ; et d'autre part, qu'« il serait tout aussi difficile que risqué pour le juge de l'homologation de devoir se saisir de moyens de légalité tous azimuts, alors même que les parties ne lui auraient donné aucun élément lui permettant de se prononcer »¹⁵¹⁵.

Il est peu probable que le Conseil d'Etat admette des dérogations aux règles d'ordre public. Plus certainement, il s'est conformé à ce qu'exige la procédure de l'homologation, qui, comme on le sait, n'est destinée qu'à poser « une présomption de légalité » des contrats¹⁵¹⁶. Dans ce cas, il n'y a pas ici d'atténuation aux exigences de l'ordre public dans les transactions, mais la mise en oeuvre d'un contrôle nécessairement restreint. Le contrôle de l'homologation consiste, en effet, à examiner les éléments essentiels du contrat.

La transaction soumise au Conseil d'Etat à fin d'homologation soulève une délicate question, qui conditionne le maintien même de cette procédure : faut-il admettre que le juge ne puisse procéder qu'à un examen sommaire de la validité des transactions, au risque d'homologuer des transactions en réalité illégales ? L'homologation présente un intérêt certain, en facilitant l'exécution des transactions. Rien n'interdit par ailleurs aux tiers au contrat d'agir au fond. Il faut alors admettre que le contrôle du juge de l'homologation ne constitue qu'un contrôle restreint. Quoi qu'il en soit, il conviendrait que le Conseil d'Etat précise encore les éléments de son contrôle. Les chroniqueurs du Conseil d'Etat plaident pour l'instauration d'un « socle » de règles d'ordre public à examiner d'office par le juge de l'homologation, qui comprendrait les « signature régulière ; compétence et consentement des parties ; licéité de l'objet et absence de libéralité », des règles qui, pour eux, « ne font pas de doute »¹⁵¹⁷. Ils estiment qu'« en dehors du socle évoqué, seules les dispositions législatives expresses d'ordre public doivent être prises en compte »¹⁵¹⁸. Le problème est alors d'identifier les contours de cette dernière catégorie. Ce sera la tâche de la jurisprudence et plus particulièrement des juges du fond.

¹⁵¹⁴ E. GEFFRAY, S.-J. LIEBER, « Le juge de cassation face à l'homologation », préc., p. 1591.

¹⁵¹⁵ *Ibid.*, p. 1592.

¹⁵¹⁶ V. sur ce point, p. 289 et s.

¹⁵¹⁷ E. GEFFRAY, S.-J. LIEBER, « Le juge de cassation face à l'homologation », préc., p. 1592.

¹⁵¹⁸ *Ibid.*

Si des interrogations demeurent, « il paraît en tout cas, que la transaction qui permet de renoncer, doit permettre aussi aux personnes publiques de développer leurs capacités d'action [...]. Ainsi, le juge participera-t-il à "ce développement du recours à la transaction pour le règlement amiable des conflits" auquel invitait le Premier ministre en 1995 »¹⁵¹⁹.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

La volonté manifeste depuis quelques années des pouvoirs publics d'encourager le développement de la transaction rencontre nécessairement des limites en droit administratif. Ces limites tiennent, plus exactement, à l'ordre public, c'est-à-dire aux règles fondamentales d'un Etat et de la société. Se trouve restreinte la liberté contractuelle des parties litigantes en matière administrative, liberté entendue comme la liberté de contracter ou non et comme celle de définir le contenu du contrat. Certes, les contraintes de l'ordre public s'imposent aussi aux personnes privées susceptibles de transiger, mais elles sont plus denses en droit administratif.

Les possibilités de recours à la transaction sont ainsi plus limitées en matière administrative. Malgré le mouvement contractualiste lancé depuis quelques années, le contrat ne saurait pénétrer en tout domaine. La nature des litiges relevant du droit administratif exclut nécessairement du champ transactionnel nombre d'entre eux. Tout ce qui a trait au contentieux de la légalité relève ainsi de la seule compétence du juge étatique. Or, il s'agit précisément des contentieux les plus importants quantitativement. Demeurent alors ouverts à la transaction administrative les contentieux de la responsabilité, qui sans être marginaux, sont bien moins nombreux. Comme le signifie F. Nicoud, « l'utilisation fréquente de ce mécanisme ne doit pas pour autant faire oublier que son champ d'intervention reste par principe circonscrit au plein contentieux, au droit de la responsabilité et des contrats, visant avant tout à se prononcer sur les droits subjectifs des administrés »¹⁵²⁰.

De la même façon, l'ordre public restreint le contenu des transactions administratives. La présence d'une personne publique au contrat emporte l'application de règles d'ordre public

¹⁵¹⁹ B. PACTEAU, note sous CE, Ass., 11 juillet 2008, *Société Krupp Hazemag*, préc., p. 963.

¹⁵²⁰ F. NICLOUD, « L'impossibilité de transiger en matière d'excès de pouvoir », *Dr. Adm.* 2008, comm. 8, p. 39.

particulières. Toutefois, il faut relativiser l'incidence de telles restrictions sur l'attrait de la transaction administrative, puisqu'elles sont moins contraignantes que ce qui prévaut à l'égard du champ d'intervention du contrat transactionnel.

C'est au regard de tous ces éléments qu'il faut mesurer le bilan de la transaction administrative. Il en ressort que, si ce contrat n'est pas en mesure de s'imposer avec la même évidence que le juge étatique, il n'en reste pas moins qu'au regard des limites relatives à son domaine d'intervention et à la nature des concessions envisageables, ce bilan est honorable. La transaction s'est effectivement imposée là où elle était toute désignée pour ce faire : le règlement des litiges de la commande publique et de la responsabilité hospitalière.

CONCLUSION DU TITRE I

De toute évidence, « l'allergie traditionnelle au consensualisme »¹⁵²¹ du système juridique français complique l'ancrage de la transaction administrative. La conciliation entre contrat et résolution des litiges ne peut s'accomplir pleinement en droit administratif. Il est très peu probable, à cet égard, que la transaction administrative devienne un mode usuel de règlement des litiges. Ce qui ne signifie nullement que les efforts entrepris par les pouvoirs publics aient démerité. Deux raisons permettent d'expliquer ce phénomène.

Dans l'opinion commune, toute résolution valable des litiges passe nécessairement par le juge étatique. Une comparaison avec le droit américain permet de mettre en évidence cette particularité de la culture juridique française qui consiste à regarder la justice comme étant essentiellement le fait du juge étatique. Il n'est guère étonnant alors que les modes alternatifs de règlement des litiges soient secondaires, méconnus et mal-considérés. En effet, l'histoire de la résolution des litiges est l'histoire de la centralisation et de l'étatisation de la justice. Ce mouvement commence avec l'affirmation de l'autorité royale au Moyen Age, se poursuit sous l'Ancien Régime, semble connaître quelques altérations sous la Révolution, pour finalement aboutir au XIX^e siècle. Une étude consacrée à la transaction administrative ne saurait donc faire l'économie de ces éléments d'ordre socio-juridique, car ils contribuent à expliquer, en France, de nos jours, la prédominance de la justice étatique et, consécutivement, le caractère secondaire du procédé transactionnel.

La combinaison du règlement des litiges et du contrat semble d'autant plus difficile à réaliser pour les personnes publiques — impliquées, le plus souvent, dans des litiges administratifs. D'une part, parce qu'elles sont davantage accoutumées à agir par l'acte unilatéral, et d'autre part, parce que les personnes privées pourraient craindre, à tort, de se trouver en situation de faiblesse par rapport aux personnes publiques. Pour ces raisons, les uns et les autres préféreront s'en remettre au juge. Le développement des commissions de

¹⁵²¹ P. YOLKA, *Traité de droit administratif*, t. II, préc., p. 587.

conciliation, calquées sur le fonctionnement de la juridiction administrative, témoigne de cette méfiance à l'égard du mode transactionnel de règlement des litiges.

Mais, indépendamment de la culture juridique et de manière beaucoup plus pratique, on observe que le droit administratif constitue en lui-même un frein à l'essor de la transaction administrative. L'article 6 du Code civil, interdisant de « déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs », limite à la fois le recours au contrat transactionnel et la détermination de la teneur des concessions réciproques. Or, ces freins sont plus denses s'agissant des personnes publiques que des personnes privées. Un nombre important de litiges auxquels sont parties les personnes publiques, se trouvent exclus du champ transactionnel, à l'instar de ceux qui ont trait à la légalité. Restent ouverts à la transaction les contentieux de la commande publique et de la responsabilité hospitalière. De la même façon, toute concession réciproque n'est pas envisageable, ce qui tend à diminuer quelque peu l'attrait de cet outil auprès des intéressés. On ne saurait alors s'étonner de ce que le volume de transactions administratives — dont, au demeurant, il n'existe pas de chiffres précis — demeure modeste.

Plutôt que de conclure à l'échec du procédé transactionnel en droit administratif et des mesures d'encouragement dont il a fait l'objet, il faut insister sur le contexte dans lequel il intervient. Au regard de la pratique, comme du droit, le système juridique français ne peut être le terrain d'un développement massif de la transaction administrative. Compte tenu de ces entraves, le bilan de celle-ci est parfaitement honorable. Dans tous les domaines où ce contrat est susceptible de valablement intervenir, il s'est développé, comme pour la résolution des litiges de la commande publique, des travaux publics et de la responsabilité hospitalière.

Il faut ajouter que la nature contractuelle de la transaction administrative soulève une autre série de difficultés : le choix de ce règlement des litiges ne va sans risques. A supposer que les parties aient connaissance de ce procédé, qu'elles choisissent d'y recourir, qu'il leur soit effectivement ouvert, et qu'elles parviennent à s'accorder sur les obligations de chacune, le litige n'est pas toujours assurément réglé.

TITRE II

LES ENTRAVES INTRINSEQUES A LA TRANSACTION ADMINISTRATIVE

Bigot de Préameneu tenait la transaction pour le plus heureux des modes de règlement des litiges : « De tous les moyens de mettre fin aux différends que font naître entre les hommes leurs rapports variés et multipliés à l'infini, le plus heureux dans tous ses effets est la transaction, ce contrat par lequel sont terminées les contestations existantes, ou par lequel on prévient les contestations à naître »¹⁵²². Quoi de plus satisfaisant, en effet, que des parties parvenant à se réconcilier au moyen de concessions réciproques ? Sans compter qu'une solution négociée et arrêtée par les intéressés eux-mêmes est la garantie d'une bonne exécution du contrat. Dans cette perspective, la transaction permet bien de dépasser le litige.

Cependant, les avantages de la transaction ne doivent pas faire oublier les risques inhérents à sa nature d'acte contractuel. Bertrand d'Argentré y voyait d'ailleurs une « matière à disputes »¹⁵²³. Ce qui fait l'attrait de la transaction, la souplesse et la maîtrise de l'issue du litige, peut aussi se révéler dangereux. Il arrive que les parties qui souhaitaient régler rapidement leur litige sans recourir au juge étatique soient finalement contraintes d'y faire appel, si bien que la solution négociée et rapide laisse place à une procédure juridictionnelle étatique et longue. En effet, il ne faut pas se laisser abuser par le mouvement d'exaltation du contrat qu'A. Jeammaud appelle le « paradigme contractuel »¹⁵²⁴. Sans doute la vérité se trouve-t-elle dans la nuance : la transaction apparaît comme « le plus heureux » des modes de règlement des litiges à condition que les parties disposent de solides connaissances juridiques — particulièrement pour les litiges complexes — et qu'elles se montrent loyales les unes envers les autres. Dans le cas contraire, ce contrat peut effectivement devenir « une matière à disputes ».

¹⁵²² Ainsi s'exprimait BIGOT DE PREAMENEU à la séance du Corps législatif du 24 ventôse An XII, « Exposé des motifs de la loi sur les transactions », in *Recueil complet des discours prononcés lors de la présentation du Code civil*, préc.

¹⁵²³ B. D'ARGENTRE, *Costumes générales du pays et duché de Bretagne*, Allin, 1661, Question XXVIII, n° 1995.

¹⁵²⁴ A. JEAMMAUD, « Genèse et postérité de la transaction », in *La transaction dans toutes ses dimensions*, préc., p. 9.

Contreparties de la souplesse et de la liberté, le procédé transactionnel présente intrinsèquement des risques¹⁵²⁵, qui contribuent à dissuader les parties d'y recourir. Il y a d'abord le risque de conclure une transaction désavantageuse, voire illégale, et ensuite, le risque qu'elle soit mal exécutée, voire inexécutée. Plus précisément, le risque réside à la fois dans l'hypothèse d'un nouveau litige face à une transaction légale, que ce soit à l'initiative des parties ou de tiers, et dans celle de l'absence de litige face à une transaction illégale. Il est vrai que le caractère administratif de ce contrat offre quelques garanties. D'une part, sa passation est assez encadrée, ce qui atténue le risque de transactions désavantageuses ou illégales. D'autre part, il peut bénéficier du mouvement engagé par le Conseil d'Etat en faveur de la stabilité des relations contractuelles, réduisant ainsi le risque d'annulation des transactions. Si le risque est donc surtout celui de transactions inexécutées ou mal exécutées (Chapitre II), celui qui a trait à la formation desdits contrats est réduit sans disparaître tout à fait (Chapitre I).

¹⁵²⁵ Les termes de « risques » et de « dangers » seront ici entendus dans leur sens commun, c'est-à-dire, selon le *Dictionnaire Larousse*, comme « la possibilité, la probabilité d'un fait, d'un événement considéré comme un mal ou un dommage » et comme « ce qui constitue une menace pour quelqu'un, quelque chose », respectivement. Il s'agit d'étudier tous les risques et dangers qui compromettent une résolution définitive et satisfaisante des litiges, sans viser une analyse en particulier, comme l'analyse économique par exemple.

CHAPITRE I

LES ENTRAVES LIEES A LA FORMATION DE LA TRANSACTION ADMINISTRATIVE

En transigeant les parties décident de mettre fin à leur litige en s'accordant des concessions réciproques. Le droit français n'adhérant pas pleinement au principe de l'autonomie de la volonté, il faut encore, pour que le contrat soit valable, que le consentement soit accordé librement et en parfaite connaissance de cause. Malgré ces garanties, conclure un contrat comporte nécessairement des risques, ne serait-ce que celui de se voir lié par un accord désavantageux. C'est là son essence, et le contrat transactionnel n'y échappe pas. Dans sa thèse, *Transaction et protection des parties*, L. Poulet consacrait de longs développements aux « dangers du recours à la transaction » : les rapports de force inégaux entre les parties et le caractère inéquitable de certaines transactions, la confidentialité, la quasi-intangibilité de la transaction — résultant de l'autorité de la chose jugée reconnue à ce contrat et de la conception stricte des vices du consentement qui lui est appliquée — et l'absence de force exécutoire enfin¹⁵²⁶. En droit administratif, ces risques présentent nécessairement quelques particularités. En l'occurrence, ils sont multiples et proviennent, selon les circonstances, autant de la remise en cause du contrat que son immutabilité.

Si en droit privé les « dangers » du recours à la transaction tiennent davantage au contenu de l'accord, ils résultent en droit administratif du formalisme inhérent à la présence d'une personne publique. En effet, les personnes publiques ne peuvent valablement exprimer leur consentement qu'au travers d'une procédure lourde et complexe, façonnée de plusieurs étapes toutes relativement formelles. Pour les cocontractants, le risque est avéré de manquer à une obligation, affectant ainsi la procédure de passation du contrat. Tiers et cocontractants pourront s'en prévaloir pour demander au juge de prononcer la nullité du contrat. Si l'heure est à la stabilité des relations contractuelles, il n'en reste pas moins que la transaction administrative, contrat administratif, est exposée à un risque contentieux, et que

¹⁵²⁶ L. POULET, *Transaction et protection des parties*, préc., n° 27 et s.

« contrairement à ce que l'on croit, signer une transaction n'offre pas la garantie absolue qu'un procès pourra être évité en définitive »¹⁵²⁷.

A l'inverse, les règles du droit administratif diminuent les risques liés au contenu de l'accord et à la teneur du consentement. Si le droit administratif apporte effectivement des garanties en la matière, il faut toutefois préciser que leur sanction nécessite une action en justice, et surtout qu'elles ne visent que des hypothèses limitées.

La transaction administrative n'assure donc pas toujours aux parties une résolution définitive et avantageuse de leur litige. Pèsent sur elles à la fois le risque de commettre une irrégularité dans la procédure de passation susceptible de menacer la stabilité du contrat lui-même (Section I) et celui de ne pouvoir se désengager d'un contrat désavantageux (Section II).

SECTION I. LA CONTESTATION DE LA PROCEDURE DE PASSATION

Le consentement des personnes publiques s'exprime au travers d'une procédure complexe au formalisme important. De ce fait, la passation des contrats devient une opération délicate pour les personnes publiques, qui peuvent commettre malgré elles des irrégularités. En outre, ces irrégularités sont susceptibles d'être contestées à la fois par les parties au contrat et par les tiers. En effet, « il n'y a pas de véritable *penitus extranei* en droit administratif [...]. Personne n'est entièrement étranger à ce qui est avant tout un acte administratif, c'est-à-dire un moyen pour l'Administration d'exercer sa mission », rappelle R. Noguellou¹⁵²⁸.

Il ne peut en être autrement pour le contrat administratif que constitue la transaction administrative. Sa passation, même allégée des procédures de publicité et de mise en concurrence, doit satisfaire un certain nombre de règles, qui représentent autant de risques d'irrégularités (§I). Les parties comme les tiers peuvent agir en justice pour contester la régularité du contrat. Il ne saurait s'agir ici de remettre en cause l'intérêt des règles de passation des contrats, encore moins de plaider pour la suppression des voies de recours au nom de la stabilité des contrats, mais plus raisonnablement d'établir dans quelle mesure les

¹⁵²⁷ M. BISSARA, Concl. sur CE, 29 septembre 1983, *Société des Etablissements Prévost, Leb.*, p. 377, cité par M. Sauveplane, concl. sur TA Grenoble, 14 novembre 2003, *Société des Autoroutes Rhône-Alpes (AREA)*, RFDA 2004, p. 1179.

¹⁵²⁸ R. NOGUELLOU, « L'arrêt *Société Tropic travaux signalisation* et la notion de tiers au contrat », RDC 2008, p. 610.

transactions sont impropres à permettre un règlement définitif des litiges du fait de ces irrégularités potentielles et de leur sanction, ce qui freine d'autant le développement de ce procédé (§II).

§I. LES IRREGULARITES POSSIBLES

Si un échange de consentements valables suffit à faire naître un contrat entre personnes privées, il en va différemment pour les contrats des personnes publiques. « L'action administrative, dans ses actes et dans ses opérations ne relève pas d'une volonté autonome, mais d'une volonté enserrée dans des règles définissant les conditions dans le cadre desquelles elle s'exerce et les buts qu'elle doit poursuivre »¹⁵²⁹. L'expression du consentement des personnes publiques est soumise à un formalisme important qui conditionne bien souvent la validité du contrat. Il y a là une « spécificité formelle » du contrat administratif¹⁵³⁰. Or, plus la procédure d'élaboration des contrats des personnes publiques est complexe, plus le risque d'irrégularité est consécutivement important.

« En droit administratif, observe E. Glaser, les irrégularités qui peuvent entacher le contrat sont extrêmement nombreuses »¹⁵³¹. En effet, c'est au travers de toute une succession d'actes administratifs que le consentement des personnes publiques s'exprime. Aussi faut-il compter avec ce que D. Pouyaud appelle « l'environnement de droit objectif du contrat » des personnes publiques¹⁵³², dans la mesure où la validité du contrat administratif dépend de données qui lui sont extérieures.

Il ne s'agit pas ici de contester la pertinence de ces règles, ni d'exposer toutes les règles relatives à la passation des transactions administratives¹⁵³³. Plus exactement, il convient d'examiner où se logent les principales difficultés dans la conclusion des transactions, en identifiant les obligations les plus complexes, susceptibles à ce titre de constituer un risque. En l'occurrence, elles ont trait à la détermination des personnes et autorités compétentes, ainsi qu'aux procédures d'élaboration des contrats¹⁵³⁴. Il faut d'emblée ajouter qu'elles sont bien plus marquées pour les contrats des collectivités territoriales que pour ceux de l'Etat.

¹⁵²⁹ D. POUYAUD, *La nullité dans les contrats administratifs*, préc., n° I.

¹⁵³⁰ *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, préc., p. 107.

¹⁵³¹ E. GLASER, concl. sur CE, 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, RFDA 2010, p. 507.

¹⁵³² D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, préc., n° XII.

¹⁵³³ Sur ce point, v. partie I, titre II, chapitre I.

¹⁵³⁴ La question de la forme de ces contrats présente moins de difficulté. V. sur ce point, *supra*, p. 222 et s.

La passation des transactions des services de l'Etat est relativement aisée. Pour être valables, ces contrats doivent être signés par des cocontractants compétents. Ils sont ensuite réputés parfaits dès leur signature et applicables à compter de l'échange des consentements, sans autre formalité.

L'exigence d'une signature par une autorité compétente constitue la principale difficulté. S'agissant des services ministériels, la compétence pour signer les transactions appartient au ministre ou à toute autre personne bénéficiant d'une délégation à cet effet¹⁵³⁵. Quant au cocontractant privé, il doit disposer de la capacité de jouissance, s'il est une personne physique, ou avoir désigné un agent habilité à cet effet, s'il s'agit d'une personne morale¹⁵³⁶. Plusieurs irrégularités sont ainsi envisageables : l'incompétence du signataire de l'acte, l'absence ou l'irrégularité de la délégation de compétence, une délégation ne concernant que les discussions et non la signature du contrat et l'absence de délégation de signature.

Quant aux établissements publics de l'Etat, il appartient au directeur de l'établissement de signer la transaction, après délibération du conseil d'administration et autorisation préalable par décret du Premier ministre, faute pour l'établissement de bénéficier d'une autorisation générale de recourir à ce mode de règlement des litiges. Dans la mesure où la jurisprudence se montre relativement souple quant à la portée de cette autorisation, pareille formalité ne soulève guère de difficulté. Il n'est pas nécessaire, par exemple, que le Premier ministre se prononce sur tous les éléments du contrat à venir¹⁵³⁷, à la différence du conseil d'administration.

La procédure à laquelle est soumise la passation des transactions des collectivités territoriales est assez formelle. Le risque, pour elles, de commettre une irrégularité s'en trouve accru, d'autant que les services préfectoraux ne sont plus toujours en mesure de les assister dans l'élaboration de leurs actes juridiques¹⁵³⁸.

Malgré la suppression de la tutelle en 1992, la procédure de passation des contrats des collectivités territoriales demeure relativement complexe. S'agissant précisément des transactions administratives, plusieurs étapes doivent être mises en œuvre : l'adoption d'une

¹⁵³⁵ V. sur ce point, partie I, titre II, chapitre I, section II, p. 209.

¹⁵³⁶ Les règles qui s'appliquent en la matière sont celles du droit privé. Seul le juge judiciaire est compétent pour connaître des difficultés qui pourraient apparaître. Ainsi, en présence d'une question sérieuse et pertinente, s'agissant de la qualité de la personne privée pour contracter, le juge administratif devra surseoir à statuer et renvoyer la question au juge judiciaire, le premier étant lié par la décision du second.

¹⁵³⁷ V. sur ce point, pp. 220-221.

¹⁵³⁸ V. sur ce point, pp. 364-365.

délibération par le conseil délibérant autorisant l'exécutif à signer le contrat, la transmission de la délibération au Préfet, lui permettant d'acquérir force exécutoire, et enfin, la signature du contrat par l'exécutif. Or, c'est dans ce partage des compétences que réside la difficulté. Comme l'observe D. Pouyaud, « le fractionnement des compétences dans l'élaboration des contrats multiplie les risques d'irrégularités, [...] en ce qui concerne les contrats, les différentes volontés dont la manifestation est nécessaire à la perfection de l'acte n'interviennent pas à titre purement consultatif ou en marge des règles officielles. Elles collaborent à l'élaboration du contrat et sont toutes nécessaires à sa perfection »¹⁵³⁹. *In fine*, « la diversité des interventions nécessaires à l'élaboration du contrat [...] multiplie nécessairement les hypothèses d'incompétence »¹⁵⁴⁰.

Plus précisément, la signature d'une transaction est subordonnée à l'autorisation par une délibération de l'assemblée locale. A défaut, le contrat est entaché d'incompétence¹⁵⁴¹. En l'occurrence, la jurisprudence ne se contente pas d'une autorisation de principe, exigeant que les élus accordent cette délibération en parfaite connaissance de cause, sur la base d'une information suffisante, condition d'un consentement éclairé. Ainsi est-il prévu que « dans les communes de 3500 habitants et plus, une note explicative de synthèse sur les affaires soumises à délibération doit être adressée avec la convocation aux membres du conseil municipal [...] »¹⁵⁴².

De même, l'assemblée délibérante doit définir l'étendue de son autorisation, c'est-à-dire se prononcer sur tous les éléments essentiels du contrat, notion que la jurisprudence a dû préciser. Sont ainsi réputés essentiels : l'objet précis du contrat à venir, son montant exact et l'identité de son attributaire, de même que la contestation précise que la transaction a pour objet de prévenir ou de terminer et les concessions réciproques que les parties se consentent à cette fin¹⁵⁴³.

Une dernière formalité subsiste dans la transmission de la délibération au Préfet pour le contrôle de légalité. Dans la mesure où celle-ci permet à la délibération d'acquérir la force exécutoire, elle fait partie intégrante du processus de passation des contrats des collectivités territoriales. « Si les collectivités territoriales de la République "s'administrent librement et dans les conditions prévues par la loi" (article 72 al. 2), la Constitution dispose aussi,

¹⁵³⁹ D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, préc., n° 17.

¹⁵⁴⁰ *Ibid.*

¹⁵⁴¹ L'absence totale d'autorisation de l'assemblée délibérante constitue une irrégularité, CE, 31 juillet 1992, *Sté Barchetta, Leb.*, p. 307, *D.* 1993, p. 2000, obs. P. Terneyre. Il en va de même si le contrat signé par l'exécutif est différent de celui qui a été autorisé par le conseil délibérant, CE, 19 octobre 1973, *Sieur Patris d'Uckermann et Association Centre artistique et culturel Hebert-Uckermann*, préc.

¹⁵⁴² CGCT, art. 2121-12.

¹⁵⁴³ V. sur ce point, *supra*, p. 212 et s.

immédiatement après que "dans les départements et les territoires, le délégué du personnel a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois" (article 2 al. 3) »¹⁵⁴⁴. Ainsi, la signature du contrat par l'exécutif local n'est valable que pour autant que la délibération a bien fait l'objet d'une transmission au préfet. C'est la transmission qui rend la délibération exécutoire, investissant ainsi le maire de la compétence nécessaire pour signer le contrat. De même, le défaut de transmission affecte les conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement. Procédure, compétence et consentement sont, sur ce point, mêlés.

La collectivité doit donc veiller à adresser aux services compétents la délibération autorisant la signature de la transaction, accompagnée en annexe du projet de contrat définitif, c'est-à-dire le texte du contrat tel qu'établi par l'exécutif local dans le respect de l'autorisation de l'assemblée et destiné à être conclu une fois la délibération devenue exécutoire. Des modifications peuvent encore être envisagées, sous réserve de leur communication aux services préfectoraux¹⁵⁴⁵. De même, il se peut que l'exécutif local choisisse d'apposer sa signature sur le projet de contrat, afin, non de manifester le consentement de la collectivité, mais d'attester le caractère définitif de ce projet. Il lui faudra le signifier clairement dans le document.

Ce n'est qu'une fois la transmission effectuée que l'exécutif local est compétent pour signer la transaction. En revanche, la transmission au Préfet du contrat signé n'est pas obligatoire¹⁵⁴⁶.

A l'évidence, les règles régissant la passation des transactions des collectivités territoriales ne laissent pas place à l'approximation. Des collectivités trop pressées de transiger ou mal informées pourraient aisément manquer à l'une de ces règles. Il reste à déterminer quelle sera la sanction de ces irrégularités.

§II. LA SANCTION DES IRREGULARITES

Examiner les conséquences des irrégularités sur les transactions administratives suppose d'identifier les voies de droit ouvertes pour les dénoncer et les pouvoirs du juge pour

¹⁵⁴⁴ C.-L. VIER, « Contrôle de légalité des actes des autorités locales », *J.-Cl. Adm.*, fasc. 1011, n° 2.

¹⁵⁴⁵ Un contrat signé qui ne correspondait pas au projet de contrat soumis au Préfet est ainsi entaché d'irrégularité, CE, 19 octobre 1973, *Patris d'Uckermann*, préc.

¹⁵⁴⁶ V. *supra*, pp. 215-216.

les sanctionner. Sur ce point, l'ambivalence de la transaction administrative apparaît nettement. Sa nature d'acte contractuel et d'acte administratif l'expose à des actions des parties et des tiers, qui nécessitent d'examiner systématiquement les voies d'action ouvertes à chacune de ces catégories de requérants, de même que l'office du juge saisi. Cette étude s'impose avec d'autant plus de vigueur que la jurisprudence récente a opéré un bouleversement complet des voies de recours en matière contractuelle. De l'arrêt *Commune de Béziers*¹⁵⁴⁷ à l'arrêt *Département de Tarn-et-Garonne*¹⁵⁴⁸, la logique des voies de recours des parties et des tiers à un contrat administratif a été profondément transformée. Naturellement, il convient de déterminer ce qu'il en est s'agissant du contentieux des transactions administratives.

A titre préliminaire, une précision s'impose à propos du traitement juridique des transactions administratives : quelles qu'aient été leurs conditions de conclusion et la qualité des intervenants, les transactions administratives doivent être toutes considérées pareillement par le juge. Que les transactions homologuées et les transactions conclues au terme d'une conciliation-médiation menée par un magistrat soient soumises au même régime juridique que les transactions conclues directement entre les parties peut surprendre. Un contrôle allégé, voire une immunité juridictionnelle pourraient effectivement leur être réservés. Dans cette perspective, l'intervention d'un magistrat, que ce soit dans le cadre d'une procédure de médiation-conciliation ou dans celui d'une demande d'homologation, serait un gage suffisant de la légalité des contrats. Pourtant, un tel traitement différencié des transactions ne serait pas souhaitable, car ce serait ouvrir la boîte de Pandore.

En effet, sur le plan strictement contentieux, pareille solution ruinerait les efforts entrepris par le Conseil d'Etat pour clarifier les voies de droit en matière contractuelle. Les cadres de conclusion des transactions sont extrêmement divers. Indépendamment de l'homologation, les magistrats — en admettant même que leur intervention justifie une différenciation des transactions — sont appelés à différents titres : dans le cadre d'une conciliation juridictionnelle, dans celui d'une commission de conciliation institutionnalisée, comme les CCRA ou d'une commission de conciliation *ad hoc*¹⁵⁴⁹. Quel pourrait être alors le

¹⁵⁴⁷ CE, Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc.

¹⁵⁴⁸ CE, Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁵⁴⁹ V. sur ce point, p. 180.

critère de différenciation des transactions ? Le risque serait qu'*in fine*, les voies de recours contre les transactions forment un véritable kaléidoscope à la praticité peu évidente.

Ce serait également méconnaître l'objet des procédures respectives de médiation-conciliation et d'homologation et s'exposer à malmenager la légalité. En effet, ni l'une ni l'autre de ces procédures n'amène le juge à pratiquer un contrôle suffisant de la légalité des transactions justifiant qu'elles lui soient définitivement soustraites.

La procédure de médiation-conciliation consiste pour des parties à un litige à solliciter l'intervention d'un tiers, et notamment d'un magistrat chargé de les aider à le résoudre. Dans tous les cas, le choix de recourir à une transaction et la détermination de ses conditions reviennent toujours aux parties, puisque l'implication du tiers ne peut aller au-delà de la proposition d'un accord et de ses termes. Qu'il soit magistrat ou non, il suggère aux parties une solution qu'elles sont libres de reprendre, d'ignorer ou de modifier. Dans cette mesure, réserver un traitement spécifique aux transactions selon le degré de formalisation du cadre de leur conclusion n'aurait aucun sens.

L'homologation, quant à elle, ne consiste pas à apposer sur une transaction un certificat de validité. Il s'agit d'un examen sommaire, destiné à garantir *a priori* aux parties la régularité du contrat. En la circonstance, le juge vérifie que les parties ont valablement consenti à la transaction, qu'elle comporte bien des concessions réciproques, ne contredit aucune règle d'ordre public, ni ne constitue une libéralité. En outre, les demandes ne sont recevables qu'à titre exceptionnel¹⁵⁵⁰.

Regarder alors l'intervention d'un magistrat comme un gage de légalité des transactions justifiant l'instauration, entre elles, d'un traitement contentieux différencié, serait profondément méconnaître les procédures évoquées. Aucune d'elles ne donne lieu à un contrôle équivalent au contrôle juridictionnel. Or, il ne saurait être question de transiger sur la légalité des transactions, surtout quand les deniers publics sont en jeu, comme c'est bien souvent le cas dans les transactions administratives. Instaurer ce traitement différencié reviendrait à créer un double degré de protection de la légalité : entre les transactions et les autres actes administratifs, d'une part, et au sein même des transactions, d'autre part. Il ne faudrait pas que le souci de favoriser la stabilité des transactions conduise à un amoindrissement du contrôle juridictionnel.

¹⁵⁵⁰ V. sur ce point, p. 292 et s.

Enfin, privilégier les transactions impliquant, à des degrés variables, un magistrat alimenterait encore l'idée persistante selon laquelle le règlement des litiges est surtout l'affaire du juge étatique, et encouragerait la juridictionnalisation de la médiation-conciliation.

Pour toutes ces raisons, il est préférable de soumettre toutes les transactions au même traitement juridique. D'autant que la stabilité des contrats peut être garantie par d'autres voies, comme le montrent les derniers arrêts du Conseil d'Etat. Reste alors à déterminer si ces voies de droit nouvellement aménagées bénéficient à la transaction administrative, que ce soit dans le contentieux des parties (A) ou dans celui des tiers (B).

A. Le contentieux des parties

Le contentieux contractuel connaît d'importants bouleversements depuis l'arrêt *Commune de Béziers* de 2009¹⁵⁵¹, qui repense profondément l'office du juge administratif, privilégiant la loyauté et le maintien des relations contractuelles (a). Il importe d'examiner ce qu'il en est dans le contentieux des transactions administratives. Il est probable et souhaitable à cet égard que le Conseil d'Etat choisisse de faire application de ces nouvelles solutions au contentieux des transactions administratives (b).

a. Les bouleversements introduits par l'arrêt Commune de Béziers

Il n'est rien de dire que l'arrêt *Commune de Béziers* constitue une révolution dans le contentieux contractuel des parties. La nullité qui sanctionnait auparavant toute irrégularité affectant les contrats, est désormais prononcée à titre exceptionnel, en présence des irrégularités les plus graves. Le Conseil d'Etat a cherché à mettre fin aux manœuvres des cocontractants consistant à invoquer un vice dans les conditions d'expression du consentement pour se délier de leurs obligations. Manœuvres si répandues qu'elles ont pu être qualifiées de « sport préféré des cocontractants »¹⁵⁵².

¹⁵⁵¹ CE, Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc.

¹⁵⁵² B. PLESSIX, Chron. de jurisprudence, *JCP G* 2010, doct. 365, §10-5.

Pour les parties, deux voies de droit étaient envisageables : l'action directe en contestation de validité du contrat et l'invocation, par exception, de la nullité du contrat à l'occasion d'un litige relatif à l'exécution du contrat, et plus précisément, lors d'une demande de réparation des conséquences dommageables nées de l'inexécution des obligations contractuelles. Naturellement, cette seconde voie de droit était la plus fréquemment mise en œuvre, surtout par le défendeur, qui cherchait ainsi à se libérer d'un contrat devenu trop lourd à assumer.

« C'était évidemment encourager l'éventuel comportement déloyal d'une partie à un contrat de longue durée, qui ayant bénéficié de l'engagement mutuel pendant un temps certain, était autorisée dans le cadre d'un litige qui l'opposait sur le tard à son cocontractant, à débusquer une irrégularité affectant l'accord afin de s'affranchir d'une obligation qui en découlait », expliquent J. Gourdou et P. Terneyre¹⁵⁵³. En consacrant la loyauté des relations contractuelles, le Conseil d'Etat rompt avec cet état du droit et renverse l'ordre des priorités : l'accent est mis non plus sur la sauvegarde de la légalité au prix de la disparition du contrat à raison de tout type de vice (1), mais sur la stabilité des relations contractuelles, l'exigence de loyauté faisant office de filtre contentieux (2).

1. L'enjeu de l'évolution : le dépassement de la logique binaire validité ou nullité du contrat

Avant 2009, les collectivités devaient se montrer d'autant plus vigilantes lors de la conclusion de leurs contrats que tout motif d'irrégularité reconnu par le juge administratif donnait lieu à la nullité des actes, quels que soient la voie de droit utilisée, la nature et la gravité du vice, et même, enfin, son auteur. Ainsi, de l'irrégularité du contrat se déduisait systématiquement la nullité du contrat, même en présence d'une mauvaise foi flagrante des parties : elles « [...] invoquaient la nullité du contrat sans avoir été nullement gênées par elle auparavant, ni même avoir songé qu'elle pût exister, un peu comme un prestidigitateur fait sortir un lapin de son chapeau »¹⁵⁵⁴.

L'office du juge reposait, en effet, sur une logique binaire, validité ou illégalité du contrat : soit la procédure de passation était exempte de tout vice, et le recours était rejeté, soit

¹⁵⁵³ J. GOURDOU, P. TERNEYRE, « Renouveau de l'office du juge du contrat », *RJEP* 2010, comm. 30, p. 21.

¹⁵⁵⁴ F. LLORENS, P. SOLER-COUTEAUX, « De la loyauté dans le contentieux administratif des contrats », *Contrats-marchés publics* 2010, repère 2, p. 1.

la procédure était effectivement entachée d'irrégularité, et le contrat était déclaré nul. Le juge ne disposait d'aucune marge de manœuvre. MM. Gourdou et Terneyre évoquaient « une fatalité de la nullité »¹⁵⁵⁵.

C'était là une conception très stricte, très rigoureuse de la sauvegarde de la légalité. « La "théorie des nullités" était, en matière de contrats administratifs, à la fois très ouverte — tout type de vices pouvant être invoqué — et particulièrement efficace puisque la sanction quasi automatique était la nullité absolue du contrat. On avait ici la trace de ce que le contrat administratif est aussi un acte administratif, soumis, en tant que tel, aux exigences du principe de légalité », relevait R. Noguellou¹⁵⁵⁶. « Profitant de la complexité de leurs règles de passation, d'une part, de l'application formaliste et de la sanction rigoureuse de ces dernières par le juge, d'autre part, les parties hésitaient en effet de moins en moins, en cas de contentieux les opposant, à exciper de la nullité du contrat »¹⁵⁵⁷. Il faut dire que c'était là un moyen, sinon un artifice, commode et même tentant.

Or, les effets attachés à la nullité sont radicaux : le contrat est réputé n'avoir jamais été conclu, et par conséquent, disparaît rétroactivement, obligeant les parties à remettre les choses dans leur état initial, en se restituant par exemple les sommes versées ou prestations effectuées, ou bien en procédant à une reconstitution matérielle, etc. De même, il n'est plus possible pour les intéressés de se prévaloir des stipulations du contrat, de demander au juge l'exécution ou la résiliation, ou de rechercher l'engagement de leur responsabilité contractuelle respective à raison de prestations exécutées avant la déclaration de nullité, de même que leur responsabilité post-contractuelle, la garantie décennale ne pouvant plus être utilement invoquée. Ne demeurent donc ouverts que les terrains quasi-contractuel et quasi-délictuel. Compte tenu de la difficulté d'un tel retour en arrière, c'était bien souvent sur ce seul terrain pécuniaire qu'étaient réglées les conséquences de la nullité du contrat¹⁵⁵⁸, ce qui ne manquait pas de placer les parties dans des situations fort délicates.

D'autres considérations plaidaient en faveur d'une évolution. C'est pourquoi l'arrêt *Commune de Béziers*, aussi remarquable qu'il soit, ne constitue pas tout à fait une innovation, mais plutôt une progression au sein d'un mouvement plus vaste de refonte du contentieux

¹⁵⁵⁵ J. GOURDOU, P. TERNEYRE, « Renouvellement de l'office du juge du contrat », préc., p. 21.

¹⁵⁵⁶ R. NOGUELLOU, « La transformation du contentieux contractuel », préc., p. 265.

¹⁵⁵⁷ F. LLORENS, P. SOLER-COUTEAUX, « De la loyauté dans le contentieux administratif des contrats », préc., p. 1.

¹⁵⁵⁸ Sur tous ces éléments, v. E. GLASER, concl. sur CE, 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc., p. 512.

contractuel déjà amorcé par le Conseil d'Etat. Il s'agissait de faire évoluer un contentieux devenu « dépassé »¹⁵⁵⁹, ne correspondant plus aux principes et solutions mis en exergue depuis plusieurs années.

Il faut d'abord évoquer la liberté contractuelle¹⁵⁶⁰. Celle-ci requiert un encadrement des conditions dans lesquelles le législateur est en droit de perturber les situations contractuelles¹⁵⁶¹. De même, c'est précisément à propos des contrats en cours que le Conseil d'Etat avait dégagé le principe de la sécurité juridique, consacré de surcroît comme principe général du droit¹⁵⁶². La solution consistant à prononcer systématiquement la nullité du contrat entaché d'irrégularité ne pouvait qu'aller à son encontre.

Bien avant l'arrêt *Commune de Béziers*, ce souci d'assurer la sécurité juridique avait gagné le contentieux contractuel. Influencée en cela par le droit européen¹⁵⁶³, la Haute juridiction avait introduit dans le contentieux des tiers des solutions alternatives à la nullité pure et simple du contrat entaché d'irrégularité. C'est ce qu'il ressort des arrêts *Société Tropic Travaux signalisation* du 16 juillet 2007¹⁵⁶⁴ et *Smirgeomes* du 3 octobre 2008¹⁵⁶⁵, dans lesquels le Conseil d'Etat avait pris le parti de préserver les relations contractuelles, pourtant nouées au terme de procédures irrégulières, en limitant les hypothèses d'annulation aux irrégularités les plus graves. Désormais, dans ce contentieux, le juge dispose d'une large palette de pouvoirs lui permettant de retenir pour chaque type d'irrégularité la sanction la plus adaptée, de la résiliation du contrat à la modification de certaines de ses clauses, de la poursuite de son exécution sous réserve de mesures de régularisation à l'annulation, sanction « ultime » prononcée en tout dernier recours, faute de pouvoir « faire autrement »¹⁵⁶⁶.

Une homogénéité des différents contentieux était donc souhaitable, outre le respect du principe de sécurité juridique. D'autant que de son côté, le droit privé s'était montré, de longue date déjà, sensible à une telle problématique, si bien que « le droit administratif

¹⁵⁵⁹ *Ibid.*

¹⁵⁶⁰ Sur ce point, v. p. 112.

¹⁵⁶¹ V. les décisions CC, 10 juin 1998, n° 98-401 DC, *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*, 23 juillet 1999, n° 99-416 DC, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, et 30 novembre 2006, n° 2006-543 DC, *Loi relative au secteur de l'énergie*.

¹⁵⁶² CE, Ass., 24 mars 2006, *KPMG et société Ernst&Young et autres*, *Leb.*, p. 154, *AJDA* 2006, p. 1028, chron. C. Landais et F. Lenica ; CE, 8 avril 2009, *Commune d'Olivet*, *Leb.*, p. 116.

¹⁵⁶³ La directive dite « Recours » du 11 décembre 2008, alors même qu'elle créait une nouvelle voie de droit contre le contrat — le référé contractuel —, contribuait à assurer une plus grande stabilité aux contrats. Le référé contractuel n'y apparaît que comme un recours exceptionnel, destiné à sanctionner de manière efficace et proportionnée les irrégularités commises lors de la passation du contrat. V. sur ce point, J.-P. JOUGUELET, « La nouvelle directive *Recours* : des nouveautés surprenantes », *BJDCP* 2008, n° 56, p. 2 ; J.-F. LAFAX, « La nouvelle directive *Recours* ou l'esquisse d'une exigence de sanction adaptée », *Contrats-marchés publics* 2008, p. 6.

¹⁵⁶⁴ CE, 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux signalisation*, préc.

¹⁵⁶⁵ CE, 3 octobre 2008, *Smirgeomes*, *Leb.*, p. 324, *Contrats-marchés publics* 2008, repères 10, *JCP A* 2008, 2291, note F. Linditch, *BJDCP* 2008, p. 394, *RFDA* p. 1128, concl. Dacosta et 1139, note P. Delvolvé.

¹⁵⁶⁶ Les termes sont ceux d'E. GLASER, concl. sur CE, 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc., p. 514.

semblait vivre dans l'ignorance de l'extraordinaire vitalité de la théorie générale des obligations, où doctrine et Cour de cassation, en quelques années, ont développé les concepts de proportionnalité, de loyauté, de fraternité, de cohérence, de transparence, de stabilité, de pérennité, et même de solidarisme contractuel »¹⁵⁶⁷. C'était aussi le cas en droit européen des contrats¹⁵⁶⁸.

Pour toutes ces raisons, le Conseil d'Etat a accepté de suivre les conclusions d'E. Glaser, recommandant de redessiner l'office du juge du contrat dans le contentieux des parties. Aujourd'hui, toute irrégularité affectant les conditions dans lesquelles le contrat a été conclu n'est plus automatiquement sanctionnée par la nullité du contrat. Le juge administratif retient une approche plus circonstanciée, moins systématique des irrégularités du contrat. L'arrêt s'inscrit résolument dans un objectif de stabilité des relations contractuelles, consacrant pour ce faire un principe de loyauté des relations contractuelles, inspiré de l'article 1134 du Code civil. Ce principe de loyauté rend nécessaire une modulation des pouvoirs du juge, l'annulation ou la mise à l'écart du contrat ne pouvant plus alors intervenir qu'à titre exceptionnel, en présence soit d'une « irrégularité [...] tenant au caractère illicite du contenu du contrat », soit d'un « vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement »¹⁵⁶⁹.

« En rompant avec la logique classique de la nullité systématique, le Conseil d'Etat recentre le débat contentieux sur ce qui doit demeurer — sauf cas exceptionnel — la loi des parties, à savoir le contrat lui-même. En d'autres termes, à une conception purement objectiviste des questions de légalité soulevées par les parties, le juge du contrat doit désormais privilégier une approche plus relativiste... »¹⁵⁷⁰.

L'office du juge administratif s'en trouve profondément renouvelé. Quelle que soit la voie de droit choisie par les parties, le juge doit s'efforcer de trouver un équilibre entre l'impératif de rétablissement classique de la légalité et les atteintes causées à la stabilité des contrats, et plus largement à l'intérêt général, que nombre de contrats des personnes publiques contribuent à satisfaire.

¹⁵⁶⁷ B. PLESSIX, Chron. sur CE, 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc.

¹⁵⁶⁸ L'obligation de bonne foi figure en bonne place parmi les principes du droit européen (article 1.201), les principes Unidroit (article 1.7) et dans le projet Catala de réforme du droit des obligations.

¹⁵⁶⁹ CE, Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc.

¹⁵⁷⁰ J. GOURDOU, P. TERNEYRE, « Renouvellement de l'office du juge du contrat », préc., p. 21.

2. Le nouvel office du juge du contrat : la priorité à la stabilité contractuelle

Il s'agit d'examiner concrètement quel doit être le raisonnement du juge saisi d'une contestation par l'une des parties au contrat. Dans ce cadre, deux voies de droit sont traditionnellement ouvertes, que l'arrêt *Commune de Béziers* n'a pas eu pour effet de bouleverser, et à chacune desquelles il consacre un considérant particulier : la voie d'action et la voie d'exception.

S'il est saisi par voie d'action d'une demande d'annulation du contrat, le juge doit se référer au « mode d'emploi » fixé par l'arrêt *Commune de Béziers*. En l'occurrence, le raisonnement du juge est à tiroirs.

Dans un premier temps, le juge vérifie que « les irrégularités dont se prévalent les parties sont de celles qu'elles peuvent, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, invoquer devant lui »¹⁵⁷¹. Apparaît ainsi une hiérarchie dans la gravité des vices, les parties n'étant plus recevables à tout invoquer. Sur ce point, la formation de jugement a suivi les conclusions de son rapporteur public. Celui-ci illustre ainsi son propos : « il n'est pas possible de placer sur le même plan l'irrégularité résultant de ce que le contrat a été signé par un maire, sans aucune autorisation du conseil municipal [...] et l'irrégularité, en quelque sorte au second degré, entachant la délibération autorisant le maire à signer le contrat, résultant elle-même de ce que l'information des conseillers municipaux a été insuffisante ou la convocation envoyée trop tardivement [...] »¹⁵⁷².

Toute irrégularité ne peut donc plus être utilement invoquée par les parties. Dans cette perspective, la loyauté sert de filtre. Cette solution procède du souci d'éviter qu'une partie se défasse ainsi de ses engagements contractuels, alors qu'elle en serait en réalité responsable. Ce serait contraire à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, inspirée du principe de la bonne foi de l'article 1134 du Code civil¹⁵⁷³. Transparaît manifestement le principe *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

¹⁵⁷¹ CE, 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc.

¹⁵⁷² E. GLASER, concl. sur CE, 28 décembre 2009, *Commune de Béziers* préc., pp. 514-515.

¹⁵⁷³ L'arrêt ne donne cependant pas de précision quant aux vices qui sont désormais fermés aux parties. L'arrêt *Société Prest'Action*, rendu quelques mois plus tard, en fournit un exemple. La société requérante soutenait que la procédure de passation du contrat conclu avec une commune était viciée, le contrat étant une délégation de service public, et la procédure mise en œuvre, celle des marchés publics. Elle arguait de cette irrégularité pour demander l'annulation du contrat. Le Conseil d'Etat rejette sa demande, considérant, d'une part, qu'elle n'était pas fondée, et d'autre part, qu'« en toute hypothèse, la signature du contrat purgeait, à l'égard des parties, un tel vice entachant la procédure de passation ». Le moyen, n'est donc plus aux parties en vertu du principe de loyauté des relations contractuelles, dès lors qu'elles se sont librement engagées. V. CE, 6 novembre 2009, *Prest'Action, Leb.*, p. 445.

En cas d'irrégularités utilement invocables, le juge doit, dans un second temps, en apprécier l'importance et les conséquences au regard de leur nature, d'une part, et de l'objectif de stabilité des relations contractuelles, d'autre part.

En d'autres termes, le juge va « peser cette irrégularité pour décider du sort à réserver au contrat, en conservant comme principe que le contrat est le cadre normal des relations entre les parties et qu'il doit, dans la mesure du possible, être maintenu »¹⁵⁷⁴. Plusieurs solutions s'offrent à lui : prononcer la poursuite de l'exécution du contrat, sous réserve éventuellement de mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties, la résiliation du contrat — faute de pouvoir envisager des mesures de régularisation —, avec un effet différé le cas échéant, ou encore, l'annulation du contrat. Sanction la plus grave, l'annulation ne peut intervenir qu'en dernière extrémité, en présence de vices qui rendent impossible le maintien du contrat : « une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu du contrat, ou à un vice d'une particulière gravité relatif aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement »¹⁵⁷⁵. A la nullité, état de fait qui s'impose au juge, vient donc succéder l'annulation, pouvoir actif du juge administratif. La démarche est manifestement différente. Par ailleurs, le Conseil d'Etat ajoute une réserve à propos de la résiliation et de l'annulation : elles ne doivent pas porter une atteinte excessive à l'intérêt général¹⁵⁷⁶.

Les pouvoirs du juge du contrat sont ici très divers, de manière à ce qu'il puisse opter pour la solution la plus adaptée aux circonstances de chaque contentieux¹⁵⁷⁷. Ce souci marque aussi le contentieux relatif à l'exécution du contrat administratif.

Dans ce cas, le juge administratif est saisi d'un litige survenu lors de l'exécution du contrat. Par voie d'exception, la validité du contrat peut se trouver remise en cause.

En principe, le litige sera réglé selon les règles de la responsabilité contractuelle. Il ressort des conclusions du rapporteur public que le juge ne devrait pas pouvoir « résilier le

¹⁵⁷⁴ E. GLASER, concl. sur CE, 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc., p. 515.

¹⁵⁷⁵ CE, Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc.

¹⁵⁷⁶ Le considérant de principe de l'arrêt *Commune de Béziers* était ainsi formulé : « il lui [le juge du plein contentieux] revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise et en tenant compte de l'objectif de stabilité des relations contractuelles, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties, soit de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, la résiliation du contrat ou, en raison seulement d'une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, son annulation ».

¹⁵⁷⁷ Pour une analyse plus approfondie, v. D. POUYAUD, « L'office du juge du contrat », *RFDA* 2010, p. 522 et s.

contrat, puisqu'il est confronté au règlement d'un différend qui concerne nécessairement le passé »¹⁵⁷⁸. Le respect de l'autonomie de la volonté impose que le litige soit réglé sur le terrain contractuel.

Toutefois, le contrat sera écarté, et le litige réglé sur le terrain extracontractuel, s'il apparaît une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par le juge, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif, notamment, aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement.

Ainsi, à la différence du juge de l'action directe en contestation de validité du contrat qui dispose d'une gamme importante de pouvoirs, le juge de l'exécution du contrat voit sa marge de manœuvre limitée à l'application du contrat ou à sa mise à l'écart. Comme avant 2009, c'est là sa seule alternative, l'évolution réside dans le fait que toute irrégularité ne conduit pas à la mise à l'écart du contrat. Ni la régularisation, ni la résiliation et l'annulation ne sont ici envisageables. Comme le résume D. Pouyaud, « le contrat constitue la loi des parties et le juge doit l'appliquer même s'il est entaché d'une irrégularité vénielle, mais il ne peut cautionner son application s'il est trop gravement vicié, sauf à sortir de son office »¹⁵⁷⁹. De même, cette volonté de rester sur le terrain contractuel implique de réduire la possibilité pour le juge de soulever d'office la nullité. Si toutes les causes d'annulation sont d'ordre public, celles-ci sont désormais moins nombreuses¹⁵⁸⁰.

Dans l'arrêt *Commune de Béziers*, le Conseil d'Etat était justement saisi d'un litige relatif à l'exécution d'une convention conclue entre les communes de Villeneuve-les-Béziers et Béziers¹⁵⁸¹. Se posait par voie d'exception la question de la validité du contrat, en raison du défaut de transmission des délibérations autorisant les maires à signer la convention avant

¹⁵⁷⁸ E. GLASER, concl. sur CE, 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc., p. 516.

¹⁵⁷⁹ D. POUYAUD, « L'office du juge du contrat », préc., p. 526.

¹⁵⁸⁰ Sur ce point, v. D. POUYAUD, « L'office du juge du contrat », préc., p. 526.

¹⁵⁸¹ Aux termes de cette convention — signée dans le cadre d'un syndicat intercommunal créé par ces deux communes —, la commune de Villeneuve-les-Béziers s'engageait à verser à la commune de Béziers une fraction des sommes qu'elle percevrait au titre de la taxe professionnelle, afin de tenir compte de la diminution des recettes entraînée par la relocalisation, dans une zone industrielle créée, d'entreprises jusque là implantées sur le territoire de la commune de Béziers. Le maire de la commune de Villeneuve-les-Béziers avait ensuite annoncé par lettre son intention de résilier ladite convention. Le Tribunal administratif de Montpellier rejette la demande de la commune de Béziers tendant à ce que la commune de Villeneuve-les-Béziers soit condamnée à lui verser une indemnité au titre des sommes non versées depuis la résiliation de la convention, ainsi que des dommages-intérêts. Il fait droit à une exception de nullité invoquée par la commune de Villeneuve-les-Béziers et fondée sur la méconnaissance de l'article L. 2131-1 du CGCT relatif à l'entrée en vigueur des délibérations des assemblées locales. La Cour administrative d'appel de Marseille annule le jugement rendu en première instance, et juge que la convention conclue entre les deux communes doit être « déclarée nulle ». Elle rejette par ailleurs la demande de la commune de Béziers. Cette dernière se pourvoit en cassation, demandant la condamnation de la ville de Villeneuve-les-Béziers à lui verser une indemnité au titre des sommes que cette commune aurait dû lui verser en application des clauses de la convention, ainsi que des dommages-intérêts.

la date à laquelle ils ont effectivement signé la convention. Il s'agissait *in fine* de déterminer si les stipulations contractuelles pouvaient être invoquées ou non pour régler le litige.

Treize ans auparavant, dans l'avis *Préfet de la Côte d'Or* du 10 juin 1996, le Conseil d'Etat considérait qu'il y avait là un vice relatif aux conditions dans lesquelles la personne publique a donné son consentement, et annulait le contrat¹⁵⁸². En 2009, dans l'arrêt *Commune de Béziers*, il a été jugé que cela « constitue un vice affectant les conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement », mais « que toutefois, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, ce seul vice ne saurait être regardé comme d'une gravité telle que le juge doive écarter le contrat et que le litige qui oppose les parties ne doive pas être tranché sur le terrain contractuel »¹⁵⁸³. La solution inverse aurait pu être retenue¹⁵⁸⁴, mais il n'en reste pas moins que le Conseil d'Etat a accepté de « relativiser la gravité de cette illégalité », en estimant que le litige doit être réglé sur la base du contrat conclu, et revient ainsi sur sa solution de l'avis *Préfet de la Côte d'Or*. L'absence de transmission de la délibération avant signature du contrat constituait un vice d'incompétence, moyen d'ordre public entraînant la nullité du contrat. Aujourd'hui, les commentateurs saluent la solution de l'arrêt *Commune de Béziers* qu'ils jugent « salutaire, en ce qu'elle fait primer l'engagement contractuel sur une règle dont la raison d'être n'a rien à voir avec le consentement des parties »¹⁵⁸⁵.

La nullité du contrat en cas d'irrégularité affectant son contenu et ses conditions de passation n'est donc plus systématique. Le Conseil d'Etat favorise désormais le maintien et la loyauté des relations contractuelles. Dès lors, tous les vices ne sont plus invocables par les parties, et en admettant qu'ils le soient, ils ne conduisent pas nécessairement à l'annulation ou la mise à l'écart du contrat. Il faut alors examiner quel pourrait être, au regard de ces

¹⁵⁸² CE, Avis, 10 juin 1996, *Préfet de la Côte-d'Or*, préc.

¹⁵⁸³ CE, 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc.

¹⁵⁸⁴ E. Glaser estimait, en effet, que le défaut de transmission avant signature du contrat « est sans lien avec les conditions dans lesquelles le consentement de la personne publique a été donné. La circonstance que la délibération autorisant le maire à conclure le contrat n'ait pas encore été transmise au contrôle de légalité à la date où le maire a signé le contrat n'empêche pas que cette délibération existait. Ce retard, voire cette absence de transmission, sont totalement sans incidence sur la régularité de la délibération ». Il poursuit en expliquant que, « du point de vue de la personne publique contractante, il n'y a, en réalité, aucune irrégularité affectant les conditions dans lesquelles elle a donné son consentement : le conseil municipal a été régulièrement saisi, il a régulièrement délibéré, il s'est régulièrement prononcé pour autoriser le maire à signer le contrat et celui-ci a régulièrement fait usage de l'habilitation qui lui a ainsi été donnée. Il n'y a, notamment, aucune atteinte à la répartition des compétences entre l'assemblée délibérante et l'organe exécutif de la collectivité, atteinte qui serait, elle, susceptible de vicier le consentement de la personne publique et constituerait une irrégularité grave ». Il en conclut que le défaut de transmission avant signature du contrat « ne constitue fondamentalement, une irrégularité qu'au regard du contrôle de légalité, c'est-à-dire d'une contrainte, certes importante, mais extérieure au consentement de la personne publique ». E. GLASER, concl. sur CE, 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc., pp. 517-518.

¹⁵⁸⁵ R. NOGUELLOU, « La transformation du contentieux contractuel », *RDI* 2010, p. 265.

éléments, le traitement contentieux des irrégularités affectant la passation des transactions administratives.

b. Le cas des irrégularités affectant la passation des transactions administratives

Il n'est pas certain en l'état de la jurisprudence que le juge administratif accepte d'étendre la jurisprudence *Commune de Béziers* au contentieux des parties à une transaction administrative (2). Une telle solution, sans être de nature à garantir pleinement aux parties un règlement définitif de leur litige, constituerait toutefois un progrès non négligeable en ce sens, conforme en outre à l'esprit de ce contrat particulier (1).

1. Plaidoyer en faveur de l'application de la jurisprudence *Commune de Béziers*

Pour le moment, le juge administratif n'a pas eu à se prononcer clairement sur la question de l'application ou non de la solution de l'arrêt *Commune de Béziers* à la transaction administrative. La plupart des arrêts rendus depuis 2009 et relatifs à une transaction concernent soit des demandes d'homologation, soit des actions engagées par des tiers, et notamment des déférés préfectoraux. Sans doute, est-ce là la marque de ce que le contentieux des parties est peu fréquent en matière transactionnelle.

Ces récents arrêts ne mentionnent pas l'exigence de loyauté dans les relations contractuelles. Ainsi, saisi de recours contre des décisions qui rejettent des demandes d'homologation entraînant la nullité des transactions en cause, le Conseil d'Etat se borne à citer le considérant de principe de l'avis *L'Hay-les-Roses*, sans introduire la moindre possibilité pour le juge de moduler ses pouvoirs compte tenu de la nature et de l'importance des potentiels vices dont serait entaché le contrat transactionnel. Rien ne révèle une évolution particulière quant à l'office du juge de l'homologation consécutivement à l'arrêt *Commune de Béziers*¹⁵⁸⁶.

¹⁵⁸⁶ V. par exemple, CE, 10 février 2014, *SA Gecina*, *AJDA* 2014, p. 1900, note A. Zarca.

Les arrêts des juges du fond n'en témoignent pas davantage. Alors qu'une société lui demandait tout à fois d'annuler le jugement rendu sur déféré préfectoral, par lequel le Tribunal administratif annulait la délibération d'un syndicat intercommunal autorisant la signature de la transaction administrative envisagée — demande d'annulation fondée précisément sur le principe de la loyauté des relations contractuelles —, et d'homologuer le contrat, la Cour administrative d'appel de Lyon indique : « Considérant [...] que, lorsqu'il est saisi d'un déféré préfectoral contre une transaction, ou d'une demande recevable tendant à son homologation, le juge vérifie que les parties consentent effectivement à 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 ; que, si une de ces conditions n'est pas remplie, la non-homologation entraîne la nullité de la transaction ; [...] qu'il résulte de ce principe que le juge ne peut qu'homologuer ou annuler la transaction, sans pouvoir envisager une autre mesure ; que, dans ces conditions, il ne peut être utilement soutenu que le juge a insuffisamment motivé son jugement en ce qui concerne l'examen des conséquences à tirer du vice relevé »¹⁵⁸⁷. En l'espèce, le Tribunal administratif avait annulé la délibération autorisant la signature du contrat au motif que celui-ci contrevenait à la règle d'ordre public interdisant d'indemniser les biens de retour à un montant supérieur à leur valeur nette comptable, et qu'il constituait à ce titre une libéralité. La Cour rejette le recours et la demande d'homologation, jugeant qu'un tel vice implique effectivement la nullité de la transaction.

Ce n'est pas tant au cas d'espèce qu'au considérant relatif à l'office du juge qu'il faut s'intéresser. La Cour, ici, se contente de reprendre le considérant de principe posé par l'avis *L'Hay-les-Roses*. L'arrêt est d'autant plus intéressant que le requérant se fondait expressément sur le principe de loyauté des relations contractuelles pour demander l'annulation du jugement. Le juge d'appel décline l'invitation à appliquer la jurisprudence *Commune de Béziers* à la transaction administrative, au moins pour les demandes d'homologation. L'alternative demeure : ou bien le contenu et la passation de la transaction sont parfaitement conformes à l'état du droit et le contrat est maintenu et éventuellement homologué, ou bien le contrat est affecté d'un vice et doit être annulé quelles que soient la nature et l'importance de ce vice.

Cet arrêt s'inscrit dans la continuité d'un autre rendu par la même juridiction, le 20 octobre 2011, qui se bornait à rappeler le considérant de principe de l'avis *L'Hay-les-Roses*,

¹⁵⁸⁷ CAA Lyon, 28 février 2013, *Société d'équilibre du Plateau du Prarion (SEPP)*, N° 12LY01347.

avant de rejeter le recours en annulation du jugement de première instance refusant d'homologuer une transaction faute pour le maire d'avoir été autorisé à en déposer la demande devant le juge¹⁵⁸⁸.

Si aucun de ces arrêts ne laisse supposer la moindre évolution à propos de l'office du juge en matière transactionnelle, il serait cependant imprudent d'en tirer des conclusions définitives concernant le contentieux des parties relatif à la passation du contrat. D'une part, aucune de ces décisions ne porte précisément sur ce contentieux, et d'autre part, il se peut que les juges du fond attendent une prise de position en ce sens de la part du Conseil d'Etat.

On voit mal, par ailleurs, ce qui justifierait que la transaction ne bénéficie pas d'une telle évolution. Ce serait même regrettable. Rien ne nécessite, au regard de l'objet de la transaction ou de son régime, de prévoir un traitement de ses irrégularités différent de ce qui prévaut en matière de contrats de la commande publique. Au contraire, l'exigence de loyauté des relations contractuelles doit jouer tout particulièrement pour un contrat qui a vocation à régler un litige. Comment concevoir que ce principe ne concerne pas un acte ayant justement pour objet de consacrer le rapprochement des parties et de les mettre en mesure de dépasser leur litige ? S'il domine le contentieux des parties à un marché public ou à une convention de délégation de service public, contrats à finalité économique, il doit *a fortiori* commander le contentieux de la résolution amiable des litiges. Un cocontractant ne devrait pas pouvoir invoquer une irrégularité dont il est l'auteur ou dont il avait connaissance, pour obtenir la disparition d'un contrat destiné précisément à mettre fin à un litige¹⁵⁸⁹. Si un tel comportement paraît immoral dans toute relation contractuelle, il l'est davantage encore au regard de l'objet de la transaction. Dans ce contrat en particulier, la stabilité des relations contractuelles doit être préservée.

Appliquer la jurisprudence *Commune de Béziers* à la transaction permettrait, par ailleurs, d'unifier le traitement contentieux de tous les contrats administratifs quand aucune différenciation ne se justifie. D'autant que la reconnaissance du principe de loyauté revient à « introduire dans les contrats administratifs, au profit des cocontractants aussi bien publics que privés, un devoir général de comportement qui irradie l'ensemble de la matière

¹⁵⁸⁸ CAA Lyon, 20 octobre 2011, *Mme A.*, N° 10LY02656.

¹⁵⁸⁹ On pense, par exemple, à un changement de majorité au sein d'une collectivité, la nouvelle cherchant à se délier des engagements de la précédente. Dans une telle hypothèse, c'est en plus l'image de l'administration en tant que partie cocontractante qui se trouve entachée.

contractuelle, des pourparlers jusqu'à la rupture »¹⁵⁹⁰. Il y aurait une incohérence fondamentale à consacrer un principe général et à en limiter la portée à un certain type de contrat.

Ne manque pas alors de se poser la question de l'office du juge de l'homologation. Doit-il moduler ses pouvoirs ? Certes, la demande d'homologation n'est pas une action en nullité. Certes, elle n'intervient pas dans le cadre d'un nouveau contentieux entre les parties. « Que [le juge de l'homologation] soit saisi en cours d'instance ou en dehors de tout litige, ce dernier n'est pas tout à fait un juge du contrat comme les autres, au sens où une demande d'homologation, qui vise à la fois à sécuriser et à garantir l'exécution de la transaction, ne saurait par son objet même être assimilée à une action en nullité »¹⁵⁹¹. Pour autant, le juge de l'homologation examine la validité des transactions, et sa décision de refus entraîne même la nullité du contrat. Il n'y aurait guère de raison alors à écarter une jurisprudence aménageant les pouvoirs du juge selon la nature et l'importance des vices en cause. En outre, comme il a été observé, « l'exigence de loyauté des relations contractuelles ne saurait l'empêcher de soulever d'office les irrégularités dont les parties sont à l'origine [...] »¹⁵⁹². Reconnaître au juge de l'homologation différents pouvoirs dans la lignée de l'arrêt *Commune de Béziers* lui permettrait de dépasser la stricte logique binaire de l'homologation ou de la nullité de la transaction pour retenir la solution la plus adaptée à la nature du vice. Dans cette perspective, l'annulation est réservée aux seuls vices dont la gravité rend impossible toute régularisation, à l'instar de l'illicéité de l'objet du contrat. Pour les autres, le juge peut homologuer la transaction sous réserve de régularisation. Une telle solution serait à la fois conforme aux évolutions de l'état du droit et à l'esprit du contrat transactionnel. La sécurité juridique s'en trouverait renforcée, et le mode transactionnel de règlement des litiges y gagnerait.

Pour toutes ces raisons, le contentieux des parties et les demandes d'homologation des transactions administratives doivent pouvoir bénéficier de la jurisprudence *Commune de Béziers*. Mais faute de jurisprudence certaine, il convient d'évoquer toutes les hypothèses d'application et de non-application de cette solution.

¹⁵⁹⁰ B. PLESSIX, Chron. sur CE, 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc.

¹⁵⁹¹ A. ZARCA, « Questions sur l'annulation des transactions », *AJDA* 2013, p. 511.

¹⁵⁹² *Ibid.*

2. Les cas d'application et de non-application de la jurisprudence *Commune de Béziers*

Si le Conseil d'Etat décidait de ne pas étendre à la transaction administrative sa jurisprudence de 2009, toute irrégularité, même vénielle, pourrait être soulevée par les parties pour se dégager du contrat. La stabilité des relations contractuelles continuera de reposer uniquement sur la bonne volonté des parties, préjudiciant ainsi à la sécurité juridique, et par conséquent au développement de la transaction administrative.

Si, en revanche, le Conseil d'Etat accepte d'étendre le principe de la loyauté des relations contractuelles au contentieux des parties à un contrat transactionnel, le traitement juridique des irrégularités de ce contrat s'en trouvera nécessairement aménagé.

Dans ce cas, plusieurs solutions s'offriront au juge face à un vice dans la passation d'une transaction administrative : le maintien du contrat, sous réserve éventuellement de mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties, la résiliation du contrat avec un effet différé le cas échéant — si ces mesures de régularisation ne sont pas possibles —, et en toute dernière extrémité, l'annulation du contrat. La résiliation et l'annulation ne devront pas, par ailleurs, porter une atteinte excessive à l'intérêt général, réserve qui ne trouvera à jouer que pour les rares transactions, qui participent à la réalisation de l'intérêt général compte tenu des concessions réciproques¹⁵⁹³.

Les arrêts rendus postérieurement à 2009 à propos de la passation d'autres contrats administratifs permettent d'évaluer le sort des irrégularités soulevées par les parties devant le juge et ayant trait aux conditions de passation d'une transaction. Un premier bilan des effets de la jurisprudence *Commune de Béziers* sur les principales irrégularités de ce contrat peut d'ores et déjà en être établi¹⁵⁹⁴ — sous réserve toutefois que cette jurisprudence soit jugée effectivement applicable à la transaction.

S'agissant des contrats des collectivités territoriales, on sait que l'exécutif doit être autorisé à les signer par le conseil délibérant mis en possession d'une note explicative des

¹⁵⁹³ V. sur ce point, pp. 148-149.

¹⁵⁹⁴ Naturellement, il ne s'agit pas là de procéder à un recensement de toutes les décisions ayant trait à des irrégularités commises lors de la passation des contrats administratifs. Seules importent les solutions qui sont susceptibles d'être transposées à la transaction administrative. Les contentieux mettant en cause des procédures réglementées comme la publicité ou la mise en concurrence ne seront donc pas évoqués.

éléments essentiels du contrat projeté¹⁵⁹⁵. A l'occasion d'un litige relatif à la passation d'un marché public, il a été jugé que le caractère incomplet de la note de synthèse, s'il constitue bien une irrégularité, n'est pas suffisamment grave pour justifier l'annulation du contrat¹⁵⁹⁶. Pareille solution pourrait s'appliquer à la transaction.

De même, le juge considère désormais, que le défaut de transmission aux services préfectoraux, préalablement à la signature du contrat, de la délibération qui l'autorise, ne constitue plus un vice de nature à donner lieu à l'annulation ou à la mise à l'écart du contrat en cause. Cette solution qui ressort de l'arrêt *Commune de Béziers*, confirmée par un arrêt du Conseil d'Etat de 2010¹⁵⁹⁷, est susceptible de concerner aussi la transaction.

Il semble que la jurisprudence de 2009 ait produit les effets escomptés, puisqu'on assiste effectivement à « une sécurisation accrue des contrats des collectivités territoriales en cours d'exécution »¹⁵⁹⁸, sécurisation qui pourrait bénéficier aussi à la transaction.

Mais sécurisation du contrat et engagement d'un contentieux sont deux éléments différents. La première ne met pas les parties définitivement à l'abri de la seconde, un cocontractant pouvant toujours chercher à obtenir l'annulation ou la mise à l'écart de la transaction pour se délier de ses obligations. Certes, la jurisprudence ne jouera pas en sa faveur, mais les parties seront tout de même exposées à un contentieux long et potentiellement coûteux. C'est l'intérêt même du recours à la transaction qui s'en trouve contrarié. L'application de la jurisprudence *Commune de Béziers* à la transaction, si elle ne peut être que bénéfique, n'offrira cependant pas aux parties de garde-fous absolus. Le progrès en faveur de la stabilité de ce contrat sera significatif, mais non de nature à prémunir les parties contre tout contentieux. De ce fait, le règlement transactionnel des litiges continuera à susciter des réticences de la part des parties litigantes.

Ainsi, quel que soit le parti du Conseil d'Etat, la transaction administrative n'offre pas aux parties l'assurance d'éteindre définitivement les litiges. En la matière, le risque est d'autant moins négligeable qu'il peut aussi provenir des tiers.

¹⁵⁹⁵ V. *Supra*, p. 218 et s.

¹⁵⁹⁶ TA Châlons-en-Champagne, 8 juin 2010, *Société J. Richard Ducros*, N° 0701303.

¹⁵⁹⁷ CE, 23 juin 2010, *Commune d'Amigny-Rouy*, N° 339244.

¹⁵⁹⁸ O. DIDRICHE, « Les conséquences de l'arrêt *Commune de Béziers* sur les contrats passés par les collectivités territoriales », *AJCT* 2010, p. 118.

B. Les voies de recours ouvertes aux tiers

Dans la mesure où les contrats conclus ne produisent d'effets qu'à l'égard des seules parties, les recours dirigés par des tiers contre ces actes sont en principe jugés irrecevables. Cette solution, qui découle du principe de l'autonomie de la volonté selon lequel un sujet de droit ne peut se voir imposer des obligations par un contrat auquel il n'a pas librement et volontairement adhéré, est toutefois assortie d'une exception et d'un aménagement. L'exception, commune au droit privé et au droit administratif, concerne les contrats qui imposent des obligations à des tiers¹⁵⁹⁹. L'aménagement, en revanche, est propre aux contrats administratifs, puisque tout actes contractuels qu'ils sont, ils n'en demeurent pas moins des actes administratifs, qui ne sauraient à ce titre bénéficier pleinement du principe de l'effet relatif des contrats.

Il en va de même pour la transaction administrative : les tiers disposent d'un droit de regard sur les transactions des personnes publiques, et sont en mesure de saisir le juge, s'ils constatent des irrégularités. Deux catégories de tiers sont susceptibles d'agir : les tiers « intéressés », qui travaillent à la sauvegarde de la légalité, en défendant leur intérêt personnel (a), et les tiers « administratifs », qui en sont chargés par leurs fonctions (b).

a. Les voies de recours des tiers « intéressés »

Cette catégorie de tiers « intéressés » regroupe toute personne physique ou morale lésée par la conclusion d'un contrat, et qui a, par conséquent, un intérêt personnel à en rechercher l'annulation. Il s'agit généralement des concurrents évincés, contribuables locaux, usagers d'un service public et associations. Mais, en défendant leurs intérêts propres, ces tiers participent aussi à la sauvegarde de la légalité. C'est pourquoi, on a pu parler à leur égard de « ministère public de nature civique »¹⁶⁰⁰.

En l'occurrence, c'est peu dire que les voies de recours dont disposent les tiers à une transaction administrative, sont en question. La nouvelle solution dégagée par l'arrêt

¹⁵⁹⁹ V. sur ce point, p. 257 et s.

¹⁶⁰⁰ D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, préc., n° XII.

*Département de Tarn-et-Garonne*¹⁶⁰¹ doit-elle être étendue aux contrats que sont les transactions administratives ? Rien en l'état de la jurisprudence n'y répond expressément.

Aussi convient-il de définir ce nouvel aménagement des voies de recours au profit des tiers à un contrat administratif (1), avant d'étudier ce qui pourrait en résulter pour la transaction administrative (2).

1. Les voies de droit ouvertes aux tiers par l'arrêt *Département de Tarn-et-Garonne*

La solution de l'arrêt *Département de Tarn-et-Garonne* rompt avec la jurisprudence séculaire de l'arrêt *Martin*, qui avait introduit le mécanisme artificiel de l'acte détachable¹⁶⁰². Les tiers n'étaient pas autorisés à agir directement contre le contrat des personnes publiques, mais pouvaient, en revanche, en attaquer par la voie du recours en excès de pouvoir les actes détachables¹⁶⁰³. Pour le Conseil d'Etat, il s'agissait de concilier deux considérations d'égale importance : l'effet relatif des contrats et la nécessité d'assurer le respect de la légalité. Comme l'explique L. Richer, « la théorie de l'acte détachable a constitué un bastion avancé du principe de légalité au sein du contrat »¹⁶⁰⁴. Il faut préciser, par ailleurs, que l'introduction du référé-contractuel par l'ordonnance du 7 mai 2009 n'avait pas fait perdre de son intérêt à ce recours, dans la mesure où il ne concerne que certains contrats et certains requérants, et que toute illégalité n'est pas invocable¹⁶⁰⁵.

Indépendamment des tiers « administratifs », toute personne physique ou morale disposant d'un intérêt à agir pouvait contester devant le juge de l'excès de pouvoir les actes unilatéraux antérieurs à la conclusion du contrat. Pour les contrats de la commande publique, il s'agissait le plus souvent de concurrents évincés¹⁶⁰⁶, jusqu'aux arrêts *Tropic travaux signalisation* de 2007, qui leur a ouvert le recours en contestation de validité du contrat, et

¹⁶⁰¹ CE, Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

¹⁶⁰² CE, 4 août 1905, *Martin*, D. 1907, II, p. 49, concl. Romieu. L'élaboration jurisprudentielle de la théorie de l'acte détachable et sa chronologie sont l'objet de discussions doctrinales. V. sur ce point, L. FOLLIOU, *Pouvoirs des juges administratifs et distinction des contentieux en matière contractuelle*, thèse Paris II, 1994, p. 240 et s.

¹⁶⁰³ Il faut préciser que cette voie de droit était ouverte aussi bien contre les actes détachables des contrats administratifs des personnes publiques que contre les actes détachables de leurs contrats de droit privé. V. sur ce point, L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, préc., n° 313.

¹⁶⁰⁴ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, préc., n° 311.

¹⁶⁰⁵ *Ibid*, n° 354 et s.

¹⁶⁰⁶ La jurisprudence n'ouvrait le recours en excès de pouvoir qu'aux entreprises qui s'étaient portées candidates au contrat, et non pas à toutes celles qui avaient vocation à être candidates. CE, 6 décembre 1995, *Département de l'Aveyron*, *Leb.*, p. 428.

Département de Tarn-et-Garonne qui élargit cette solution à tous les tiers à un contrat de la commande publique. Cette voie de droit bénéficiait aussi aux usagers d'un service public, qui avaient intérêt à critiquer les décisions se rapportant aux contrats relatifs à ce service public, ou des contribuables locaux, intéressés, eux, par l'état des finances de la collectivité.

En outre, comme pour tout recours en excès de pouvoir, le recours des tiers devait ici être dirigé contre une décision faisant grief. L. Richer observait que « l'acte le plus fréquemment attaqué était la décision de contracter qui, lorsqu'elle émane d'une collectivité locale, se traduit le plus souvent par une délibération de l'organe délibérant ou par une décision de la commission d'appel d'offres »¹⁶⁰⁷. Entre autres, sont aussi regardées comme faisant grief et, à ce titre, susceptibles de recours, l'autorisation préalable ou l'approbation de tutelle¹⁶⁰⁸ et la décision de signer, acte intellectuel résultant de la signature du contrat — qualification assez redoutable, le recours en excès de pouvoir étant alors recevable sans délai¹⁶⁰⁹. En définitive, explique L. Richer, la détachabilité était largement comprise, afin d'« ouvrir assez libéralement aux intéressés [...] la seule voie de recours qui permettait de sanctionner l'illégalité commise dans la conclusion de tout contrat et ce, même si le contrat avait été signé et mis à exécution »¹⁶¹⁰.

Au fond, les tiers intéressés pouvaient soulever des moyens relatifs à la légalité de l'acte détachable ou du contrat lui-même. En effet, « l'acte détachable qui a pour objet un contrat illégal est lui-même illégal »¹⁶¹¹, comme c'était le cas en présence d'un vice du consentement de l'une des parties ou de la violation des règles de procédure et notamment de celles touchant à la publicité et à la mise en concurrence.

Pour autant, ne découlait pas nécessairement de la nullité de ces actes, telle que reconnue par le juge de l'excès de pouvoir, la nullité du contrat. Si l'acte détachable était réputé n'avoir jamais existé, cette disparition n'avait, sur le contrat lui-même, que des conséquences limitées, puisque le juge de l'excès de pouvoir n'était pas en mesure de censurer les contrats. Acte détachable et contrat constituant deux actes juridiques distincts, il fallait, soit que les parties acceptent de tirer les conséquences de l'annulation de l'acte détachable, soit que le juge du contrat soit saisi. De même, l'annulation des actes détachables ne conduisait pas nécessairement à l'annulation du contrat. Le juge — qu'il s'agisse du juge de l'exécution saisi d'une demande d'un tiers d'enjoindre à une partie de saisir le juge du contrat

¹⁶⁰⁷ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, préc., n° 313.

¹⁶⁰⁸ CE, 6 décembre 1872, *Galland, Leb.*, p. 680.

¹⁶⁰⁹ CE, 9 novembre 1934, *Chambre de commerce de Tamatave, Leb.*, p. 1034.

¹⁶¹⁰ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, préc., n° 313.

¹⁶¹¹ *Ibid.*, n° 318.

pour en constater la nullité, ou du juge du contrat lui-même, saisi par une des parties, faute pour elles d'avoir pu s'accorder sur les termes de la résiliation du contrat — devait tenir compte de l'objet de l'acte administratif et de la nature de l'illégalité qui l'entachait, et pouvait toujours choisir de maintenir le contrat afin d'éviter une atteinte excessive à l'intérêt général¹⁶¹². Si la nature de l'illégalité le permettait, une régularisation rétroactive de l'acte détachable pouvait être effectuée — s'agissant des vices de forme ou de procédure propres à l'acte détachable —¹⁶¹³, et avec elle, celle du contrat¹⁶¹⁴.

L'extrême complexité d'un tel système, de même que la volonté du Conseil d'Etat de garantir une plus grande sécurité juridique aux cocontractants, ont conduit à un réaménagement profond des voies de droit ouvertes aux tiers. Désormais, l'heure est à la simplification et à la stabilité des relations contractuelles. La politique jurisprudentielle change. L'arrêt *Société Tropic travaux signalisation* va ouvrir la voie à ce que l'arrêt *Département de Tarn-et-Garonne* va parfaire.

En 2007 — par l'arrêt *Société Tropic travaux signalisation* —, le Conseil d'Etat avait admis le recours direct de tiers contre certains types de contrats administratifs dans un délai déterminé. Plus précisément, ce recours ouvrait droit aux concurrents évincés d'agir directement contre les contrats soumis à une procédure de passation réglementée, dans un délai de deux mois à compter de la publication de l'avis d'attribution du contrat ou de la signature dudit contrat. L'arrêt se borne à admettre la qualité pour agir des seuls concurrents évincés, de sorte que le recours se voit nécessairement limité aux marchés publics, délégations de service public, partenariats publics-privés et concessions d'aménagement. Quant aux tiers ordinaires, les usagers du service public ou les contribuables locaux, ceux-ci disposent toujours du mécanisme dégagé par l'arrêt *Martin* pour attaquer le contrat.

La création de cette nouvelle voie de droit n'allait pas sans contreparties. En somme, il s'agissait pour le Conseil d'Etat d'« ouvrir pour mieux fermer », d'ouvrir pour garantir la sécurité juridique et clarifier les mécanismes contentieux. Ce recours se substituait au recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables du contrat, qui devient alors irrecevable s'agissant de ces tiers autorisés à agir directement contre le contrat. « L'ouverture s'accompagne donc d'une fermeture par le jeu d'une exception du recours parallèle, qui

¹⁶¹² V. plus précisément les arrêts CE, 10 décembre 2003, *Institut de recherche pour le développement*, *Leb.*, p. 501, pour l'office du juge de l'exécution, et CE, 28 février 2011, *Société Ophrys*, *BJDCP* 2011, n° 75, p. 133, concl. Dacosta, pour l'office du juge du contrat.

¹⁶¹³ CE, 8 juin 2011, *Commune de Divonne-les-Bains*, *BJDCP* 2011, n° 78, p. 381, concl. Dacosta, *JCP A* 2011, comm. 2334.

¹⁶¹⁴ CE, 31 juillet 2009, *Ville de Grenoble*, *BJDCP* 2009, n° 67, p. 460, concl. Boulouis.

interdit au concurrent évincé le recours contre les actes détachables du contrat », explique L. Richer¹⁶¹⁵. L'instauration de délais contentieux participe de la même finalité, la garantie la sécurité juridique des cocontractants. Ainsi se trouve réglé le problème des recours contre les décisions de signer le contrat, décisions immatérielles, auxquelles ne s'appliquait jusqu'alors aucun délai contentieux.

En outre, l'arrêt reconnaît au juge compétent des pouvoirs diversifiés, de l'injonction à l'annulation du contrat, en passant par la régularisation. Il s'agit, pour le Conseil d'Etat, d'adapter le dispositif du jugement à la nature de l'illégalité, conformément à la politique jurisprudentielle engagée ces dernières années. Le juge est en mesure de moduler ses pouvoirs selon la nature de l'illégalité, l'annulation n'étant qu'une sanction parmi d'autres¹⁶¹⁶.

Enfin, l'arrêt de 2007 réservait aux requérants la possibilité d'introduire un référé-suspension pour la suspension de l'exécution du contrat.

Une question demeurait : cet accès direct au juge du contrat avait-il vocation à ne bénéficier qu'aux seuls concurrents évincés, les contribuables locaux et usagers du service public continuant, eux, à user de la voie de l'excès de pouvoir à l'encontre des actes détachables ? *In fine*, c'est la condition de la qualité à agir des requérants qui restait à définir.

Cette distinction, ainsi créée entre des tiers « privilégiés » et des tiers « ordinaires », était contestable, faute de justifier un traitement contentieux différencié entre des tiers qui, tout en travaillant à la sauvegarde de la légalité, poursuivent tous leurs intérêts personnels. C'était, en outre, procéder à un éclatement supplémentaire du contentieux contractuel. Une clarification s'imposait donc, ce qu'a fait la Haute juridiction, en 2014, avec l'arrêt *Département de Tarn-et-Garonne*.

L'arrêt admet que « tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles »¹⁶¹⁷. L'arrêt

¹⁶¹⁵ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, préc., n° 336.

¹⁶¹⁶ Le Conseil d'Etat juge dans l'arrêt *Société Tropic travaux signalisation* qu'« il appartient au juge, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier les conséquences ; qu'il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité éventuellement commise, soit de prononcer la résiliation du contrat ou de modifier certaines de ses clauses, soit de décider de la poursuite de son exécution, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation par la collectivité contractante, soit d'accorder des indemnités en réparation des droits lésés, soit enfin, après avoir vérifié si l'annulation du contrat ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants, d'annuler, totalement ou partiellement, le cas échéant avec un effet différé, le contrat ».

¹⁶¹⁷ CE, 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

précise que ce recours est ouvert dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité, et prend soin de désigner les actes pour lesquels le recours en excès de pouvoir est désormais fermé : le choix du cocontractant, la délibération autorisant la conclusion du contrat et la décision de le signer.

Cet arrêt s'inscrit dans la continuité de la politique jurisprudentielle du Conseil d'Etat, consistant à concilier sauvegarde de la légalité et stabilité des relations contractuelles, et à simplifier les voies de droit. Comme dans l'arrêt *Société Tropic travaux signalisation*, il s'agit d'ouvrir pour mieux fermer, de permettre aux tiers lésés de contester directement la validité d'un contrat, par la voie du seul recours devant le juge du contrat et dans le délai de deux mois. Ce délai écoulé, toute voie de recours sera fermée, dans la mesure où le recours direct devant le juge du contrat se substitue au recours en excès de pouvoir contre les actes entourant la conclusion du contrat. Ce faisant, le Conseil d'Etat « recentre utilement le contentieux du contrat administratif autour de son juge naturel et réduit significativement les possibilités d'intervention du juge de l'excès de pouvoir », observe F. Brenet¹⁶¹⁸. En matière contractuelle, celui-ci n'est désormais plus compétent que pour connaître des clauses réglementaires des contrats, ainsi que des actes détachables des contrats de droit privé de l'administration. « L'arrêt *Martin* de 1905, hybridation contentieuse iconoclaste, est bel et bien enterré »¹⁶¹⁹.

S'agissant des tiers intéressés, et afin de concilier légalité et stabilité des contrats, le Conseil d'Etat instaure « un double-verrou »¹⁶²⁰, tenant aux conditions de recevabilité desdits tiers, ainsi qu'au champ des moyens invocables par eux¹⁶²¹, et met à la disposition du juge des pouvoirs très divers, de manière à retenir la sanction la plus adaptée à la nature et à l'importance du vice en cause. Saisi par un tiers à un contrat, le juge procède donc par étapes.

Tout d'abord, il doit déterminer la recevabilité du recours, en examinant si les tiers ont été lésés de manière suffisamment directe et certaine par la passation du contrat pour être autorisés à agir. L'accès au juge du contrat est ainsi facilité pour les tiers, à condition qu'ils satisfassent ces conditions. « L'arrêt *Département de Tarn-et-Garonne* ne pouvait retenir la qualité de *tiers* trop incertaine, trop vague, donc trop attractive de la recevabilité, et revient à la notion d'intérêt à agir, matinée d'une dimension subjective, celle de lésion suffisamment

¹⁶¹⁸ F. BRENET, note sous CE, 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, *Dr. Adm.* 2014, comm 36, p. 26.

¹⁶¹⁹ S. BRACONNIER, note sous CE, 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, *AJDA* 2014, p. 945.

¹⁶²⁰ La formule est empruntée à S. BRACONNIER, note sous CE, 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, *péc.*, p. 945.

¹⁶²¹ L'arrêt *Département de Tarn-et-Garonne* intéresse aussi le recours des « tiers administratifs » que sont le représentant de l'Etat dans le département et les membres des assemblées délibérantes de la collectivité contractante.

directe et certaine des intérêts du requérant », explique J.-F. Sestier¹⁶²². Ces tiers lésés doivent, en outre, agir dans un délai fixé à deux mois. Ouvrir pour mieux fermer, telle est bien la logique qui domine.

Le juge doit ensuite examiner la recevabilité des moyens. Le Conseil d'Etat a posé un second verrou, qui oblige les tiers à n'invoquer que des vices en rapport direct avec l'intérêt dont ils se prévalent ou ceux, qui sont d'une telle gravité que le juge doit les relever d'office.

Accueillant le recours, le juge est tenu d'apprécier l'importance et les conséquences du vice entachant le contrat, et peut décider soit de la poursuite de l'exécution de celui-ci, éventuellement après régularisation, soit sa résiliation, voire sa résolution, dans l'hypothèse où l'intérêt général n'y ferait pas obstacle. L'arrêt se situe ainsi dans la lignée de celui de 2009, *Commune de Béziers*.

Un référé-suspension est, par ailleurs, ouvert aux tiers autorisés à agir. Enfin, l'arrêt prévoit lui-même que ce nouveau recours ne concerne que les contrats conclus après le 4 avril 2014, soit le jour de lecture de la décision.

Certes, « le risque de recours ne disparaît pas, évidemment, mais il est mieux balisé, plus lisible, et finalement mieux explicable aux opérateurs et à leurs financeurs, qui devraient, en toute logique, moins hésiter à s'engager »¹⁶²³. Surtout, l'aboutissement n'est pas total, puisque seuls de nouveaux arrêts permettront de prendre toute la mesure du nouvel état du droit en la matière. En effet, une question fondamentale demeure pour l'instant incertaine : qu'est-ce qui constitue une lésion suffisamment directe et certaine à même d'ouvrir droit au recours ? Au regard de cette condition, qu'advient-il des contribuables locaux, des usagers du service public et des associations ? Si la distinction introduite par l'arrêt de 2009 entre les tiers dits administratifs et les tiers lésés de manière suffisamment directe et certaine est claire, ce que recouvre exactement cette dernière catégorie reste, en revanche, à définir. En durcissant les conditions de recevabilité par l'exigence d'une lésion suffisamment directe et certaine, il est probable que l'arrêt *Département de Tarn-et-Garonne* crée une hiérarchie entre les tiers non administratifs. Si une hiérarchie entre les tiers administratifs et les tiers intéressés est manifeste — entérinant la rupture introduite par l'arrêt *Société Tropic travaux signalisation* —, sans doute apparaît-il aussi une hiérarchie entre les tiers intéressés

¹⁶²² M. Sestier relève aussi que pareille « restriction à la recevabilité n'est pas une nouveauté. Il y a là une transposition de la jurisprudence établie en matière de référé-précontractuel (CE, sect., 3 octobre 2008, N° 305420, *Smirgeomes* [...]) », J.-F. SESTIER, note sous CE, 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc., p. 36.

¹⁶²³ S. BRACONNIER, note sous CE, 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc., p. 945.

suffisamment lésés pour être autorisés à agir et ceux qui ne le sont pas, seul le recours des premiers étant recevable.

Cette question du degré d'ouverture du recours des tiers au juge du contrat intéresse tout particulièrement la transaction administrative. Mais celle-ci se double d'une autre, plus élémentaire encore : la solution de l'arrêt *Département de Tarn-et-Garonne* concerne-t-elle le contentieux de ce contrat ?

2. Les cas d'application et de non-application de la jurisprudence *Département de Tarn-et-Garonne*

Aucun arrêt relatif à une transaction administrative n'ayant été rendu depuis le 4 avril 2014, il est possible que le Conseil d'Etat choisisse de maintenir, pour le contentieux de ce contrat, le mécanisme traditionnel de l'acte détachable. La question ne se pose que pour les contrats conclus à partir du 4 avril 2014, conformément à ce que prévoyait l'arrêt lui-même. La détachabilité continue donc à s'appliquer, au moins pour les contrats antérieurs à cette date.

Il convient également de préciser que le mécanisme permettant aux tiers intéressés d'attaquer par la voie du recours en excès de pouvoir les clauses règlementaires des contrats administratifs ne présente pas d'intérêt s'agissant des transactions administratives¹⁶²⁴. Seul est donc envisageable le mécanisme de l'acte détachable issu de l'arrêt *Martin*.

En l'occurrence, l'arrêt rendu le 11 mai 2011, *Société Lyonnaise des eaux France*, permet de rendre compte des voies de droit permettant aux tiers de contester les transactions administratives¹⁶²⁵.

En l'espèce, le juge du contrat — le Tribunal administratif de Lyon — avait prononcé la résolution du contrat litigieux consécutivement à l'annulation de l'approbation du choix du cocontractant et de l'autorisation de signer un contrat d'affermage de service public de

¹⁶²⁴ La recevabilité du recours en excès de pouvoir contre les clauses règlementaires des contrats administratifs a été admise par l'arrêt CE, 10 juillet 1996, *Cayzeele, Leb.*, p. 274. « Sont règlementaires les clauses qui définissent les conditions d'organisation et de fonctionnement du service public », explique L. Richer. Les transactions administratives, compte tenu de leur objet même, ne sauraient contenir de telles clauses. Sur l'objet de la transaction administrative, v. partie I, titre I, chapitre I, section I, p. 52 et s.

¹⁶²⁵ CE, 11 mai 2011, *Société Lyonnaise des eaux France*, *RJEP* 2012, comm. 2, note J. Gourdou et O. Bonneau, *JCPA A* 2011, p. 2213, note E. Busson.

distribution d'eau potable entre le Syndicat intercommunal des eaux du nord-est de Lyon (SIENEL) et la Société de distribution d'eau intercommunale (SDEI), à laquelle a succédé ensuite la Société Lyonnaise des eaux. Le comité du SIENEL avait tiré les conséquences d'une telle résolution, en autorisant notamment son président à signer une transaction avec la société cocontractante. Celle-ci prévoyait l'indemnisation de la SDEI, ainsi que la garantie par le SIENEL de toutes les condamnations définitives qui pourraient être prononcées devant le juge judiciaire à l'encontre de la société dans le cadre de contentieux initiés par les usagers du service de distribution d'eau potable. Toutefois, l'autorisation de signer la transaction fut elle-même annulée par le Tribunal administratif, au motif qu'elle méconnaissait les principes de l'enrichissement sans cause, dès lors que le SIENEL n'établissait pas que les concessions réciproques consenties avaient été déterminées sur la base des dépenses utiles assumées par le cocontractant au profit du syndicat. La Cour administrative d'appel de Lyon a confirmé ce jugement, déclarant ainsi recevable le recours de l'association de consommateurs d'eau du nord-est de Lyon et de deux usagers du service public contre la délibération en question, acte détachable du contrat transactionnel. La Société Lyonnaise des eaux, qui venait aux droits de la SDEI, saisit le Conseil d'Etat d'un recours en cassation, contestant notamment le droit à agir de l'association et des usagers.

La question qui se posait était plus précisément celle-ci : la recevabilité de la demande d'annulation de la délibération autorisant la conclusion d'un contrat d'affermage ouvre-t-elle *ipso facto* le droit d'agir contre la délibération autorisant la conclusion d'une transaction envisagée pour remédier aux conséquences de l'annulation du contrat initial ?

La Haute juridiction juge alors que « si des tiers peuvent poursuivre l'annulation des actes détachables d'un contrat, la recevabilité d'un tel recours est subordonnée à la condition que les stipulations du contrat en cause soient de nature à les léser dans leurs intérêts de façon suffisamment directe et certaine »¹⁶²⁶. En l'occurrence, le Conseil d'Etat annule la décision des juges du fond et rejette les conclusions de l'association et des usagers.

La voie de droit utilisée par les tiers est celle du recours en excès de pouvoir contre un acte détachable de la transaction, la recevabilité du recours étant conditionnée à une lésion suffisamment directe et certaine des intérêts du requérant consécutivement aux clauses du contrat. Sans apporter de solutions originales, l'arrêt clarifie l'état du droit présidant au contentieux des tiers à une transaction. C'était là tout son intérêt en 2011.

¹⁶²⁶ CE, 11 mai 2011, *Société Lyonnaise des eaux France*, préc.

En premier lieu, l'arrêt distingue clairement l'intérêt à agir contre un acte détachable du contrat litigieux initial — comme un contrat de la commande publique — de l'intérêt à agir contre un acte détachable du contrat de transaction. La qualité de demandeur dans le cadre de la première hypothèse ne confère pas nécessairement un intérêt à agir dans la seconde. « A litige distinct, intérêt idoine », résumant MM. Gourdou et Bonneau. Ils poursuivent, « le droit du justiciable à voir tirer toutes les conséquences d'un jugement à lui favorable ne lui permet pas, en effet, de faire apprécier "une situation de droit et de fait ne résultant pas directement du jugement dont l'exécution est demandée" »¹⁶²⁷. A l'intérêt à agir contre un contrat transactionnel correspond un intérêt à agir différent de celui du litige initial, pourrait-on ajouter. Le contentieux de la transaction ne se situe pas dans le prolongement de celui du contrat, et fait l'objet d'une appréciation propre de ses conditions de recevabilité.

Le Conseil d'Etat exige, en second lieu, que le recours ne soit ouvert qu'aux tiers lésés de manière suffisamment directe et certaine par les stipulations du contrat. S'agissant des associations, leur intérêt à agir ne s'apprécie donc plus par rapport à leur objet qui leur donne qualité à agir¹⁶²⁸. Plus précisément, la lésion directe et certaine propre à permettre la recevabilité du recours, résulte de deux hypothèses alternatives : la modification des conditions d'organisation ou de fonctionnement du service public et l'augmentation des redevances demandées aux usagers. « Le Conseil d'Etat restreint la portée du principe centenaire que la recevabilité du recours en excès de pouvoir d'une association s'apprécie par rapport à son objet social et fait évoluer l'office du juge de l'excès de pouvoir vers la vision concrète et le contrôle approfondi, ici au stade de la recevabilité de la requête, qui caractérisait déjà l'évolution de l'office du juge entreprise par les arrêts *Tropic travaux signalisation*, *Commune de Béziers* et *Société Ophrys* », est-il observé¹⁶²⁹.

Une telle solution n'est pas tout à fait originale, la Haute juridiction ne faisant qu'appliquer au contentieux de la transaction des solutions déjà admises¹⁶³⁰. Il faut préciser également que le traitement juridique des usagers est le même qu'ils agissent en leur nom propre ou par le biais d'une association dédiée.

¹⁶²⁷ J. GOURDOU, O. BONNEAU, « Intérêt pour agir contre la délibération autorisant la transaction consécutive à la résolution du contrat », préc., citant l'arrêt du CE, 20 avril 1984, *Ribot, Leb.*, p. 156.

¹⁶²⁸ CE, 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix de Seguey Tivoli, Leb.*, p. 962, note M. Hauriou, *S.* 1907, 3, p. 33.

¹⁶²⁹ E. BUSSON, « Est-il encore possible de demander l'annulation de l'acte détachable alors qu'il existe un juge de plein contentieux ? », préc., p. 2213.

¹⁶³⁰ S'agissant de la première hypothèse, v. CE, 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix de Seguey Tivoli*, préc. S'agissant de la seconde, v. notamment, CE, 4 décembre 1936, *de Roche Treilloy, Leb.*, p. 1061, et CE, 19 décembre 1979, *Meyet, Leb.*, p. 475, *D.* 1980, p. 124, obs. P. Delvolvé.

Ainsi, la qualité d'usager du service public de l'eau, dont se prévalaient les requérants, ne suffit pas. Il faut encore que la transaction financière conclue ait eu pour effet de léser les usagers dans leurs intérêts, en affectant l'organisation ou le fonctionnement du service public de l'eau, dont le syndicat a eu la responsabilité, ou en augmentant les tarifs payés par les usagers dudit service. Or, en l'occurrence, la transaction litigieuse était destinée à régler les conséquences nées de l'annulation d'un contrat d'affermage et ne modifiait en aucune façon les conditions d'exercice du service public, et moins encore du service déjà assuré. De même, la transaction n'ayant pas eu pour effet d'accroître les tarifs payés par les usagers, aucun intérêt à agir ne pouvait leur être reconnu sur le plan financier.

Le Conseil d'Etat fait donc de l'acte détachable un acte transparent, l'intérêt à agir étant directement analysé au regard du contrat, et restreint par ailleurs le champ des tiers autorisés à agir.

Cette restriction concerne surtout les tiers qui souhaiteraient agir en qualité d'usagers du service public. En effet, il est très peu probable qu'une transaction visant, par exemple, à régler les conséquences de l'annulation d'un contrat de la commande publique, affecte les conditions d'organisation et de fonctionnement du service public. De même, l'usager ne trouvera pas non plus sur le terrain financier d'élément lui ouvrant le droit d'agir, puisque « la fixation de nouveaux tarifs en remplacement de ceux qui ont rétroactivement disparu avec la convention [de délégation initiale] est opérée par un acte réglementaire distinct de la transaction elle-même »¹⁶³¹.

Une telle restriction de la recevabilité du recours ne semble pas s'appliquer aux contribuables locaux, qui tiennent leur intérêt à agir des conséquences d'un acte sur les finances de la collectivité publique, et plus précisément de l'augmentation des impôts locaux¹⁶³². Mais, « l'examen de la jurisprudence montre que le caractère "direct et certain" de l'impact de la mesure contestée sur le budget de la collectivité est apprécié avec moins de sévérité que ne l'est celui des usagers contestant des actes à possibles répercussions tarifaires »¹⁶³³. Or, il faut bien reconnaître que la plupart des transactions conclues par les personnes publiques sont davantage constitutives, pour elles, de charges que de rentrées

¹⁶³¹J. GOURDOU, O. BONNEAU, « Intérêt pour agir contre la délibération autorisant la transaction consécutive à la résolution du contrat », préc., p. 27.

¹⁶³² CE, 29 mars 1901, *Casanova, Leb.*, p. 333, note M. Hauriou, *S.* 1901, 3, p. 73. A l'inverse, le défaut d'incidence d'un acte sur les finances d'une collectivité n'ouvre aucun droit à agir, encore moins, l'économie d'impôts. V. respectivement, CE, 22 octobre 1986, *Reynaud, Rec. T.*, p. 652, et CE, 29 octobre 1980, *Rémy, Rec. T.*, p. 829, *Dr. Adm.* 1980, comm. 443.

¹⁶³³ J. GOURDOU, O. BONNEAU, « Intérêt pour agir contre la délibération autorisant la transaction consécutive à la résolution du contrat », préc., p. 30.

d'argent. Aussi la recevabilité de leur recours ne présente-t-elle guère de difficultés. Les requérants du cas d'espèce auraient sans doute été jugés recevables s'ils avaient agi en cette qualité de contribuables locaux.

Une telle limitation du recours des tiers contre un acte détachable d'une transaction permettrait de garantir une certaine stabilité des relations contractuelles. Les commentateurs invitaient du reste le Conseil d'Etat à ne pas en rester là : « Conjuguée aux nouveaux pouvoirs reconnus au juge du contrat qui garantissent, si nécessaire, la pérennité de situations contractuelles pourtant illégales, cette délimitation pourrait convaincre le Conseil d'Etat que le temps est venu de se passer de l'artifice de l'acte détachable et d'ouvrir le prétoire du juge du contrat plus largement qu'il ne l'est à l'heure actuelle »¹⁶³⁴.

Faute d'arrêt plus récent relatif au contentieux des tiers à une transaction administrative, il faut tâcher d'envisager quelle pourrait être la solution du Conseil d'Etat en la matière : va-t-il s'en tenir à sa jurisprudence telle que définie par l'arrêt *Société Lyonnaise des eaux France*, ou étendre à la transaction le nouveau recours conçu par l'arrêt *Département de Tarn-et-Garonne* ?

A vrai dire, il n'y a guère à douter que le juge administratif opte pour la seconde hypothèse. Rien ne justifierait que le contrat transactionnel reste à l'écart d'une évolution massive du contentieux contractuel. Au contraire, tout plaide en faveur de la soumission du contentieux de la transaction à ce nouvel état du droit : l'unification du contentieux contractuel, la préservation des relations transactionnelles et l'absence de spécificité, sur ce point, du contrat qu'est la transaction.

A la différence de l'arrêt *Tropic travaux signalisation* qui ne visait que les concurrents évincés, l'arrêt *Département de Tarn-et-Garonne* n'émet aucune restriction relative à son champ d'application. La décision ouvre l'accès au juge du contrat à tout tiers qui justifie d'une lésion suffisamment directe et certaine de ses intérêts, sans considération du contrat en cause. Le Conseil d'Etat souhaitait par là-même réorganiser le contentieux contractuel et l'unifier sur la base de la conciliation entre légalité et stabilité des contrats. Pour ce faire, il abandonne l'artifice complexe de la détachabilité pour ouvrir, sous conditions et dans un certain délai, l'accès au juge du contrat.

¹⁶³⁴ *Ibid.*

Le contentieux de la transaction doit pouvoir bénéficier d'une telle évolution. D'une part, cela permettrait de clarifier, en l'unifiant, le contentieux des tiers à un contrat administratif quel qu'il soit, si bien que le contentieux contractuel dans son ensemble y gagnerait. D'autre part, cela offrirait plus de garanties aux parties à une transaction, leur contrat étant préservé de recours tous azimuts. Seuls certains tiers — les tiers administratifs et les tiers directement et certainement lésés — pourront agir dans un délai déterminé. C'est l'outil transactionnel, en tant que contrat destiné à régler un litige, qui s'en trouverait renforcé.

Il faut préciser, enfin, que rien au regard des caractéristiques de la transaction ne justifie que des voies de recours particulières lui soient aménagées. Si l'originalité de l'objet de ce contrat — à la frontière entre le contrat et le contentieux — appelle parfois des solutions qui ne sont pas celles des contrats les plus administratifs, il n'en est rien sur le plan contentieux. Le juge doit tout à la fois veiller à réserver un droit de regard à tous ceux qui font office de « ministère public de nature civique »¹⁶³⁵ et préserver la stabilité des relations contractuelles. Ces deux exigences sont d'égale intensité. Il est tout aussi important de s'assurer que la transaction n'a pas été détournée de son objet de règlement des litiges et que son contenu est licite, que d'offrir aux parties la garantie que le contrat conclu pour terminer un litige ne puisse être contesté à tout moment par tout tiers. Cet équilibre, la solution de l'arrêt *Département de Tarn-et-Garonne* parvient à l'assurer.

Si effectivement, la solution de ce dernier arrêt s'étend à la transaction, l'agencement des voies de recours des tiers s'en trouvera nécessairement modifié, de même que l'office du juge.

On sait que la contestation des contrats antérieurs au 4 avril 2014 relève de l'ancien mécanisme du recours en excès de pouvoir contre l'acte détachable et donc des conditions relatives à l'intérêt à agir telles que clarifiées par l'arrêt *Société Lyonnaise des eaux France*. En revanche, pour les contrats postérieurs, tout tiers lésé dans ses intérêts de manière suffisamment directe et certaine par la passation ou les clauses du contrat peut agir, dans le délai de deux mois à compter de la publicité du contrat, contre la délibération autorisant la conclusion du contrat et de la décision de le signer¹⁶³⁶. La voie du recours pour excès de pouvoir ne sera plus alors possible que contre les actes détachables des transactions de droit privé de l'administration — celles qui viennent régler un litige relevant du juge judiciaire,

¹⁶³⁵ Pour reprendre la formule de D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, préc., n° XII.

¹⁶³⁶ L'arrêt *Département de Tarn-et-Garonne* inclut, parmi les actes ouverts au recours, le choix du cocontractant. Il va de soi qu'une telle décision ne concerne pas la transaction administrative.

selon le critère de qualification consacré par l'avis *L'Haj-les-Roses* de 2002¹⁶³⁷. Concernant plus précisément la recevabilité du recours des tiers devant le juge du contrat, il est probable que les solutions énoncées par l'arrêt *Société Lyonnaise des eaux France* relativement à ce que constitue une lésion suffisamment directe et certaine dans le cadre d'un recours en excès de pouvoir, pourront lui être transposées. La consistance de ce qui confère un intérêt à agir pourra être similaire du recours en excès de pouvoir au recours de plein contentieux. Dans une telle hypothèse, la recevabilité du recours du contribuable local sera plus aisément admise que celle de l'utilisateur du service public. Reste à la jurisprudence de le confirmer.

La transaction gagnera en sécurité juridique, du fait à la fois de l'instauration du délai de recours et de la diversité des pouvoirs du juge, la nullité du contrat devenant assurément la sanction la plus extrême. La nature de la mesure prise dépendra de la nature et de l'importance du vice en cause.

L'arrêt du 4 avril 2014 réserve aussi aux tiers la possibilité d'introduire un référé-suspension, à côté du recours au fond.

Introduit par la loi du 30 juin 2000 — en remplacement du sursis à exécution —, ce référé est prévu par l'article L. 521-1 du Code de la justice administrative, qui dispose : « Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision [...] ».

Procédure accessoire, ce mécanisme permet de demander au juge de prononcer la suspension d'une décision administrative jusqu'à la lecture de la décision juridictionnelle au fond, qu'il s'agisse d'un recours en excès de pouvoir ou d'un recours de plein contentieux. Deux éléments conditionnent la suspension : celle-ci ne peut être prononcée que si l'urgence le justifie et si le juge des référés a un doute sérieux sur la légalité de la décision.

C'est au regard de plusieurs considérations que le juge du référé-suspension examine si la condition de l'urgence est satisfaite. Il faut, tout d'abord, que la décision produise des conséquences négatives, et plus précisément qu'elle « préjudicie de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend

¹⁶³⁷ Sur les transactions de droit privé des personnes publiques, v. partie I, titre I, chapitre I, section II, § II, B, p. 109 et s.

défendre ; qu'il en va ainsi, alors même que cette décision n'aurait un objet ou des répercussions que purement financiers et que, en cas d'annulation, ses effets pourraient être effacés par une réparation pécuniaire », selon les critères dégagés par le Conseil d'Etat dans son arrêt du 19 janvier 2001, *Confédération nationale des radios libres*¹⁶³⁸. L'arrêt précise également que c'est à une appréciation globale et concrète que doit se livrer le juge¹⁶³⁹. Certaines décisions sont, du reste, présumées préjudicier par nature les intéressés.

Enfin, le juge procédera à une mise en balance des intérêts en présence, c'est-à-dire des avantages et inconvénients qu'il y aura à maintenir la décision, et ne la suspendra que si les seconds l'emportent sur les premiers. En matière contractuelle plus précisément, « saisi de la demande de suspension d'une mesure de résiliation d'un contrat administratif, le juge des référés apprécie la condition d'urgence en prenant en compte, d'une part, les atteintes graves et immédiates que la résiliation peut porter à un intérêt public ou aux intérêts du requérant et, d'autre part, de l'intérêt général ou de l'intérêt de tiers, notamment du titulaire d'un nouveau contrat, qui peut s'attacher à l'exécution immédiate de la résiliation », explique D. Giltard¹⁶⁴⁰, faisant référence à l'arrêt *Commune de Béziers* du 21 mars 2011¹⁶⁴¹.

A l'urgence est jointe une autre condition, celle que le requérant invoque un « moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision ». Il appartient alors au juge du référé-suspension « d'anticiper sur ce que pourrait être la position des juges du fond, afin d'en tirer, provisoirement, les conséquences »¹⁶⁴², anticiper pour pallier les inconvénients d'une décision potentiellement illégale, mais non pas assurément illégale — vraisemblance, mais pas certitude¹⁶⁴³. L'article L. 521-1 du Code de justice administrative se borne en effet à n'exiger qu'un doute et non une certitude.

En l'occurrence, ce doute sérieux peut concerner tout aussi bien la légalité externe que la légalité interne de cette décision.

¹⁶³⁸ CE, 19 janvier 2001, *Confédération nationale des radios libres*, *Leb.*, p. 29, *RFDA* 2001, p. 378, concl. Touvet, *AJDA* 2001, p. 152, chron. M. Guyomar et P. Collin.

¹⁶³⁹ Plus précisément, l'arrêt est ainsi rédigé : « qu'il appartient au juge des référés, saisi d'une demande tendant à la suspension d'une telle décision, d'apprécier concrètement, compte tenu des justifications fournies par le requérant, si les effets de celle-ci sur la situation de ce dernier ou, le cas échéant, des personnes concernées, sont de nature à caractériser une urgence justifiant que, sans attendre le jugement de la requête au fond, l'exécution de la décision soit suspendue ».

¹⁶⁴⁰ D. GILTARD, « L'urgence », *Répertoire de Contentieux administratif*, Dalloz, n° 168.

¹⁶⁴¹ CE, 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, N° 304806.

¹⁶⁴² C. BROUELLE, *Contentieux administratif*, préc., n° 626.

¹⁶⁴³ Cette idée de vraisemblance irrigue tout le travail du juge du référé-suspension, comme l'expliquait L. Vallée dans ses conclusions sur l'arrêt CE, 29 novembre 2002, *Communauté d'agglomération Saint-Etienne Métropole* : « Les notions qui déterminent le mieux l'office du juge des référés, qui se prononce en l'état de l'instruction, sont alors celles de l'apparence et de la vraisemblance. Du fait de ses pouvoirs limités, et dès l'instant qu'il y a urgence, le juge des référés peut suspendre l'exécution d'une décision en s'en tenant à une illégalité vraisemblable ». L. VALLEE, concl. sur CE, 29 novembre 2002, *Communauté d'agglomération Saint-Etienne Métropole*, *RJF* 2/03, n° 228.

Si toutes ces conditions sont réunies, le juge sera effectivement en mesure de suspendre la décision, et même d'adresser des injonctions à caractère provisoire à l'administration — s'il a été saisi de conclusions en ce sens — et d'indiquer les obligations provisoires qui en découleront pour elle, c'est-à-dire assortir sa décision de « l'indication des obligations qui en découleront pour l'administration et qui pourront consister à réexaminer la demande dans un délai déterminé ou, le cas échéant, à prendre toute mesure conservatoire utile prescrite par le juge compte tenu de l'objet du litige, du moyen retenu et de l'urgence »¹⁶⁴⁴. Cette décision peut ensuite faire l'objet d'un recours en cassation devant le Conseil d'Etat.

Même s'il est rarement mis en œuvre dans le cadre d'un contentieux relatif à une transaction — et plus généralement en matière contractuelle —, un tel référé-suspension est parfaitement envisageable.

S'agissant, par exemple, d'un référé destiné à obtenir la suspension d'une décision de signer une transaction administrative, le doute pourrait résider dans l'incompétence de l'auteur de l'acte, et l'urgence dans le caractère gravement et immédiatement préjudiciable à l'intérêt public d'une telle signature, les répercussions purement financières ayant été admises dans ce cadre. A propos d'un autre type de contrat, il a même été jugé que le juge commettait une erreur de droit en ne relevant pas d'office cette incompétence dès lors qu'elle ressortait des pièces du dossier¹⁶⁴⁵.

Il ne s'agit pas de proposer de revenir sur le droit de regard des tiers qui participe du respect de la légalité, mais de souligner les limites intrinsèques du mode transactionnel de règlement des litiges tenant à sa nature d'acte contractuel. Alors même que les voies de droit ouvertes aux tiers ont été réaménagées, la transaction, contrat administratif, ne met pas à l'abri les parties d'un nouveau litige. D'autant qu'il faut aussi compter sur les tiers administratifs.

b. Les voies de recours des tiers « administratifs »

La formule de « tiers administratifs » désigne les tiers qui ont pour mission de travailler au respect de la légalité, le Préfet et les membres des assemblées délibérantes, et qui

¹⁶⁴⁴ CE, 27 juillet 2001, *Vedel, Leb.*, p. 146 ; CE, 13 février 2006, *Commune de Fontenay-le-Comte, Rec. T.*, p. 1015-1016.

¹⁶⁴⁵ CE, Sect., 16 mai 2001, *Epoux Duffaut*, N° 230631.

bénéficient, à ce titre, d'un traitement juridique particulier, différent de celui des « tiers intéressés ».

On sait que, depuis les lois de décentralisation des 2 mars et 22 juillet 1982, les collectivités territoriales sont tenues de transmettre un certain nombre de leurs actes au Préfet dans le cadre du contrôle de légalité. S'il constate des irrégularités, celui-ci a la possibilité de saisir le Tribunal administratif d'un recours en annulation, assorti éventuellement d'une demande de suspension. Ce recours peut également lui être provoqué par des particuliers.

On sait également que la liste des actes pour lesquels la transmission est obligatoire en vertu du Code général des collectivités territoriales, n'est pas limitative du contrôle de légalité. Il apparaît, d'une part, que certains actes détachables des contrats doivent être portés à la connaissance du Préfet, qui, à cette occasion, contrôle la légalité des contrats. Il a été admis, d'autre part, que des contrats non soumis à transmission puissent faire l'objet de conclusions à fin d'annulation¹⁶⁴⁶. Les transactions, qui ne figurent pas parmi les contrats les plus importants et à ce titre soumis à transmission, peuvent pourtant faire l'objet d'un déferé préfectoral¹⁶⁴⁷.

Ce sont respectivement le Préfet de région pour les actes des autorités régionales et le Préfet du département pour les autres actes qui doivent intenter l'action. Le recours est porté devant le Tribunal administratif dans le ressort de compétence territoriale où l'autorité ayant édicté la décision a légalement son siège¹⁶⁴⁸, dans le délai de deux mois à compter de la transmission — sauf pour les contrats considérés comme inexistantes en raison de la gravité de l'illégalité qui les entache, pour lesquels aucun délai ne s'applique¹⁶⁴⁹.

Il reste alors à identifier quelle est la nature de ce recours, ainsi que ses conséquences sur l'acte administratif, et plus précisément sur la transaction administrative. En l'occurrence, les voies de droit ouvertes aux tiers administratifs n'ont pas échappé au mouvement de réforme du contentieux contractuel, puisque le mécanisme du déferé préfectoral a connu de profonds changements, et avec lui, le sort des transactions qui en ont fait l'objet.

Ainsi, pendant longtemps, le déferé préfectoral a été assimilé à un recours en excès de pouvoir, même lorsqu'il était dirigé contre un contrat. Sans doute cette qualification, arrêtée

¹⁶⁴⁶ CE, 14 mars 1997, *Département des Alpes-Maritimes, Leb.*, p. 79.

¹⁶⁴⁷ V. sur ce point, p. 216.

¹⁶⁴⁸ CJA, art. R. 312-15.

¹⁶⁴⁹ V. sur ce point, L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, préc., n° 369.

par le Conseil d'Etat dans l'arrêt du 26 juillet 1991, *Commune de Sainte-Marie*, reposait-elle sur la considération des caractéristiques du recours : un recours tendant à la sauvegarde de la légalité et pouvant conduire à l'annulation de l'acte attaqué¹⁶⁵⁰.

En 2011, avec l'arrêt du 23 décembre, *Ministre de l'Intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration*¹⁶⁵¹, suivi par l'arrêt du 9 mai 2012, *Syndicat départemental des ordures ménagères de l'Aude*¹⁶⁵², le Conseil d'Etat revient sur cette qualification, en jugeant, que dirigé contre un contrat, le déféré est un recours de pleine juridiction¹⁶⁵³. Il juge également que toute irrégularité ne donne pas lieu à la nullité systématique du contrat. L'apport est double.

« Eu égard à son objet, un tel recours formé à l'encontre d'un contrat relève du contentieux de pleine juridiction », est-il jugé dans ces deux arrêts. Ce faisant, la Haute juridiction transforme la nature du déféré préfectoral, du moins en ce qui concerne les contrats. En effet, c'est l'objet du recours mis en œuvre qui détermine désormais la nature du déféré préfectoral. P. Delvolvé évoque, à cet égard, « un recours-caméléon »¹⁶⁵⁴. Si la qualification de recours de pleine juridiction est donnée au déféré dirigé contre un contrat administratif, il n'en va pas nécessairement de même quand ce mécanisme est mis en œuvre à l'encontre d'autres types d'actes, comme les actes unilatéraux et les contrats de droit privé¹⁶⁵⁵.

Il ne fait guère de doute que « ce renversement s'explique par les évolutions jurisprudentielles intervenues entre temps et au premier rang, par celle qu'a constituée l'arrêt du 16 juillet 2007, *Société Tropic travaux signalisation*, admettant que "indépendamment des actions dont les parties au contrat disposent devant le juge du contrat, tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif est recevable à former devant ce même juge un

¹⁶⁵⁰ CE, 26 juillet 1991, *Commune de Sainte-Marie*, RFDA 1991, p. 966, concl. Legal, AJDA 1991, p. 739, chron. C. Maugué et R. Schwartz.

¹⁶⁵¹ CE, 23 décembre 2011, *Ministre de l'Intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration*, Leb., p. 662, AJDA 2012, p. 1064, note M. Quyyollet, BJDCEP 2012, p. 125, concl. Dacosta, Dr. Adm. 2012, comm. 27, note A. Claeys, RFDA 2012, p. 683, note P. Delvolvé, RJEP 2012, comm. 25, note F. Brenet.

¹⁶⁵² CE, 9 mai 2012, *Syndicat départemental des ordures ménagères de l'Aude*, AJDA 2012, p. 976, RDI 2012, p. 403, obs. R. Noguellou.

¹⁶⁵³ Les contentieux dont il était question intéressaient uniquement des contrats administratifs. Plus précisément, le premier arrêt mettait en cause un marché conclu par un syndicat intercommunal, alors que la délibération qui en autorisait la passation avait été adoptée par un conseil d'administration non encore renouvelé après les élections municipales, et le second concernait un avenant à une convention de délégation de service public signé par un syndicat départemental en vertu d'une délibération non encore transmise au représentant de l'Etat chargé du contrôle de légalité. Dans les deux cas, le Préfet avait déféré au Tribunal administratif les contrats, de même qu'une délibération réitérant l'approbation du contrat de délégation de service public et approuvant le projet d'avenant, dans la seconde affaire.

¹⁶⁵⁴ P. DELVOLVÉ, « Le déféré préfectoral contre les contrats administratifs : du recours pour excès de pouvoir au recours de plein contentieux », RFDA 2012, p. 686.

¹⁶⁵⁵ V. sur ce point, P. DELVOLVÉ, « Le déféré préfectoral contre les contrats administratifs : du recours pour excès de pouvoir au recours de plein contentieux », préc., p. 686.

recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat... "»¹⁶⁵⁶. Dès lors, seul le contentieux des tiers ordinaires, c'est-à-dire ceux qui ne peuvent se prévaloir ni de la qualité de tiers administratifs, ni de celle de concurrents évincés, relevait encore de l'excès de pouvoir et de la théorie des actes détachables.

Le Conseil d'Etat ne s'arrête pas là : il étend au déféré préfectoral la solution de l'arrêt *Commune de Béziers* de 2009, par laquelle toute irrégularité affectant la conclusion d'un contrat administratif n'est pas nécessairement sanctionnée par la nullité du contrat. Le recours de pleine juridiction laisse, en effet, la possibilité au juge d'adapter la sanction aux circonstances de chaque affaire — la nature de l'illégalité et l'intérêt général en cause. *In fine*, ces arrêts « en reconnaissant une nouvelle nature au déféré préfectoral et en atténuant la rigueur d'exigences antérieures quant à la transmission des actes des collectivités locales et quant aux conséquences de l'annulation d'un contrat, [...] contribuent à la stabilité des relations contractuelles »¹⁶⁵⁷.

L'arrêt *Département de Tarn-et-Garonne* de 2014 ne manque pas d'intéresser aussi le recours du Préfet et des membres des assemblées délibérantes. L'articulation des voies de droit à leur disposition est la suivante : jusqu'à la conclusion du contrat, les tiers administratifs sont recevables à agir contre les actes détachables du contrat par la voie du recours en excès de pouvoir. En revanche, une fois, le contrat conclu, c'est nécessairement un recours en contestation de validité du contrat, recours de pleine juridiction, qu'il leur faudra mettre en œuvre dans un délai de deux mois à compter de la signature dudit contrat, la voie du recours en excès de pouvoir leur étant désormais fermée. Du reste, tout recours en excès de pouvoir introduit antérieurement à la signature du contrat, mais non encore jugé, sera réputé sans objet.

L'arrêt de 2014 greffe le déféré préfectoral, tel que repensé par l'arrêt de 2011, *Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration*, à la nouvelle voie de recours créée pour les tiers, et partant, unifie le contentieux contractuel de tous les tiers. Une fois le contrat conclu, les tiers bénéficient tous d'un recours en contestation de validité du contrat dans le délai de deux mois à compter des mesures de publicité — recours direct devant le juge du contrat, donc —, un traitement différencié selon leur qualité leur étant ensuite réservé au stade de la recevabilité de la requête et de l'invocabilité des moyens. Si les tiers ordinaires doivent faire état d'une lésion suffisamment directe et certaine de leurs intérêts

¹⁶⁵⁶ *Ibid*, pp. 684-585.

¹⁶⁵⁷ *Ibid*, p. 688.

et n'arguer que de moyens en rapport avec ces intérêts, les tiers administratifs sont, eux, toujours recevables à agir, sur le fondement de tout moyen en outre. Compte tenu des intérêts dont ils ont la charge, ils ne connaissent aucune restriction, qu'il s'agisse de la recevabilité de leur recours ou de l'invocabilité de leurs moyens. La notion même d'intérêts lésés, qui limite l'accès au juge, et en cela travaille à la sécurité juridique des cocontractants, n'aurait, à leur propos, aucun sens. L. Richer signale que « le Conseil d'Etat n'a pas voulu restreindre la qualité à agir des élus locaux, dont les prérogatives ne sont pas des droits subjectifs »¹⁶⁵⁸.

Certes, ce dédoublement de la nature du déféré préfectoral — selon qu'il est mis en œuvre avant ou après la signature du contrat — peut surprendre à l'heure où le juge administratif se montre soucieux de simplifier autant que possible les voies de recours, mais il s'explique aisément. Il importe de ne pas priver le Préfet, antérieurement à la signature du contrat, d'un recours prévu par la loi et à l'efficacité d'autant plus assurée qu'ils pourront l'assortir d'un référé-suspension, doté d'un effet suspensif immédiat, s'agissant des marchés publics et des délégations de service public¹⁶⁵⁹.

Saisi de conclusions en ce sens par le représentant de l'Etat ou un élu local, le juge des référés pourra prononcer la suspension de l'acte concerné ou de certains de ses effets, si à la condition de l'urgence se joint un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision, conformément à l'article L. 521-1 du Code de justice administrative. Qu'il accompagne un recours pour excès de pouvoir contre un acte détachable avant la signature du contrat ou un recours en contestation de validité du contrat après sa signature, le référé-suspension des tiers administratifs s'exerce donc dans les mêmes conditions que pour les tiers lésés¹⁶⁶⁰. Le juge devra également examiner les préjudices invoqués par les requérants et procéder à une mise en balance des intérêts en présence, afin de mesurer l'urgence de la demande. Il lui faudra aussi vérifier que la légalité de l'acte est affectée d'un doute sérieux. Si ces conditions sont réunies, alors le juge suspendra la décision ou certains de ses effets jusqu'au jour du jugement au fond.

Si la question n'est pas en l'état tranchée, il est très probable que les transactions administratives des collectivités territoriales soient soumises à ces nouvelles règles contentieuses. Le souci d'unifier et de simplifier les voies de recours plaident ce sens. Les

¹⁶⁵⁸ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, préc., n° 343.

¹⁶⁵⁹ CGCT, art. L. 2131-6.

¹⁶⁶⁰ V. *supra*, p. 491.

raisons qui laissent penser que les évolutions jurisprudentielles relatives au contentieux des parties à un contrat sont applicables à celui des parties à une transaction administrative, sont tout aussi pertinentes ici. D'autant que la nature de ce contrat n'appelle, sur ce point, aucune spécificité.

En tant qu'actes administratifs, les transactions administratives des collectivités territoriales sont susceptibles de faire l'objet d'un recours de la part du Préfet et des membres de l'assemblée délibérante concernée, qui s'exercera sans doute selon les conditions posées par la jurisprudence récente : il visera, avant la signature du contrat, les actes détachables, c'est-à-dire la délibération autorisant la signature et la décision de signer le contrat, et après la signature, le contrat lui-même, le juge disposant de la possibilité de retenir la sanction la plus adaptée à l'irrégularité constatée. Parallèlement, un référé-suspension pourra être déposé à l'encontre de la décision de signer la transaction ou du contrat signé.

L. Richer observe, cependant, que le mécanisme du déféré est relativement peu utilisé par les services préfectoraux à l'égard des contrats, « en partie parce que les préfetures manquent de moyens pour procéder à un contrôle suffisant, en partie parce qu'un certain nombre de problèmes se règlent en amont, à la suite de lettres d'observations des services du contrôle de la légalité qui, au surplus, peuvent intervenir lors de l'élaboration du contrat dans un rôle de conseil »¹⁶⁶¹. En outre, le contrat de transaction ne figure pas parmi la liste des actes à examiner en priorité dans le cadre du contrôle de légalité, qui vise les contrats de la commande publique et les dossiers comportant de « forts enjeux »¹⁶⁶².

Quant au recours des élus locaux, il est susceptible d'obéir à des considérations politiques. Même balisé, « le risque d'instrumentalisation du recours, par des élus, à des fins étrangères aux questions de légalité [est] toujours présent »¹⁶⁶³.

Quoi qu'il en soit, la perspective que leur transaction soit effectivement soumise au juge du contrat dans le cadre d'un déféré préfectoral peut conduire les parties litigantes à préférer une résolution juridictionnelle. Quitte à ce que le juge étatique finisse par être sollicité, autant lui soumettre directement le litige initial et faire l'économie d'une transaction, tel peut être le raisonnement de nombre de parties.

¹⁶⁶¹ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, préc., n° 386.

¹⁶⁶² V. la circulaire du 17 janvier 2006 sur la modernisation du contrôle de légalité.

¹⁶⁶³ J.-F. SESTIER, note sous CE, 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc., p. 37.

Il ne s'agit évidemment pas de contester la pertinence du droit de regard des tiers, ni même celle des voies de droit offertes aux parties s'agissant de la formation des transactions administratives. Il n'y aurait rien de souhaitable à supprimer ou même à limiter ce qui participe au respect de la légalité. Nul doute, à cet égard, que les derniers arrêts du Conseil d'Etat permettront de trouver cet équilibre entre sauvegarde de la légalité et stabilité des relations contractuelles. Nul doute qu'ils rationaliseront et baliseront le risque contentieux. Pour autant, celui-ci ne disparaîtra pas. La transaction administrative, en tant que contrat administratif, expose inmanquablement les parties au risque de voir renaître un litige qu'elles croyaient avoir terminé.

Il suffit, à titre d'exemple, de citer les atermoiements de l'affaire dite du « boulevard périphérique de Lyon » : « l'opération que l'on croyait soldée [par une transaction] dans des délais remarquables [...] va rebondir, la juridiction, débarrassée du conflit entre contractants, va devoir se livrer à des recherches équivalentes pour répondre à l'interpellation de ces tiers... Résultat : un jugement du tribunal administratif, un arrêt de cour administrative d'appel, et un arrêt du Conseil d'Etat qui, heureusement, a choisi de régler l'affaire au fond après annulation "technique" de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Douai ! Et près de huit ans de procédures supplémentaires! »¹⁶⁶⁴.

La nature contractuelle de ce mode de règlement des litiges induit aussi un autre risque, aux antipodes du premier. Il tient, paradoxalement, à l'intangibilité du contrat, c'est-à-dire à l'impossibilité pour les parties de contester un accord qui leur est défavorable.

SECTION II. LE MAINTIEN DES TRANSACTIONS ADMINISTRATIVES DEFAVORABLES

Le règlement transactionnel des litiges administratifs emporte des risques multiples. Les risques d'irrégularités liés à la procédure de passation des contrats ne sont pas seuls en cause. Il faut aussi évoquer ceux qui ont trait à la teneur du consentement, c'est-à-dire à la substance du contrat, ce à quoi les parties s'engagent. Dès lors, il est d'ores et déjà possible de conclure que ce procédé est plus certainement désigné pour la résolution de litiges dont les

¹⁶⁶⁴ D. CHABANOL, « Le boulevard périphérique de Lyon : une aventure juridique enfin terminée ? », préc., p. 22.

chefs de préjudice sont aisément identifiables, relevant de domaines où les règles de droit sont balisées, et opposant des parties de bonne volonté.

L'une des caractéristiques essentielles du contrat de transaction — et l'un de ses grands avantages — repose sur la libre détermination de l'issue de leur litige par les parties. Elles arrêtent la solution qui, en principe, leur est la plus avantageuse : « Après avoir délibéré en elle-même, pesé le pour et le contre, chaque partie va décider, ou non, de s'engager. La lumière de l'intelligence vient éclairer l'énergie de la décision »¹⁶⁶⁵. Dans la mesure où cette liberté s'exerce dans le cadre légal et sous contrôle du juge, le droit administratif offre certaines garanties en la matière (§I). Pour autant, le risque de se voir lié par un contrat défavorable ne disparaît pas. Il ne saurait même en être autrement compte tenu de la nature de l'acte contractuel, qui naît de la volonté des parties. En outre, les garanties évoquées, en ce qu'elles impliquent de devoir se tourner vers le juge étatique pour obtenir l'annulation des actes déjà conclus, sont susceptibles de décourager les parties de recourir à la transaction administrative (§II).

§I. LES REGLES RELATIVES A LA PROTECTION DU CONSENTEMENT

Certaines règles, qui tout en étant des aménagements à la liberté contractuelle, permettent *in fine* de protéger la volonté des parties. En l'occurrence, la protection des parties à une transaction administrative résulte tout à la fois de l'encadrement des concessions réciproques par les arrêts *Mergui* et *SA Entreprise Renaudin (A)* et de la théorie des vices du consentement (B), manifestations de l'ambivalence de la transaction administrative, acte administratif et acte contractuel. Naturellement, il arrive que ces mesures se fassent concurrence auprès des parties comme des tiers susceptibles de les invoquer.

A. La protection résultant des arrêts *Mergui* et *SA Entreprise Renaudin*

On sait que les négociations présidant à la conclusion d'une transaction administrative sont dominées par la règle fondamentale selon laquelle une personne ne saurait s'engager à payer une somme qu'elle ne doit pas. D'abord consacrée pour les personnes publiques puis étendue aux personnes privées, la règle est d'origine jurisprudentielle. Les arrêts *Mergui* de

¹⁶⁶⁵ F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations, préc.*, n° 93.

1971¹⁶⁶⁶, pour les personnes publiques, et *SA Entreprise Renaudin* de 1978¹⁶⁶⁷, pour les personnes privées, se complètent donc.

Cette interdiction présente des effets tout à fait remarquables à l'égard des transactions administratives¹⁶⁶⁸. Elle revient, d'une part, à encadrer leur contenu et, d'autre part, à réintroduire le droit étatique en leur sein. Comment, en effet, s'assurer qu'une partie ne supporte pas plus qu'elle ne devrait, si ce n'est en confrontant les données du litige à régler aux textes et aux solutions jurisprudentielles ? Il faut nécessairement des repères et mesures de référence, et les textes et la jurisprudence sont tout désignés à cet égard.

Le droit administratif ne reconnaît l'existence et la force des transactions que dans la mesure où elles n'ignorent pas ses règles et principes. Ce cadre ne constitue pas tant une atteinte à la liberté contractuelle qu'une mesure protectrice de l'intérêt des parties. Le mode transactionnel de règlement des litiges administratifs se passe d'un juge, mais non d'un cadre légal de négociation. Toute transaction conclue ne sera réputée valable que pour autant qu'elle ne revient pas à allouer une indemnité en l'absence de tout préjudice ou de préjudice imputable à la partie concédante, ni ne comporte de disproportion manifeste entre la réparation offerte et le préjudice en cause. Cette limitation posée, une marge manœuvre est laissée aux parties afin de conserver au procédé transactionnel son intérêt¹⁶⁶⁹.

Il importe d'examiner comment est assurée l'effectivité de cette interdiction, c'est-à-dire quelles conditions président à son respect. La question se décline selon qu'elle vise les personnes publiques (a) ou les personnes privées (b).

a. *La protection des deniers des personnes publiques résultant de l'arrêt Mergui*

On sait que l'interdiction faite aux personnes publiques de payer des sommes qu'elles ne doivent pas reposer sur plusieurs considérations. Il s'agit de protéger les deniers publics, exigence de valeur constitutionnelle conformément aux articles 14 et 15 de Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen, de satisfaire au principe d'égalité devant les charges

¹⁶⁶⁶ CE, 19 mars 1971, *Mergui*, préc.

¹⁶⁶⁷ CE, 17 mars 1978, *SA Entreprise Renaudin*, préc.

¹⁶⁶⁸ L'interdiction posée par l'arrêt *Mergui* a trait à la protection des deniers publics et concerne donc tout acte des personnes publiques. V. sur ce point, p. 112.

¹⁶⁶⁹ V. sur ce point p. 137 et s.

publiques et de considérer l'intérêt général que poursuivent les personnes publiques¹⁶⁷⁰. Comme on le sait, de telles motivations ne peuvent fonder qu'une interdiction de portée générale, s'appliquant à tout acte des personnes publiques, et non pas seulement aux transactions administratives. A cet égard, le Conseil d'Etat a précisé dans l'arrêt *Mergui*, qu'elle présente un caractère d'ordre public¹⁶⁷¹.

Quant à la défense de cette interdiction, elle passe par une dénonciation juridictionnelle du contrat. Il importe alors d'en examiner les conditions, c'est-à-dire les voies de recours dont disposent les parties (1) et les tiers (2), examen qui présente un intérêt renouvelé du fait des dernières transformations du contentieux contractuel.

1. Les actions ouvertes aux parties

Deux voies de droit s'offrent aux parties pour dénoncer un contrat dont elles estimeraient le contenu illicite : le recours direct en contestation de la validité du contrat et le recours par voie d'exception lors d'un litige relatif à l'exécution du contrat, tous deux étant constitutifs d'un recours de pleine juridiction. En la matière, les règles nouvellement posées par l'arrêt *Commune de Béziers*, commandées comme on le sait par les exigences de sécurité et de loyauté juridiques¹⁶⁷², trouvent très certainement à s'appliquer.

Ainsi, dans l'hypothèse où il serait saisi d'un recours par voie d'action d'une partie arguant de ce qu'elle s'est engagée à payer une somme qu'elle ne devait pas, le juge devra « peser cette irrégularité pour décider du sort à réserver au contrat, en conservant comme principe que le contrat est le cadre normal des relations entre les parties et qu'il doit, dans la mesure du possible, être maintenu »¹⁶⁷³. L'arrêt *Commune de Béziers* réserve au juge plusieurs solutions : prononcer la poursuite de l'exécution du contrat, sous réserve éventuellement de mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties, la résiliation du contrat avec un effet différé le cas échéant — si de telles mesures de régularisation ne sont pas possibles —, ou encore, l'annulation du contrat. L'annulation, sanction la plus grave, ne peut plus intervenir qu'en dernière extrémité, en présence de vices qui rendent impossible le maintien du contrat, et qui tiennent « au caractère

¹⁶⁷⁰ Comme le signifiaient MM. LABETOULLE et CABANES, « il serait contraire à cet intérêt général qu'une débitrice de ce[s] personne[s] morale[s] en perçoive une somme supérieure à laquelle elle est en droit de prétendre », chron. sur CE, 19 mars 1971, *Mergui*, préc., p. 276.

¹⁶⁷¹ Sur tous ces éléments, v. partie I, titre I, chapitre II, section II, p. 136 et s.

¹⁶⁷² V. *supra*, p. 468 et s.

¹⁶⁷³ E. GLASER, concl. sur CE, 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc., p. 523.

illicite du contenu du contrat, ou à un vice d'une particulière gravité relatif aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement »¹⁶⁷⁴. Ainsi, le caractère d'ordre public de l'interdiction pour les personnes publiques de payer des sommes qu'elles ne doivent pas conduire très certainement le juge à prononcer l'annulation du contrat conclu. En outre, il pourra lui-même soulever d'office ce vice.

Il se peut aussi que le juge soit saisi d'un recours mettant en cause, par voie d'exception, la validité du contrat. En principe, selon l'arrêt *Commune de Béziers*, le litige sera réglé sur le terrain contractuel, c'est-à-dire selon les règles de la responsabilité contractuelle, conformément au principe de l'autonomie de la volonté. Toutefois, s'il apparaît une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par le juge, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, le contrat sera écarté et le litige, réglé sur le terrain extracontractuel. Une irrégularité dans le contenu du contrat justifie donc sa mise à l'écart. Ainsi, si le juge n'a pas eu l'occasion de se prononcer clairement sur cette question depuis 2009, il est très probable qu'il choisisse d'écarter la transaction qui méconnaîtrait la règle d'ordre public interdisant aux personnes publiques de payer des sommes qu'elles ne doivent pas¹⁶⁷⁵. Il faudrait encore que le juge administratif accepte d'étendre les règles posées par l'arrêt *Commune de Béziers* aux transactions administratives, ce qui serait souhaitable¹⁶⁷⁶.

2. Les actions ouvertes aux tiers

Il faut aussi évoquer les tiers : ceux-ci sont-ils en mesure de contester la teneur des transactions administratives, à l'instar de ce qu'il advient à l'égard de la passation de ces contrats ?

On sait que le principe de l'effet relatif des contrats fait l'objet, en droit administratif, d'importants aménagements. Les contentieux de la passation et de la teneur des contrats administratifs ayant tous deux trait à la validité du contrat, les voies de droit sont assez similaires. Ainsi, comme pour les irrégularités relatives à la passation du contrat, plusieurs

¹⁶⁷⁴ CE, Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc.

¹⁶⁷⁵ Pour un exemple de mise en cause par une partie au contrat du principe interdisant aux personnes publiques de payer des sommes qu'elles ne doivent pas, v. CAA Paris, 30 mars 1993, *Département de la Guadeloupe*, N° 92PA00137, la Cour accueille le moyen en le rejetant au fond, après avoir examiné son bien-fondé.

¹⁶⁷⁶ Sur ce point, v. *supra*, p. 472 et s.

voies de droit permettent aux tiers de contester une transaction violant l'interdiction pour les personnes publiques de payer une somme qu'elles ne doivent pas : les voies ordinaires de recours au juge et la voie exceptionnelle de l'autorisation de plaider.

Les premières sont, pour l'essentiel, décrites dans l'arrêt récent *Département de Tarn-et-Garonne*. Le contentieux de la teneur du contrat bénéficie, comme celui de la passation, de l'équilibre auquel tend cet arrêt dans la continuité du mouvement jurisprudentiel amorcé par le Conseil d'Etat depuis quelques années, entre respect de la légalité et préservation de la stabilité des contrats. Pour ce faire, l'arrêt ouvre à certains tiers un accès direct au juge du contrat, tout en marquant davantage encore la distinction entre « tiers intéressés » et « tiers administratifs », puisque le recours des premiers se trouve plus limité que celui des seconds, et reconnaît, enfin, au juge des pouvoirs plus étendus de manière à retenir la solution la plus adaptée¹⁶⁷⁷.

Ouvrir à certains tiers un accès direct au juge du contrat pour mieux fermer le recours à d'autres, telle est la logique nouvellement consacrée par le Conseil d'Etat pour les contentieux de la passation des contrats et de la teneur du contrat, tous deux étant destinés à en contester la validité. Comme on le sait, la recevabilité du recours est réservée aux tiers lésés dans leurs intérêts de façon suffisamment directe et certaine par la passation ou les clauses du contrat — dans le délai de deux mois à compter des mesures de publicité appropriées —, et l'invocabilité des moyens, limitée aux vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office.

Enfin, selon la nature et l'importance du vice invoqué, le juge pourra décider de la poursuite de l'exécution du contrat, inviter les parties à prendre des mesures de régularisation dans un certain délai, résilier le contrat, ou, enfin, l'annuler totalement ou partiellement, s'il présente un contenu illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit relever d'office. Les possibilités sont nombreuses et ne font pas obstacle à ce que le juge fasse par ailleurs droit à des conclusions tendant à l'indemnisation du préjudice découlant de l'atteinte à des droits lésés.

En admettant que le Conseil d'Etat étende à la transaction administrative cette jurisprudence, il convient de déterminer quels sont les tiers suffisamment lésés dans leurs intérêts pour contester devant le juge la validité d'une transaction faisant supporter à une

¹⁶⁷⁷ Sur tous ces différents éléments. V. *supra*, p. 478 et s.

collectivité une somme qu'elle ne doit pas. Les contribuables locaux semblent satisfaire à cette condition de recevabilité compte tenu de l'incidence de la transaction sur les finances de la collectivité, que ce soit positivement ou négativement¹⁶⁷⁸, et donc de ses conséquences sur les impôts locaux. Il est loisible d'imaginer que ce peut être aussi le cas d'usagers d'un service public, dès lors que la transaction conduit à une augmentation des tarifs. Il faut signaler, à cet égard, que les associations recevront le même traitement juridique que les particuliers. Comme eux, elles devront se prévaloir d'un intérêt lésé de manière suffisamment directe et certaine, indépendamment de leur objet social¹⁶⁷⁹. Tout autre tiers ne semblera pas présenter un intérêt suffisant pour être recevable à agir.

La lésion de leurs intérêts, née de ce que contribuables locaux et usagers du service public auront à supporter les conséquences financières d'une transaction, leur permet de contester la validité du contrat et de soulever, plus précisément, la violation du principe d'ordre public interdisant à une personne publique de payer une somme qu'elle ne doit pas. Le juge pourra aussi la relever d'office.

Enfin, il ne fait guère de doute que la violation du principe d'ordre public tendant à la protection des deniers publics figure parmi les vices particulièrement graves appelant l'annulation des contrats litigieux. Aussi, dans l'hypothèse où une transaction serait affectée d'une telle irrégularité, c'est cette sanction que le juge devra prononcer.

Si toutefois, le juge administratif choisissait de ne pas étendre à la transaction administrative la solution de l'arrêt *Département de Tarn-et-Garonne*, il sera toujours possible aux tiers intéressés d'agir. La voie sera alors celle du recours en excès de pouvoir contre les actes détachables du contrat — délibération autorisant la signature du contrat et décision de le signer —, au soutien duquel les tiers pourront arguer de la violation du principe.

Les précautions posées pour le recours des tiers que l'on pourrait aussi qualifier de tiers ordinaires n'ont donc pas lieu de s'appliquer aux « tiers administratifs », que sont les Préfets et les élus locaux. Aussi, si la possibilité de contester la validité d'un contrat au regard de son contenu a été reconnue aux tiers ordinaires, elle doit l'être a fortiori aux tiers administratifs.

¹⁶⁷⁸ L'incidence des transactions sur les finances d'une collectivité se caractérise de deux façons : positivement, par le fait d'effectuer une dépense, de payer une somme d'argent, et négativement, par le fait d'être privée d'une recette, c'est-à-dire d'une somme d'argent qui aurait dû lui revenir.

¹⁶⁷⁹ Sur ce point encore, l'arrêt *Département de Tarn-et-Garonne* marque une rupture avec l'état du droit antérieur. V. *supra*, pp. 485-486.

Depuis les arrêts du 23 décembre 2011, *Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration*, et du 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, le recours des tiers administratifs s'organise différemment selon que le contrat a déjà été conclu ou non. Avant la signature des contrats, ces tiers sont autorisés à agir par la voie du recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables du contrat : le choix du cocontractant, la délibération autorisant la conclusion du contrat ou la décision de signer le contrat. Une fois le contrat signé, ils jouissent d'un accès direct devant le juge du contrat¹⁶⁸⁰, sous condition du délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées. Dans ce cadre, contrairement aux tiers intéressés, les tiers administratifs sont autorisés à soulever tout type de moyens, sans toutefois que toute irrégularité donne lieu à l'annulation de l'acte attaqué. Comme on le sait, les pouvoirs du juge sont assez étendus, l'annulation du contrat étant prononcée en toute dernière extrémité, pour les hypothèses les plus graves : « si le contrat a un contenu illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit ainsi relever d'office, l'annulation totale ou partielle de celui-ci », prend soin de préciser l'arrêt *Département de Tarn-et-Garonne*. Le contenu du contrat se trouve donc expressément mentionné.

C'est ainsi que le Préfet et les membres des assemblées délibérantes pourront contester une transaction administrative qui léserait financièrement une collectivité. Le contentieux relatif à un vice tenant à la teneur du contrat se déroulera dans les mêmes conditions que celui de la procédure de passation. Avant la signature du contrat, les tiers administratifs saisiront le juge de l'excès de pouvoir d'un recours dirigé contre les actes détachables du contrat. Ils pourront alors faire valoir qu'ils méconnaissent ce principe d'ordre public, et le juge en prononcera l'annulation. C'est le projet de transaction qui s'en trouvera contrarié. Dès la signature du contrat, et le recours en excès de pouvoir devenu sans objet, les tiers administratifs devront agir directement devant le juge du contrat, par la voie d'un recours de pleine juridiction, dans le délai de deux mois à compter des mesures de publicité appropriées, et pourront ainsi arguer de l'illégalité de la transaction. L'interdiction étant d'ordre public, le juge du contrat est en mesure de la soulever d'office. Et, justement parce qu'une telle interdiction présente un caractère d'ordre public, toute violation entraînera l'annulation de la

¹⁶⁸⁰ Plus précisément, l'arrêt *Département de Tarn-et-Garonne* indique « que cette action devant le juge du contrat est [...] ouverte aux membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné ainsi qu'au représentant de l'Etat dans le département dans l'exercice du contrôle de légalité ».

transaction. A l'atteinte causée à un principe d'ordre public doit correspondre la sanction la plus grave.

Encore une fois, le juge administratif appliquera très certainement au contentieux transactionnel la solution de l'arrêt *Département de Tarn-et-Garonne*. Dans le cas inverse, il lui faudrait appliquer la jurisprudence antérieure, celle des arrêts de 2011 et 2012 qui requalifient le déféré préfectoral en recours de pleine juridiction quand il porte sur un contrat, et diversifient les pouvoirs du juge, toute irrégularité ne donnant pas lieu à la nullité dudit contrat¹⁶⁸¹.

Afin, non plus de sanctionner mais de prévenir une irrégularité, les tiers disposent du référé-suspension, prévu par l'article L. 521-1 du Code de justice administrative. On sait que deux éléments conditionnent la suspension : l'urgence de la demande et un doute sérieux quant à la légalité de l'acte. Rien ne s'oppose donc à la mise en œuvre de ce mécanisme en présence d'une violation présumée de l'interdiction posée par l'arrêt *Mergui*¹⁶⁸².

Il faut aussi compter sur l'autorisation de plaider des contribuables locaux, introduite par la loi municipale du 18 avril 1837, puis étendue aux contribuables du département et de la région après les lois de décentralisation des années 1980¹⁶⁸³, et qui s'apparente à une forme de tutelle exercée par l'intermédiaire des contribuables. Dans le cas où une collectivité négligerait de défendre en justice ses intérêts matériels, un contribuable local, c'est-à-dire une personne régulièrement inscrite au rôle, va se substituer à la collectivité défaillante pour agir, en ses lieux et place, que ce soit devant le juge judiciaire, le juge administratif ou le juge pénal. Le contribuable agit ici à « ses frais et risques »¹⁶⁸⁴. Compte tenu de ses conséquences particulières, ce mécanisme a été conçu pour demeurer exceptionnel.

Il faut tout d'abord, que le contribuable sollicite du Tribunal administratif, qui se prononce alors comme autorité administrative, et non comme juge étatique¹⁶⁸⁵, une autorisation de plaider. Celle-ci présente un caractère subsidiaire, provisoire et précaire¹⁶⁸⁶.

¹⁶⁸¹ CE, 23 décembre 2011, *Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration*, préc. ; CE, 9 mai 2012, *Syndicat départemental des ordures ménagères de l'Aude*, préc.

¹⁶⁸² Sur les conditions de la suspension demandée, v. plus précisément, *supra*, p. 491 et s.

¹⁶⁸³ CGCT, art. L. 2132-5 et art. R. 2132-1 à R. 2132-4 pour les communes, art. L. 3133-1 et R. 3133-1 à R. 3133-4 pour les départements, L. 4143-1 et R. 4143-1 à R. 4143-4 pour les régions, art. L. 5211-58 et art. R. 5211-49 à R. 5211-52 pour les établissements publics de coopération intercommunale.

¹⁶⁸⁴ CGCT, art. L. 2132-5.

¹⁶⁸⁵ CE, 29 décembre 1995, *Union pour la sauvegarde des intérêts des contribuables et du patrimoine cabourgeois et autres*, *Leb.*, p. 462 ; CE, 30 avril 1997, *Vogel et autre*, *Leb. T.*, p. 711.

Elle est subsidiaire, en ce qu'elle n'est accordée que faute pour la collectivité d'avoir engagé un recours afin de défendre ses intérêts. Aussi le contribuable qui sollicite une autorisation de plaider ne pourra-t-il l'obtenir qu'en ayant auparavant demandé en vain à la collectivité d'agir¹⁶⁸⁷. On sait que ce mécanisme est destiné à pallier les carences de la collectivité. Ainsi, l'autorisation de plaider lui sera refusée, s'il apparaît que le contribuable avait lui-même un intérêt à agir contre la décision qu'il souhaite contester ; l'exception du recours parallèle trouvera à s'appliquer. L'action envisagée ne doit pas servir à poursuivre des intérêts personnels, même si cela revient *in fine* à limiter grandement l'octroi de l'autorisation de plaider. En outre, si la collectivité décide finalement d'agir, alors que le contribuable, fort de son autorisation de plaider, a exercé un recours, ce dernier sera déclaré irrecevable. L'autorisation est effectivement provisoire et précaire.

Une fois la demande régulièrement déposée, deux conditions de fond doivent encore être satisfaites pour que soit octroyée l'autorisation. L'action envisagée doit présenter, d'une part, un intérêt financier pour la collectivité¹⁶⁸⁸, et d'autre part, avoir des chances de succès : l'intérêt financier doit être suffisant et les chances de succès réelles. Le contrôle qui est assez approfondi, est parfois présenté comme un bilan coût/avantages¹⁶⁸⁹.

Si le juge estime que ces conditions cumulatives ne sont pas remplies, il refusera de faire droit à la demande par une décision administrative susceptible de recours dans le délai d'un mois, devant le Conseil d'Etat, compétent en premier et dernier ressort. Il s'agira d'un recours de plein contentieux, et la Haute juridiction aura toujours la possibilité de délivrer l'autorisation refusée par le Tribunal¹⁶⁹⁰.

En pratique, peu d'autorisations sont accordées. Plusieurs arrêts récents révèlent que le juge administratif procède à une analyse rigoureuse des formalités préalables au dépôt de la demande devant le Tribunal administratif et des conditions tenant à l'intérêt financier pour la commune et aux chances de succès au fond de l'action du contribuable¹⁶⁹¹.

¹⁶⁸⁶ C. BROUELLE, *Contentieux administratif*, préc., n° 111 et s.

¹⁶⁸⁷ V. sur ce point, G. PELLISSIER, « L'autorisation de plaider », *Répertoire de Contentieux administratif*, n° 66 et s.

¹⁶⁸⁸ Le mécanisme n'est, en effet, ouvert qu'aux contribuables locaux qui ont donc à supporter financièrement les choix de la collectivité. « C'est donc dans la mesure où l'intérêt de la collectivité rejoint celui du contribuable que l'autorisation peut être accordée. Cet intérêt commun ne peut être que financier », explique C. BROUELLE, *Contentieux administratif*, préc., n° 113, note 27.

¹⁶⁸⁹ Y. AGUILA, « L'action en justice exercée au nom de la commune par le contribuable », *RFDA* 1993, p. 104.

¹⁶⁹⁰ CE, 26 juin 1992, *Pezet et San Marco*, *Leb.*, p. 247 et 252.

¹⁶⁹¹ CE, 26 juillet 2011, *Bayou*, *AJDA* 2011, p. 2293, comm. F. Salvage de Lanfranchi, *JCP A* 2011, act. 559, p. 2293 ; CE, 30 septembre 2011, *Tête*, *AJDA* 2011, p. 1873, *JCP A* 2011, act. 630 ; CE, 3 octobre 2011, *Hayart*, *AJDA* 2011, p. 1924 ; CE, 26 octobre 2011, *Asselin* : *Juris-Data* n° 2011-024534 ; CE, 26 octobre 2011, *Sté Global Carrabean Network* : *Juris-Data* n° 2011-023180 ; CE, 26 octobre 2011, *Région Guadeloupe*, *AJDA* 2011, p. 2092 et 2094.

La transaction administrative ne fait pas exception à ce constat. Il faut d'abord préciser que le Conseil d'Etat a reconnu très tôt le bénéfice du mécanisme de l'autorisation de plaider aux contribuables locaux, s'agissant des transactions¹⁶⁹². Celles-ci ne font pas, sur ce point, l'objet d'un régime particulier. Le juge devra donc classiquement apprécier l'intérêt financier et les chances de succès d'une telle action.

C'est ce qu'il a fait le 29 décembre 2000, dans l'arrêt *Comparat*¹⁶⁹³, où il a estimé que l'action envisagée par le contribuable risquait d'obliger la ville de Grenoble à payer une indemnité supérieure à celle qui avait été arrêtée par la transaction. En l'occurrence, celle-ci avait été conclue entre la ville de Grenoble et la Société des eaux de Grenoble pour régler la résiliation de conventions de délégation du service public de distribution des eaux et d'assainissement. Le Conseil d'Etat constate que l'annulation de la transaction risquerait de conduire la ville à devoir à la société une indemnité supérieure à celle qui a été convenue. Plus précisément, l'annulation de la transaction, arrêtant au profit de la société une indemnité de 86,2 millions de francs, obligerait la ville, soit à résilier ces conventions en versant, cette fois, à la société une indemnité de 282 millions de francs en application de leurs stipulations contractuelles, soit à saisir le juge du contrat d'une action en nullité des conventions. Aussi, le Conseil d'Etat a jugé que l'action en nullité de la transaction ne correspondait pas à l'intérêt financier de la commune. Il observe, par ailleurs, qu'une telle action n'avait guère de chances de succès.

C'est aussi ce qu'il a fait, plus récemment, dans l'affaire dite des emplois fictifs de la ville de Paris¹⁶⁹⁴. Un protocole d'accord avait été conclu entre la ville de Paris, l'UMP et J. Chirac, aux termes duquel, en échange d'une indemnisation à hauteur de 2 218 072,46 euros, la ville acceptait de se désister du procès en cours relatif à l'indemnisation au civil des emplois fictifs et de renoncer à toute action en réparation. Un contribuable de la ville, M. Bayou, entendait contester l'accord et le désistement consécutif de la commune, considérant que ceux-ci lui étaient nettement moins favorables qu'un jugement. L'autorisation de plaider lui fut toutefois refusée par le Tribunal, décision confirmée par le Conseil d'Etat. Ce dernier a jugé qu'il était financièrement plus intéressant pour la commune de s'assurer, comme c'est le cas par la transaction conclue, une somme conséquente au titre de l'indemnisation, que de s'en remettre entièrement à un procès à l'issue incertaine, solution

¹⁶⁹² CE 29 novembre 1929, *Cts Chatelot, Leb.*, p. 1049.

¹⁶⁹³ CE, 29 décembre 2000, *Comparat, Dr. Adm.* 2001, comm. 122.

¹⁶⁹⁴ CE, 26 juillet 2011, *Bayou*, préc.

conforme à la méthode, traditionnelle en cette hypothèse, de la mise en balance. Le juge relevait d'une part, que la prescription attachée à certains faits excluait l'indemnisation d'une partie du préjudice — argumentation très contestable¹⁶⁹⁵ — et que d'autre part, l'évaluation par le demandeur des intérêts de la commune n'était guère convaincante.

Certes, la transaction relevait ici du droit privé¹⁶⁹⁶, mais le traitement de la demande d'autorisation de plaider n'en demeure pas moins intéressant. En l'occurrence, le juge procède à un examen très pointilleux, si bien que « l'autorisation de plaider reste une procédure subsidiaire, y compris vis-à-vis des modes alternatifs de règlement des litiges », analyse L. Touzeau¹⁶⁹⁷.

Le contribuable local disposant éventuellement d'un recours en annulation devant le juge du contrat, il est vraisemblable que cette nouvelle voie de droit soit privilégiée au mécanisme de l'autorisation de plaider pour remettre en cause une transaction. Le recours au juge du contrat sera direct, moins formel, et le juge procédera à une analyse beaucoup plus objective que dans le cadre de l'autorisation de plaider, puisqu'il s'agira d'examiner l'intérêt du contribuable à agir, et non celui de la commune à conclure une transaction.

L'autorisation de plaider même rendue moins attractive — sans compter qu'elle s'exerce aux frais et risques des contribuables —, demeure néanmoins à la disposition des contribuables locaux pour contester une transaction. Les recours peuvent aussi être le fait des tiers dits « administratifs ».

C'est ainsi qu'est assurée la protection des deniers publics, par un principe d'ordre public, assorti de voies de droit permettant d'en sanctionner la violation. S'agissant plus précisément de la transaction, ce principe offre aux personnes publiques la garantie qu'elles ne seront pas liées par une transaction manifestement défavorable, c'est-à-dire dont les concessions vont au-delà de la marge de manœuvre reconnue par l'arrêt *Mergui* pour conserver à la transaction son intérêt. Il reste à déterminer dans quelle mesure les personnes privées bénéficient de cette garantie.

¹⁶⁹⁵ V. sur ce point, *supra*, p. 74.

¹⁶⁹⁶ On sait que le critère de qualification des transactions repose sur la compétence juridictionnelle pour connaître du litige initial. La transaction conclue entre la ville de Paris, l'UMP et M. Chirac ayant pour objet l'indemnisation au civil des préjudices qu'ont causés à la ville les emplois fictifs, elle constitue dès lors un contrat de droit privé. Sur la question de la qualification des transactions des personnes publiques, v. *supra*, p. 92 et s.

¹⁶⁹⁷ L. TOUZEAU, « Contre les plaideurs. Ou comment préserver le caractère exceptionnel de l'autorisation de plaider », *Dr. Adm.* 2012, ét. 7, p. 11.

b. La protection des deniers des personnes privées résultant de l'arrêt SA Entreprise Renaudin

L'arrêt *SA Entreprise Renaudin* du 17 mars 1978 fait bénéficier les personnes privées d'un principe équivalent à celui posé par l'arrêt *Mergui* pour les personnes publiques. Il exclut qu'une personne privée supporte une somme qu'elle ne doit pas, soit qu'elle s'engage à indemniser un préjudice qui n'existe pas ou dans des conditions disproportionnées, soit qu'elle obtienne une indemnisation bien inférieure à ce qui lui est dû¹⁶⁹⁸. Naturellement, se pose la question de la sanction de ce principe. En l'occurrence, elle se présente dans des termes assez identiques à ceux qui président à la sanction du principe de l'arrêt *Mergui* pour la protection des deniers publics, d'abord parce que les requérants potentiels sont sensiblement les mêmes, et surtout, parce que les principes sont tous deux d'ordre public. Dès lors, les règles relatives aux voies de recours et à l'office du juge ne peuvent être que similaires.

Cela se vérifie tout particulièrement s'agissant du contentieux des parties à une transaction. Quel que soit le principe convoqué dans le contentieux, celui de l'arrêt *Mergui* ou celui de l'arrêt *SA Entreprise Renaudin*, les voies de droit et l'office du juge seront identiques. Plus précisément, deux voies de droit permettent aux parties à un contrat d'en contester la teneur : la voie directe en contestation de la validité du contrat et la voie indirecte à l'occasion d'un contentieux né lors de l'exécution du contrat. Le contentieux *interpartes* de la transaction administrative répondant à ce schéma, pourra ainsi être soulevé le moyen tiré de la violation du principe consacré en 1978 : soit par le contractant privé dans le cadre d'un recours de plein contentieux dans le délai de deux mois à compter de la signature du contrat, ou par lui, dans le cadre d'un contentieux lié à l'exécution du contrat, soit par le juge du contrat, d'office, à l'occasion d'un litige. Conformément à l'arrêt *Commune de Béziers*, la priorité va au maintien du contrat, si bien que ce n'est qu'en présence d'« une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui [le juge], tenant au caractère illicite du contenu du contrat, ou à un vice d'une particulière gravité relatif aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement »¹⁶⁹⁹, que le juge prononcera l'annulation du contrat, dans le cadre d'un recours direct en contestation de validité du contrat, ou qu'il l'écartera pour régler le litige sur le terrain extracontractuel, face à un recours, qui par voie d'exception, met en cause la validité dudit contrat. La mesure protectrice des deniers privés

¹⁶⁹⁸ Sur les implications du principe posé par l'arrêt CE, 17 mars 1973, *SA Entreprise Renaudin*, préc., v. *Supra*, p. 137.

¹⁶⁹⁹ CE, 29 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc.

consacrée par l'arrêt *SA Entreprise Renaudin* étant constitutive d'un principe d'ordre public, il est certain que sa violation comptera parmi les irrégularités les plus graves, donnant lieu aux solutions les plus extrêmes dont le juge dispose.

Que le Conseil d'Etat choisisse ou non d'appliquer l'arrêt *Commune de Béziers* à la transaction administrative n'aura rien de déterminant, puisque le caractère d'ordre public du principe posé par l'arrêt *SA Entreprise Renaudin* appelle de manière générale la sanction la plus grave en cas de manquement. Il ne saurait être question de ménager la stabilité du contrat sur ce point.

Certains tiers sont aussi en mesure d'agir. Il faut toutefois exclure les tiers ordinaires, puisque la condition de l'intérêt à agir qui détermine la recevabilité de leur recours fait obstacle à leur action. Du reste, que ce soit avant ou après l'arrêt *Département de Tarn-et-Garonne*, la jurisprudence ne témoigne pas de tels recours effectués par des tiers ordinaires, invoquant, au fond, le moyen tiré de la méconnaissance du principe consacré en 1978.

En revanche, un recours du Préfet et des membres des assemblées délibérantes est plus facilement envisageable, compte tenu de leur mission de sauvegarde de la légalité. D'une part, celle-ci exclut à leur propos le filtre de l'intérêt à agir, ce qui ne manque pas de simplifier considérablement l'introduction de leurs recours. D'autre part, sur le fond, elle doit conduire ces entités à contester toute transaction contenant l'engagement par l'une des parties, quelle qu'elle soit, de payer une somme qu'elle ne doit. Le Préfet comme les membres des assemblées délibérantes sont chargés de veiller à ce que les actes des collectivités territoriales soient conformes au droit. Or, une transaction méconnaissant le principe posé par l'arrêt *SA Entreprise Renaudin* n'en sera pas moins illégale qu'une transaction contrevenant au principe consacré par l'arrêt *Mergui*. Les deux principes étant tous deux d'ordre public, l'obligation d'agir pour les autorités désignées pour ce faire se présentera dans les mêmes termes. Toutefois, si la sauvegarde de la légalité ne se borne pas à la protection des deniers publics, il est probable que les tiers administratifs aient d'abord à cœur de contester les transactions défavorables aux finances publiques. Les services préfectoraux disposant de moyens limités¹⁷⁰⁰, leur priorité ira certainement à ce qui intéresse les collectivités publiques. Quant aux membres des assemblées délibérantes, il est assez naturel de leur part de veiller surtout aux intérêts de leur collectivité. En outre, tous pourront estimer qu'il appartient aux personnes privées d'agir pour la sauvegarde de leurs intérêts propres. Tous ces éléments expliquent sans

¹⁷⁰⁰ V. *Supra*, pp. 364-365.

doute pourquoi l'étude de la jurisprudence ne fait état d'aucun recours introduit par ces autorités sur ce fondement.

Parallèlement, les intéressés — personnes privées et tiers administratifs — disposent du référé-suspension, qui donne lieu, sous réserve de conditions, à la suspension de l'exécution du contrat ou de certains de ses effets. Si un tel mécanisme semble ne pas avoir été davantage mis en œuvre, il n'en demeure pas moins une mesure de protection à la disposition des parties à une transaction administrative, tout comme la théorie des vices du consentement.

B. La protection résultant de la théorie des vices du consentement

Une autre protection résulte de ce que le droit administratif ne regarde comme valable que le consentement à une transaction exprimé librement et en toute connaissance de cause. Cette exigence d'un consentement libre et éclairé n'est évidemment pas une spécificité du droit administratif, encore moins de la transaction administrative. Le juge administratif n'a fait que reprendre ce qui correspond à l'un des grands principes du droit civil. S'agissant précisément de la transaction, le Code civil semble avoir procédé à un réaménagement dans un sens *a priori* restrictif des vices plus généralement condamnés (a). Des rares arrêts rendus en la matière, il est au moins possible de relever la référence faite aux dispositions du Code civil (b).

a. Le traitement des vices du consentement dans le livre XV du Code civil

Les comportements destinés à forcer le consentement de l'autre sont condamnés par les articles 1109 et suivants du Code civil. Ces dispositions ont une portée générale et concernent tout contrat, à l'exception de la transaction pour laquelle le législateur a pris soin de prévoir un traitement juridique particulier. Manifestement, il a été sensible à la spécificité de ce contrat, et se méfiait de l'usage qui pourrait en être fait¹⁷⁰¹. Aussi a-t-il cherché à

¹⁷⁰¹ Pour certains auteurs, « L'impression est nette : les rédacteurs ont particulièrement craint en ces matières les dols et les surprises [...]. Leur méfiance était justifiée. Souvent, les litigants n'abandonnent leur esprit de contention que pour tomber dans la rouerie ou la mauvaise foi et l'espoir de tromper son adversaire est le secret de leur apparente bonne volonté », observent P. RODIERE, A. PERCEROU, « Contrats civils divers », *in Cours de droit civil français*, par R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, préc., n° 364.

concilier protection des parties et stabilité du contrat, deux objectifs particulièrement importants s'agissant du contrat transactionnel, en raison de son objet. Il importait de permettre à une partie de se délier des obligations qu'elle n'aurait pas librement et en toute connaissance de cause acceptées, tout en faisant obstacle à une remise en cause trop aisée d'un contrat supposé régler un litige. C'est pourquoi les rédacteurs ont retenu une conception stricte des vices du consentement, du moins *a priori*, car des assouplissements ont été admis par la jurisprudence.

Ce sont essentiellement les articles 2052 alinéa 2 et 2053 du Code civil qui traitent de la question des vices du consentement dans la transaction, complétés ensuite par les articles 2054 à 2058 précisant certains vices précédemment évoqués. Enfin, il faut compter sur la jurisprudence : « la question des vices dans le contrat de transaction a [...] été modelée avec le temps, non par le législateur qui n'est jamais intervenu depuis 1804 [...], mais par la jurisprudence, qui a dû se plier à l'exercice difficile d'une application des textes dans des domaines parfois très spécifiques et qui a su parfois faire œuvre créative »¹⁷⁰². Tous ont contribué à adapter les vices du consentement à la transaction, autant dans leur admissibilité que dans leur compréhension.

A titre préliminaire, il faut préciser qu'à la multitude des vices pouvant affecter le consentement à une transaction correspond une sanction unique : la nullité du contrat. Les dispositions du Code faisaient naître un doute à ce sujet, en évoquant aussi bien la rescision que la nullité¹⁷⁰³. En principe, le terme de rescision est réservé à la lésion, où il désigne une forme de nullité qui lui spécifiquement applicable. S'agissant de la transaction, la jurisprudence fait de la rescision un synonyme de la nullité¹⁷⁰⁴. La différenciation du vocabulaire n'est donc due qu'à un manque de rigueur, et seule la nullité sanctionne effectivement les vices du consentement affectant une transaction — c'est-à-dire la disparition rétroactive du lien contractuel, comme pour tout contrat. Cette sanction des vices du consentement a pu être qualifiée de « naturelle »¹⁷⁰⁵.

Il apparaît tout d'abord que le Code civil restreint *a priori* le champ des vices pouvant affecter une transaction. C'est ce qu'il ressort de l'article 2052, qui exclut l'erreur de droit et

¹⁷⁰² B. MALLET-BRICOUT, « Vices et transaction », in *La transaction dans toutes ses dimensions*, préc., p. 36.

¹⁷⁰³ Les articles 2053 et 2054 évoquent la rescision du contrat, et les articles 2055 à 2057, la nullité.

¹⁷⁰⁴ V. notamment sur ce point, B. MALLET-BRICOUT, « Vices et transaction », in *La transaction dans toutes ses dimensions*, préc., p. 49.

¹⁷⁰⁵ *Ibid.*, p. 48.

la lésion au titre des causes de nullité du contrat. « L'article 2052 assure la stabilité des transactions en restreignant la possibilité de les annuler pour vices du consentement », a-t-il été signalé¹⁷⁰⁶.

Contrairement au droit commun des contrats, l'article 2052 alinéa 2 écarte l'annulation de la transaction pour erreur de droit. « Les transactions ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit », énonce-t-il. C'est là un élément tout à fait remarquable du régime de la transaction, sur lequel les auteurs se sont largement penchés. Il semblerait que cette exclusion résulte d'une erreur, d'une « magistrale erreur de droit »¹⁷⁰⁷. Deux justifications étaient avancées par les rédacteurs. Bigot de Préameneu faisait d'abord valoir qu'« en général, les erreurs de droit ne s'excusent point »¹⁷⁰⁸, omettant toutefois que l'erreur de droit comme l'erreur de fait sont, en principe, des causes de nullité des contrats. Il était aussi affirmé, que « dans les jugements auxquels on assimile les transactions, de pareilles erreurs n'ont jamais été mises au nombre des motifs suffisants pour les attaquer »¹⁷⁰⁹, alors pourtant que ceci est « difficilement compatible avec le fait que les voies de recours peuvent avoir pour objet de rectifier une erreur de droit commise par la juridiction qui a rendu la décision attaquée »¹⁷¹⁰.

La doctrine est parvenue à trouver une explication logique à cette disposition. Elle réside dans la conception de la transaction en droit privé : celle-ci est réputée venir régler un litige à l'issue incertaine¹⁷¹¹. Or, « dès lors que la situation prétransactionnelle est à la fois litigieuse et douteuse, la convention peut être qualifiée de transaction et la prohibition de l'erreur de droit se justifie puisque les parties ont voulu qu'une situation pratiquement incontestable succède à une situation incertaine »¹⁷¹². En outre, admettre l'erreur de droit comme cause de nullité des transactions fragiliserait considérablement des contrats, qui encore une fois, sont conclus sur des fondements juridiques incertains. En transigeant, les parties prennent le risque de fonder l'issue de leur litige sur un mauvais fondement juridique. Une telle conception de la transaction — très différente de ce qui prévaut pour la transaction administrative — conduit à exclure nécessairement l'erreur de droit. Un risque élevé de nullité en découlerait pour les parties. La Cour de cassation est parfois amenée à rappeler cette

¹⁷⁰⁶ L. POULET, *Transaction et protection des parties*, préc., n° 41.

¹⁷⁰⁷ B. MALLET-BRICOUT, « Vices et transaction », in *La transaction dans toutes ses dimensions*, préc., p. 38.

¹⁷⁰⁸ P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, préc., tome XV, p. 108.

¹⁷⁰⁹ *Ibid.*

¹⁷¹⁰ L. POULET, *Transaction et protection des parties*, préc., n° 42.

¹⁷¹¹ V. *Supra*, p. 55 et s.

¹⁷¹² L. POULET, *Transaction et protection des parties*, n° 43.

règle¹⁷¹³. Il en ressort qu'« au final, l'erreur de droit est celle qui porte sur l'existence d'une norme (de quelque nature qu'elle soit) ou sur sa portée et qui a déterminé la conclusion de la convention pour la partie qui l'invoque »¹⁷¹⁴. De même, « elle doit être la source du vice pour pouvoir être exclue du domaine de la nullité de la transaction »¹⁷¹⁵.

Cette exclusion rend l'annulation de la transaction plus difficile, ce qui naturellement constitue un danger pour la victime d'une telle erreur. Les parties devront veiller à être d'autant plus vigilantes lors des négociations.

L'article 2053 du Code civil exclut également la lésion. Les auteurs s'accordent à penser que c'est à dessein que les rédacteurs du Code civil ont rappelé une solution tirée de la théorie générale des contrats¹⁷¹⁶. Pour eux, l'exclusion a été répétée avec force, parce qu'« il serait [...] contraire à l'essence même de la transaction d'admettre que celle-ci peut être rescindée pour cause de lésion »¹⁷¹⁷. L. Poulet explique que « l'exclusion de la rescision pour lésion peut être rapprochée de cette idée : les parties renoncent à connaître la situation qu'un juge aurait donnée à leur litige ; elles entendent substituer à une situation incertaine une situation pratiquement incontestable, et ce but ne serait évidemment pas atteint, s'il était possible de remettre en cause une transaction en raison de son déséquilibre »¹⁷¹⁸. La doctrine relativise quelque peu la portée de cette exclusion, en rappelant qu'une transaction litigieuse pourra toujours être sanctionnée par une requalification en renonciation ou sur le fondement du caractère dérisoire des concessions ou de celui du dol, si une partie a profité de la faiblesse de l'autre¹⁷¹⁹.

D'autres vices sont, en revanche, admis par le Code civil, puisque l'article 2053 énonce qu'« une transaction peut être rescindée, lorsqu'il y a erreur dans la personne ou sur l'objet de la contestation. Elle peut l'être dans tous les cas où il y a dol ou violence ». La conception de certains de ces vices correspond à celle de la théorie générale des contrats, quand pour d'autres, elle fait l'objet de quelques adaptations de la part de la jurisprudence.

¹⁷¹³ Civ. 1^e, 19 décembre 2000, *Bull. civ. I*, n° 334, *RTD Civ.* 2001, p. 381, obs. P.-Y. Gautier.

¹⁷¹⁴ B. MALLEY-BRICOUT, « Vices et transaction », in *La transaction dans toutes ses dimensions*, préc., p. 40.

¹⁷¹⁵ *Ibid.*

¹⁷¹⁶ C. civil, art. 1118.

¹⁷¹⁷ L. POULET, *Transaction et protection des parties*, préc., n° 56.

¹⁷¹⁸ *Ibid.*

¹⁷¹⁹ V. B. MALLEY-BRICOUT, « Vices et transaction », in *La transaction dans toutes ses dimensions*, préc., p. 38, et P. CHAUVEL, « Transaction », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, § 254.

Les définitions du dol et de la violence¹⁷²⁰, par exemple, ne présentent aucune originalité s'agissant de la transaction. Ainsi, le dol concerne autant les manœuvres dolosives positives que la réticence dolosive — hypothèse la plus fréquente en matière transactionnelle¹⁷²¹ —, et suppose de même la réunion de deux éléments : il faut que le comportement de son auteur ait été contraire au droit et déterminant dans la volonté de la victime. Saisi d'un contentieux sur ce fondement, le juge va examiner *in concreto* le degré de connaissance de chaque partie et leur diligence, pour tâcher d'identifier l'étendue des connaissances utiles dont chacune disposait. Le dol est donc plus facilement sanctionné lorsque la transaction est négociée entre deux parties dont l'une se trouve dans une situation de faiblesse manifeste par rapport à l'autre¹⁷²².

Quant au vice de la violence dans le consentement à une transaction, il s'entend, comme dans la théorie générale, des violences physiques, de la contrainte morale ou économique, qu'elles émanent du cocontractant ou de tiers, et qui sont « de nature à faire impression sur une personne raisonnable » afin de la déterminer à contracter. Se trouvent sanctionnées les violences présentant un caractère tout à la fois déterminant et illégitime. Pour ce faire, le juge procède à une appréciation *in concreto*, à partir de l'âge, du sexe et de la condition des personnes¹⁷²³.

Le dernier vice, l'erreur, appelle davantage d'explications à propos de la transaction. Les types d'erreurs sont nombreux, le risque non négligeable et le contentieux, sur ce fondement, effectivement important.

En droit commun des contrats, l'erreur entache le contrat de nullité, si elle porte sur la substance de la chose, objet de la convention, et sur la personne. Il faut, en outre, que deux conditions soient réunies : l'erreur doit avoir déterminé le consentement de la victime et porter sur un élément substantiel du contrat, la personne ou sur une qualité ou un attribut « substantiel » de la chose, objet de l'obligation de l'une des parties. Enfin, même si la condition ne ressort pas de l'article 1110 du Code civil, l'erreur doit être excusable. En matière transactionnelle, l'erreur fait l'objet de mesures spécifiques et, à certains égards, restrictives.

¹⁷²⁰ Le dol dans le droit commun des contrats est visé par l'article 1116 du Code civil, et la violence, par l'article 1112.

¹⁷²¹ P. CHAUVEL, « Transaction », préc., § 235.

¹⁷²² B. MALLEY-BRICOUT, « Vices et transaction », in *La transaction dans toutes ses dimensions*, préc., p. 43. V. aussi, P. CHAUVEL, « Transaction », fasc. préc., § 238 et M. MENJUCQ, « Régime de la réparation-Transaction », fasc. préc., § 153.

¹⁷²³ V. sur la violence en matière transactionnelle, plus généralement, P. CHAUVEL, « Transaction », fasc. préc., § 219 et s., et M. MENJUCQ, « Régime de la réparation-Transaction », fasc. préc., § 155.

Il résulte des articles 2052 alinéa 2 et 2053 alinéa 1^{er} du Code civil que l'erreur de fait, l'erreur sur la personne et l'erreur sur l'objet de la contestation entachent de nullité le contrat, à l'exception donc de l'erreur de droit. Si la doctrine a pu discuter du caractère déterminant ou non de la personne dans la conclusion d'une transaction, la jurisprudence, elle, a sanctionné une transaction en raison d'une erreur sur l'identité de la personne résultant d'une quasi-homonymie¹⁷²⁴. Quant à l'erreur sur l'objet de la contestation, elle est l'équivalent, pour la transaction, de l'erreur sur la substance du contrat en droit commun. Plus précisément, elle concerne la consistance et l'étendue du litige que la transaction a eu pour objet de régler. « L'objet est la matière de cette contestation, le droit subjectif contesté, fondement de l'action qu'éteint la transaction. Il s'agira, concrètement, des éléments envisagés par les parties comme constituant la situation à régler : c'est, en effet, à partir de ces éléments que les parties décideront de renoncer à recourir à la voie judiciaire, ou de l'abandonner »¹⁷²⁵. Une importante difficulté peut apparaître qui est liée à l'aggravation du préjudice subi par la victime, après la conclusion de la transaction. Cette éventualité impose aux parties d'être particulièrement attentives lors de la conduite des négociations et dans l'échange des consentements. Si elles ont pris soin de prévoir dans leur accord, pour cette hypothèse, une procédure de révision ou de préciser ne transiger que sur les conséquences actuelles d'un accident — par exemple —, l'apparition de complications ou de lésions nouvelles depuis le jour de la conclusion de l'accord ne soulèvera guère de difficultés. Le plus souvent, cependant, le contrat emporte renonciation générale et inconditionnelle à tout recours ultérieur contre le responsable de l'accident ou contre son assureur, au titre de l'accident¹⁷²⁶. La victime ne peut plus alors obtenir de complément d'indemnité, sauf à agir devant le juge afin d'obtenir l'annulation de la transaction pour erreur sur l'objet de la contestation. Il faut à la victime prouver l'aggravation de son état et le lien de causalité entre l'accident et l'aggravation. La jurisprudence « jadis très réservée — en raison de la force obligatoire du contrat de transaction — [...] fait montre aujourd'hui de plus de souplesse et admet facilement que l'erreur commise par la victime qui a sous-estimé la gravité de l'accident porte sur l'objet de la contestation et non sur la simple étendue du préjudice »¹⁷²⁷. Le critère utilisé par le juge est celui du caractère prévisible ou non des complications, seules pouvant donner lieu à l'annulation des transactions, les complications imprévisibles au jour de conclusion du

¹⁷²⁴ V. sur ce point, P. CHAUVEL, « Transaction », préc., § 258.

¹⁷²⁵ *Ibid.*, § 261.

¹⁷²⁶ *Ibid.*, § 278.

¹⁷²⁷ *Ibid.*, § 281.

contrat¹⁷²⁸. Evidemment, c'est là une jurisprudence favorable aux parties, qui ne risqueront pas de se voir définitivement liées par des transactions générales et inconditionnelles défavorables. La doctrine observe, toutefois, qu'il s'agit là d'un « véritable forçage de la notion d'erreur », « l'objet de la contestation, que règle la transaction [étant] le "droit à indemnisation" et la victime ne commet[tant] donc pas d'erreur »¹⁷²⁹.

L'article 2058 prévoit, quant à lui, que l'erreur de calcul ne donne lieu qu'à la rectification du contrat, étant précisé que « l'erreur de calcul s'entend seulement de celle qui peut se produire dans l'application mathématique des principes posés par la transaction »¹⁷³⁰.

Les articles 2054 à 2057, enfin, portent sur les hypothèses particulières d'erreur sur l'existence de la cause. L'article 2054 réserve ainsi la possibilité de rescinder une transaction conclue en exécution d'un « titre nul », c'est-à-dire de l'acte instrumentaire et de tout acte ou fait dont l'une des parties fait dériver son droit. L'article 2055 prévoit, quant à lui, la nullité des transactions faites sur des pièces reconnues fausses. La nullité s'applique aussi aux transactions conclues « sur un procès terminé par un jugement passé en force de chose jugée, dont les parties ou l'une d'elles n'avait point connaissance », sauf « si le jugement ignoré [...] était susceptible d'appel », conformément à l'article 2056. Il faut à cet égard que le jugement en cause concerne le litige objet de la transaction. Enfin, l'article 2057 est consacré à l'hypothèse de la découverte, après la conclusion de la transaction, de titres affectant les droits sur lesquels les parties ont transigé¹⁷³¹. Il distingue deux hypothèses, selon que la transaction a eu un objet général ou spécial, seule cette dernière emportant la nullité du contrat. En effet, en concluant une transaction générale, les parties sont réputées avoir envisagé tous les éléments litigieux — on parle à cet égard de « transactions forfaitaires et aléatoires » — et donc avoir renoncé à la possibilité d'invoquer la découverte de titres antérieurs. Dès lors, seule la commission d'un dol conduira à la nullité du contrat. Si, au contraire, la transaction porte sur une question en particulier et que sont découverts des titres qui y sont précisément relatifs, alors la transaction sera réputée nulle. Ces deux hypothèses sont traitées respectivement par les alinéas 1 et 2 de l'article 2057.

Il faut signaler, en dernier lieu, que la doctrine ne se satisfait pas toujours de ce traitement des plus complexes du vice de l'erreur et appelle à une simplification par l'insertion dans le Code d'une « disposition unique admettant l'erreur comme cause de nullité de la transaction, sans plus de distinctions, car celles-ci ne font qu'obscurcir la matière, sans

¹⁷²⁸ P. CHAUVEL, « Transaction », fasc. préc., § 283.

¹⁷²⁹ *Ibid.*, § 284.

¹⁷³⁰ *Ibid.*, § 255.

¹⁷³¹ Il s'agit, par exemple, d'un titre de propriété.

forcément renforcer la Justice, tout en favorisant une conception utilitariste "des erreurs" par la jurisprudence »¹⁷³².

Malgré quelques assouplissements, le recours à la transaction demeure risqué. Ce risque existe aussi en droit administratif, où il se présente en de termes quelque peu différents, cependant.

b. Le traitement des vices du consentement dans la transaction administrative

Le droit administratif ne déroge pas au principe civiliste selon lequel ne sont réputés valables que les contrats formés par un échange des consentements libres et éclairés. L'intégrité du consentement est une exigence aussi fondamentale en droit administratif qu'en droit civil. C'est ce qu'a jugé le juge administratif, en adoptant la théorie des vices du consentement. Comme le juge judiciaire, il se fonde sur les dispositions du Code civil pour sanctionner, entre autres, l'erreur, le dol et la violence. Mais si le juge civil est tenu par les dispositions du Code, le juge administratif a choisi délibérément de les appliquer. Le recours aux concepts du droit civil et la référence directe au Code résultent, de sa part, d'une démarche volontaire. B. Plessix évoque, à cet égard, « une transposition manifeste, consciente, voulue, mais aussi formelle et, qui plus est, œuvre exclusive, du juge administratif, la doctrine n'ayant fait, en la matière, qu'entériner une évolution jurisprudentielle à l'origine de laquelle elle a été totalement étrangère »¹⁷³³.

Des observations générales quant à la réception et à l'implication de la théorie en cette matière (1) permettront de rendre compte de ce qu'il en est concernant la transaction administrative (2).

¹⁷³² B. MALLET-BRICOUT, « Vices et transaction », in *La transaction dans toutes ses dimensions*, préc., p. 47.

¹⁷³³ B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, préc., n° 192.

1. La transposition de la théorie des vices du consentement dans le contentieux des contrats administratifs

En l'occurrence, le juge administratif a consacré trois vices en droit des contrats administratifs, le dol, la violence et l'erreur, dont la définition et le traitement juridique sont largement inspirés du droit civil, comme l'a observé la doctrine¹⁷³⁴.

En ce qui concerne les éléments constitutifs et les effets du dol, par exemple, le juge administratif n'a guère innové¹⁷³⁵. Il est caractérisé par tout agissement — de l'omission à la réalisation d'un acte positif — destiné à tromper et à nuire à autrui, un élément matériel et un élément moral. Cette manœuvre doit avoir été pratiquée par l'un des cocontractants ou un tiers s'il a représenté une des parties contractantes ou agi comme complice, et avoir provoqué le consentement de la victime. On parle alors de manœuvre déterminante, ce qui exclut de la protection du Code civil les imprudences et négligences. Sur ce point, la jurisprudence se montre assez sévère pour les personnes publiques, admettant difficilement qu'elles puissent avoir été trompées par leurs cocontractants¹⁷³⁶. Par ailleurs, il appartient aux parties de prouver le dol, puisqu'en droit administratif comme en droit civil, le juge ne se contente pas de simples allégations ou présomptions. Une fois celui-ci établi, la sanction s'opère à partir d'« un contentieux à deux branches », selon la formule de B. Plessix¹⁷³⁷ : annulation du contrat ou allocation de dommages-intérêts. Pendant longtemps, le droit civil a fait correspondre à ces deux branches la distinction entre dol principal et dol incident, distinction aujourd'hui largement abandonnée. Si le juge administratif a repris un temps cette différenciation, rien en l'état ne permet de déterminer si elle prévaut toujours ou non¹⁷³⁸. Il n'en reste pas moins qu'à l'évidence, les règles du droit administratif relatives au dol sont largement inspirées de celles du droit civil.

C'est aussi le cas de la violence. Les éléments matériel, psychologique et organique, caractéristiques de la violence en droit civil ont été repris par le juge administratif. Celui-ci exige une menace : la victime consent au contrat parce qu'elle redoute les conséquences que

¹⁷³⁴ Les développements suivants ont été rédigés à partir des travaux de B. Plessix, D. Pouyaud et C. Guettier, principalement. Pour plus de précisions, v. donc B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, préc., n° 193 et s., D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, préc., n° 132 et s., et C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, préc., n° 449 et s.

¹⁷³⁵ La jurisprudence administrative a formellement consacré la pratique du dol par l'arrêt CE, 14 décembre 1923, *Société des Grands-Moulins de Corbeil, Leb.*, p. 852.

¹⁷³⁶ C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, préc., n° 458.

¹⁷³⁷ B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, préc., n° 196.

¹⁷³⁸ V. sur ce point, C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, préc., n° 460. V. aussi B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, préc., n° 196.

pourrait avoir pour elle la décision de ne pas le conclure. Cette menace, qui plus est, doit être illégitime, condition qui exclut celle de saisir les tribunaux ou d'appliquer les conditions du marché¹⁷³⁹. Il faut ensuite que la violence ait été commise intentionnellement par une partie contractante ou un tiers afin de forcer le consentement de la victime. Enfin, seules les violences déterminantes du consentement de la victime donneront lieu à la nullité du contrat. C. Guettier observe que la jurisprudence admet difficilement la réalité de la violence¹⁷⁴⁰.

Enfin, le constat est le même pour le vice tiré de l'erreur : qu'il s'agisse des différents types d'erreur et de leurs caractéristiques, le juge administratif a repris très largement les règles et principes du droit civil. Deux types d'erreur existent ainsi en droit administratif, l'erreur sur la substance et l'erreur sur la personne. La première comprend, dans un sens objectif, l'erreur sur l'identité elle-même de l'objet, et dans un sens plus subjectif, l'erreur sur les qualités substantielles de la chose qui a déterminé la partie à contracter. La seconde s'entend, elle, principalement de l'erreur sur l'identité de la personne. Par ailleurs, en droit administratif comme en droit civil, ne sont sanctionnées que les erreurs déterminantes et excusables. Les erreurs réputées déterminantes sont celles sans lesquelles les parties n'auraient pas contracté, ce qui exclut les erreurs indifférentes. Quant aux erreurs excusables, elles sont commises indépendamment de toute négligence, inattention ou imprudence. Sur ce dernier point, la jurisprudence administrative se montre assez sévère, dans la mesure où les contrats administratifs lient le plus souvent l'administration et des professionnels. A propos de l'erreur, il faut encore préciser que les erreurs d'appréciation économique sont jugées indifférentes, car, rappelle B. Plessix, « il est de principe que les erreurs de calcul doivent être supportées par celui qui les a commises, comme un risque des affaires : ainsi l'erreur sur le prix n'est jamais sanctionnée, qu'elle soit le fait de l'Administration ou de son cocontractant privé »¹⁷⁴¹. Tous ces éléments expliquent sans doute pourquoi le vice de l'erreur est rarement retenu comme cause de nullité, alors même qu'il est souvent invoqué par les parties¹⁷⁴².

Enfin, il est le cas particulier de la lésion, consistant en un défaut d'équivalence des prestations lors de la conclusion du contrat. A cheval entre la théorie de la cause, tendant à apprécier objectivement l'équivalence des prestations, et celle des vices du consentement, considérant que seul un vice du consentement a pu conduire une partie à accepter un tel contrat, la lésion est sanctionnée par la nullité relative du contrat, sans que la victime n'ait à apporter la preuve que son consentement a été vicié. Toutefois, la jurisprudence limite

¹⁷³⁹ CE, 4 mai 1900, *Héritiers du Sieur Goury, Leb.*, p. 318.

¹⁷⁴⁰ C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, préc., n° 463.

¹⁷⁴¹ B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, préc., § 195.

¹⁷⁴² C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, préc., n° 454.

l'application de cette nullité aux hypothèses de contrats lésionnaires énumérées par le Code civil. En droit administratif, malgré quelques hésitations doctrinales¹⁷⁴³, il semble que la jurisprudence analyse la lésion sur le terrain subjectif comme pour les vices du consentement, mais qu'elle refuse d'en faire une cause de nullité des contrats¹⁷⁴⁴. « La jurisprudence, observe D. Pouyaud, ne fait pas de la juste valeur de l'objet une condition de validité des conventions »¹⁷⁴⁵, et ce, d'autant plus volontiers qu'elle entend préserver la sécurité des contrats, et avec elle la continuité du service public.

En effet, aussi remarquable que soit sa transposition par le juge administratif, l'utilisation effective de la théorie des vices du consentement demeure assez marginale en droit administratif. L'invocation de cette théorie est peu fréquente, et les annulations, sur son fondement, rares.

Diverses explications peuvent être avancées. Il se trouve, d'abord, que les personnes publiques forcent rarement le consentement d'une partie¹⁷⁴⁶ : « le dol ou la violence n'émanent pratiquement jamais de l'administration. Les cas où la personne publique trompe sciemment son cocontractant sont heureusement peu répandus [...] »¹⁷⁴⁷. A l'inverse, elles en sont assez peu victimes : « mieux informée que [les particuliers] sur les points de fait et de droit, il est normal qu'elle [une personne publique] se trompe moins souvent. Elle est rarement victime d'un dol, car elle est exceptionnellement en situation d'être trompée. Toujours apte à se défendre, elle ne peut pratiquement jamais être l'objet de violences »¹⁷⁴⁸. En outre, l'encadrement des procédures de passation des contrats — le caractère écrit de la procédure, le recours à des cahiers des charges et contrats-type, notamment — compliquerait singulièrement les velléités des parties.

Indépendamment de ces observations factuelles, la rareté des annulations s'explique aussi par la prise en compte des problématiques du droit administratif par le juge administratif. Pour lui, il s'agit d'abord de privilégier la stabilité des contrats dans l'intérêt du service public. Il utilise la théorie des vices du consentement certes, mais sans pour autant l'assortir de tous les effets qui sont les siens en droit civil ; il l'adapte aux exigences du service public. « Le juge administratif privilégie, non pas la protection de celui dont le

¹⁷⁴³ V. sur ce point, D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, préc., n° 188.

¹⁷⁴⁴ CE, 3 août 1910, *Gillet, Leb.*, p. 687 ; CE, 1^{er} février 1981, *OPHLM de la Ville de Brest, RDP* 1981, p. 521 ; CE, 30 mai 1980, *Société de la piscine de la dame Blanche, Leb.*, p. 257.

¹⁷⁴⁵ D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, préc., n° 189.

¹⁷⁴⁶ Sur le sort des contrats conclus lors de la seconde guerre mondiale au terme d'actes de violence, v. B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, préc., n° 200.

¹⁷⁴⁷ D. POUYAUD, *La nullité dans les contrats administratifs*, préc., n° 130.

¹⁷⁴⁸ *Ibid.*, n° 130.

consentement n'a pas été parfaitement éclairé, mais la sécurité des conventions administratives ; et il est sans doute probable qu'il le fait parce qu'elles sont conclues "en vue du bon fonctionnement des services publics et qu'il entend avant tout assurer leur continuité" », analyse B. Plessix¹⁷⁴⁹. Selon cet auteur, « le juge administratif a ressenti la nécessité d'intégrer au droit administratif les règles du code civil sur les vices du consentement parce qu'il y a trouvé les armes adéquates permettant à l'Administration et à ses contractants de défendre la loyauté contractuelle, voire même la moralité contractuelle »¹⁷⁵⁰. Sans arsenal légal et réglementaire à sa disposition lui permettant de sanctionner spécifiquement les comportements répréhensibles, le juge aurait donc recouru à la théorie civiliste. C'est ce qui expliquerait, pour l'auteur, que le juge ait choisi, entre autres, de ne pas sanctionner les erreurs inexcusables, puisqu'il y a une certaine faute pour la personne expérimentée à se laisser induire en erreur¹⁷⁵¹.

Enfin, il ne saurait être fait l'impasse sur un élément essentiel : la place prépondérante du droit objectif en droit administratif. La théorie des vices du consentement souffre probablement de ce que les requérants et le juge se tournent volontiers vers ce qui relève du droit objectif et l'ordre public en particulier. B. Plessix explique dans sa thèse que « le particulier par la force des choses et le poids de l'habitude, a tendance à se placer systématiquement sur le terrain de l'excès de pouvoir »¹⁷⁵². Avant lui déjà, D. Pouyaud relevait que « le juge administratif peut souvent se situer sur le terrain objectif de l'ordre public, ce qui lui permet de se limiter à un examen de l'acte contractuel lui-même sans s'interroger sur les circonstances de sa conclusion ou sur la psychologie des contractants et lui évite de se prononcer sur le caractère excusable ou non de l'erreur et sur la part prise par celle-ci dans la décision de contracter »¹⁷⁵³. L'auteur en concluait que « le juge censure fréquemment des erreurs de droit non pour vice du consentement, mais parce qu'elles contreviennent à l'ordre public contractuel »¹⁷⁵⁴. De telles observations sont particulièrement pertinentes s'agissant de la transaction administrative.

¹⁷⁴⁹ B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, préc., n° 201.

¹⁷⁵⁰ *Ibid*, n° 202.

¹⁷⁵¹ *Ibid*, n° 204.

¹⁷⁵² *Ibid*, n° 200.

¹⁷⁵³ D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, préc., n° 162.

¹⁷⁵⁴ *Ibid*.

2. Le contentieux des vices du consentement dans les transactions administratives

Le contentieux des vices du consentement dans les transactions administratives est très maigre. Les invocations sont rares, et les annulations, quasiment inexistantes.

Il faut commencer par rappeler que la théorie des vices du consentement a, elle aussi, été transposée à la transaction administrative par le juge administratif. De la même façon que le juge reprend les dispositions générales du Code civil relatives aux vices du consentement pour les appliquer aux contrats administratifs, il reprend les dispositions spéciales relatives aux vices du consentement dans la transaction pour les appliquer à la transaction administrative. Là encore, la démarche est volontaire, « manifeste, consciente, voulue, mais aussi formelle », pour reprendre la formule de B. Plessix à propos de la théorie des vices du consentement en droit des contrats administratifs¹⁷⁵⁵. Sur le terrain subjectif des vices du consentement, les causes de nullité de la transaction sont identiques du droit civil au droit administratif. Ainsi, sous réserve de conditions, tout agissement violent, manœuvre dolosive, et certains types d'erreur, sont de nature à compromettre la validité du contrat. Le juge administratif prend même soin de viser, dans ses décisions, les articles du Code civil relatifs aux vices du consentement dans la transaction, notamment les articles 2052 alinéa 2 et 2053.

La réception formelle du droit civil en la matière est nette, sans toutefois ne présenter rien d'original. Elle n'est qu'un élément d'une transposition globale des articles du Titre XV du Code pour la transaction administrative. En 2002, dans l'avis *L'Hay-les-Roses*, le Conseil d'Etat a formellement dégagé l'existence d'une transaction administrative à partir de la transaction civile, définie par les dispositions du Code civil complétées par la jurisprudence judiciaire. Cette consécration, opérée par référence à la transaction civile, ne résulte pas tant de la nécessité d'un contrat spécifique pour le règlement des litiges administratifs que de la volonté de clarifier les règles de répartition du contentieux des transactions. Rien, alors, n'imposait au Conseil d'Etat de se passer du recours aux dispositions du Code sur les vices du consentement, et ce d'autant plus qu'avant l'avis *L'Hay-les-Roses*, ces dispositions s'appliquaient aux litiges relatifs à des transactions réglant des litiges administratifs. De plus, il y aurait quelque incohérence, de la part du Conseil d'Etat, à viser, à l'égard d'autres contrats, les articles 1109 et suivants du Code consacrés au droit commun des vices du consentement et à refuser de faire de même pour les dispositions relatives à ces mêmes vices dans les transactions. Une telle disparité n'aurait aucune raison d'être.

¹⁷⁵⁵ B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, préc., n° 192.

Si le juge administratif transpose formellement les vices du consentement de la transaction civile à la transaction administrative, il est toutefois difficile, en l'état de la jurisprudence, d'en prendre la mesure. Les rares arrêts rendus en la matière admettent la violence, le dol et certaines erreurs comme des causes de nullité de la transaction administrative, sans en préciser cependant les caractéristiques.

Devant la Cour administrative d'appel de Nancy, une requérante alléguait avoir été contrainte sous la violence de signer une transaction pour mettre fin au litige qui l'opposait à un établissement public hospitalier. Celle-ci se fondait alors sur l'article 1109 du Code, repris ensuite par la Cour, et non sur l'article 2053. Sans doute faut-il voir bien davantage dans cette référence une maladresse que la volonté pour le juge administratif d'appliquer les dispositions générales du Code, et non celles spécifiques à la transaction. Si la Cour juge recevable le moyen, elle le rejette au fond, « la requérante n'apport[ant] pas le moindre commencement de preuve »¹⁷⁵⁶. La violence, en droit administratif, comme en droit civil, doit être prouvée par celui qui s'en prétend victime.

A la différence du dol qui n'a pas été convoqué dans le contentieux des transactions administratives, le contentieux de l'erreur est plus significatif, tout en restant faible. Classiquement, deux types d'erreur constituent des vices du consentement : l'erreur sur l'objet et l'erreur sur la personne. Un arrêt de la Cour administrative de Lyon rendu le 12 juin 2008 apporte quelques précisions bienvenues à propos de l'erreur dans les transactions administratives, et plus particulièrement l'erreur sur l'objet des transactions¹⁷⁵⁷. La Cour avait été saisie par une société d'un recours en appel dirigé contre le jugement du Tribunal administratif de Grenoble du 14 novembre 2003 prononçant l'annulation d'une transaction, au motif que le consentement de l'une des parties avait été vicié par une erreur sur la substance. Le litige initial était le suivant : par un marché conclu le 22 juillet 1993, la Société d'économie mixte, société des autoroutes Rhône-Alpes (AREA) avait confié à la société Redland routes Centre — à laquelle s'est ensuite substituée la société SA Axima —, les travaux de renforcement d'une fraction de l'autoroute A 43. Quelques mois après la réception desdits travaux, des ornières apparurent sur la chaussée, pour lesquelles l'expert nommé avait conclu à la nécessité d'une reprise de la couche superficielle du béton bitumeux. Les parties ont alors signé un protocole d'accord le 21 octobre 1996, aux termes duquel la société Redland s'engageait à effectuer les travaux de reprise préconisés, en contrepartie de la renonciation par

¹⁷⁵⁶ CAA Nancy, 15 juin 2006, *Mme Y*, N° 04NC00803.

¹⁷⁵⁷ CAA Lyon, 12 juin 2008, *SA Axima Centre*, N° 04LY00090.

la société AREA de toute instance ou action trouvant son origine ou sa cause dans les désordres. L'expertise, lancée à la suite de la découverte de nouvelles ornières aux mêmes endroits peu de temps après la réfection, a mis en évidence des désordres plus profonds affectant la sous-couche de béton, non décelés par la première expertise. A partir de là, le contentieux naît : cette seconde expertise encourage la société AREA à obtenir de la société Axima, l'extension des travaux de reprise à la sous-couche de béton, ce que cette dernière refuse. La société AREA saisit le Tribunal administratif pour demander sur le fondement de la garantie décennale, la condamnation de la société Axima à réparer ces désordres. Cette dernière se prévalant de la transaction, la société AREA formule des conclusions additionnelles en demandant au Tribunal de prononcer la nullité de la transaction. Il revenait à ce dernier d'examiner en tout premier lieu l'opposabilité et donc la validité de la transaction. Celui-ci écarte finalement la transaction et règle le litige sur le fondement de la garantie décennale, condamnant plus précisément, la société Axima, à verser à la société AREA la somme de 750 001,96 euros en réparation des désordres. Pour le Tribunal, le consentement de la société AREA a été vicié du fait de l'erreur « sur la consistance et l'étendue du litige que la transaction avait précisément pour but de résoudre ; que cette erreur portait sur l'objet même de la contestation ; qu'il y a donc lieu de constater la nullité du protocole d'accord du 21 octobre 1996 »¹⁷⁵⁸. La juridiction visait expressément l'article 2053 du Code civil. « L'erreur de la société requérante portait donc sur l'objet même de la contestation qui existait entre les parties, c'est-à-dire sur la nature et l'importance du litige que la transaction avait pour but de résoudre », résume un observateur¹⁷⁵⁹.

La Cour administrative d'appel annule ce jugement et rejette au fond les conclusions de la société AREA. Pour elle, « la société AREA ne peut être regardée comme s'étant méprise sur la consistance et l'étendue de la transaction qu'elle a conclue le 21 octobre 1996 ; qu'en effet, eu égard à l'expérience acquise par cette société en matière de construction des autoroutes, à la nature des désordres et à la circonstance que l'expert a indiqué dans son premier rapport déposé en 1996 que les désordres étaient dus à des causes multiples, en faisant état d'une circulation d'eau anormale dans la sous-couche de béton et d'un désenrobage des gravillons de la couche sous-jacente, la société AREA ne peut soutenir avoir été induite en erreur »¹⁷⁶⁰.

¹⁷⁵⁸ TA Grenoble, 14 novembre 2003, *Société AREA*, préc.

¹⁷⁵⁹ M. SAUVEPLANE, « Le juge administratif et la déclaration de nullité d'une transaction », préc., p. 1180.

¹⁷⁶⁰ CAA Lyon, 12 juin 2008, *Société Axima Centre*, préc.

Plusieurs éléments doivent retenir l'attention à propos des erreurs admises par le juge administratif. L'erreur portait, en l'occurrence, sur l'objet de la contestation, et plus précisément sur la consistance et l'étendue du litige que la transaction avait vocation à régler. Certes, la Cour annule le jugement, mais sur un autre motif que celui tiré de l'exclusion du champ des vices du consentement des erreurs sur l'objet des transactions. Comme pour les transactions civiles, l'erreur sur l'objet se manifeste, dans les transactions administratives, par une erreur sur la consistance et l'étendue du litige. Mais l'arrêt rappelle qu'elle ne suffit pas à vicier le consentement des parties : il faut encore qu'elle soit excusable. Ainsi, il est procédé à une analyse restrictive du vice de l'erreur, excluant les erreurs inexcusables, comme dans le cas d'espèce, l'expérience des parties. La solution ne présente aucune originalité, ni par rapport au droit des contrats administratifs, ni par rapport au droit civil des contrats et de la transaction. L'appréciation de l'erreur dans la transaction administrative s'opère plus généralement dans les mêmes conditions qu'en droit privé.

Bien que le juge administratif n'ait pas été saisi d'un litige relativement à une erreur sur la personne dans la transaction, il est certain qu'elle constitue un vice du consentement. Ce serait le cas dans l'hypothèse où les parties identifient mal les victimes et auteurs d'un dommage. L'administration peut croire transiger avec une société, quand il s'agit en réalité de son sous-traitant.

Il reste encore la question de l'erreur de droit et de la lésion. Qu'advient-il des transactions administratives conclues sur la base d'un fondement juridique erroné ou comportant des concessions déséquilibrées ? On sait que l'article 2053 du Code civil les exclut du champ des transactions viciées. Or, le juge administratif appliquant le titre XV du Code à la transaction administrative, ces exclusions la concernent aussi. Toutefois, il faut en relativiser la portée : le risque que présentent pour les contractants de telles exclusions est finalement assez faible, dans la mesure où le droit administratif offre des garanties plus intéressantes encore. Les principes consacrés par les arrêts *Mergui* et *SA Entreprise Renaudin* interdisent, en effet, de faire supporter à une entité, quelle qu'elle soit, publique ou privée, une somme qu'elle ne doit pas. Ces principes analysent les transactions sur le terrain objectif, et conduisent à l'annulation de celles conclues en l'absence de lien de causalité entre le préjudice et le fait dommageable, ou dont les concessions réciproques sont manifestement disproportionnées au regard du préjudice subi. La protection, si elle s'opère sur un autre fondement que celui des vices du consentement, n'en est pas moins efficace. L'erreur de droit, dès lors qu'elle aurait conduit une des parties à supporter une somme indue, rentre dans le

champ des principes évoqués. Quant à la lésion, il est vrai qu'elle ne fait pas l'objet de mesure de sanction en tant que telle. L'équilibre des concessions réciproques dans la transaction administrative ne conditionne pas la validité des transactions administratives. La référence est ailleurs ; elle réside dans les responsabilités de chacun dans le litige initial. Le montant des concessions réciproques est apprécié au regard du litige initial : il doit objectivement correspondre aux responsabilités des parties, du moins ne pas être manifestement disproportionné par rapport à elles¹⁷⁶¹. La logique est, certes, différente de celle de la lésion, mais pas moins protectrice. Bien au contraire, dans la mesure où les interdictions posées en 1971 et 1978 sont d'ordre public, et donc invocables à tout moment de la procédure, y compris d'office par le juge, et qu'elles sont plus aisément maniables pour les parties et le juge — ce dernier, par exemple, n'a pas à examiner les circonstances de la conclusion du contrat, ni à s'interroger sur la psychologie des contractants, sur le caractère déterminant ou non de la manœuvre en cause, etc. Il faut ajouter, enfin, que les parties agissent plus volontiers sur ce terrain que sur celui des vices du consentement.

De manière générale, il est rarement fait appel à la théorie des vices du consentement dans le contentieux de la transaction administrative. On sait que ce n'est pas là un constat isolé, puisqu'il correspond à ce qui prévaut globalement pour le contentieux contractuel en droit administratif. Les motifs, non juridiques et juridiques, sont également pertinents.

Tout d'abord, les parties à une transaction sont peu enclines à se livrer à des pratiques de nature à vicier le consentement de la partie adverse. Sans doute se sentent-elles contraintes par le principe de loyauté qui pèse sur elles¹⁷⁶². Surtout, il est difficile d'abuser de l'administration, compte tenu notamment de la procédure de passation. Enfin, il est de leur intérêt à toutes de mettre définitivement fin au litige.

Il est très probable aussi qu'une partie estimant avoir été abusée par une transaction préfère agir sur le terrain objectif et invoquer les principes posés par les arrêts *Mergui* et *SA Entreprise Renaudin*. Ceux-ci sont aussi voire davantage protecteurs que la théorie des vices du consentement, tout en présentant en plus l'avantage d'être d'ordre public. De même, la prévalence du droit objectif en droit administratif est telle que les parties ont tendance à se placer spontanément sur ce terrain, et c'est par ce biais que sont indirectement sanctionnés les vices du consentement. A B. Plessix, qui soulignait que dans le contentieux contractuel en

¹⁷⁶¹ C'est ainsi que doivent être entendus les principes posés par les arrêts *Mergui* et *SA Entreprise Renaudin*. V., sur ce point, partie I, titre I, chapitre II, section II, § II, p. 137 et s.

¹⁷⁶² V. sur ce point, partie I, titre II, chapitre I, section I, § II, p. 196 et s.

général, ce qui constitue classiquement un vice du consentement est indirectement invoqué, voire sanctionné par le biais du recours pour excès de pouvoir¹⁷⁶³, il faut répondre, à propos du contentieux transactionnel en particulier, que les vices du consentement sont indirectement invoqués, voire sanctionnés par le biais d'un recours fondé sur les interdictions respectives de faire supporter à une personne publique ou privée une somme qu'elle ne doit pas.

Quoi qu'il en soit, théorie des vices du consentement et interdictions consacrées par les arrêts *Mergui* et *SA Entreprise Renaudin* se conjuguent pour offrir aux parties des garanties relativement à la teneur de leur contrat. Celles-ci ne sont toutefois pas absolues.

§II. LES LIMITES DE LA PROTECTION DU CONSENTEMENT

Les mesures de protection, aussi intéressantes soient-elles, ne sont pas en mesure de parer à toute situation. Elles rencontrent deux grandes limites, qui tout en répondant à une logique différente, font de la transaction un mode risqué de règlement des litiges. La première limite tient au caractère curatif des mesures de protection évoquées, posant ainsi la question de leur effectivité (A), quand la seconde résulte du jeu des négociations contractuelles, se trouvant alors intrinsèquement liée au procédé transactionnel (B).

A. La question de l'effectivité des mesures de protection

Les garanties résultant des principes posés par les arrêts *Mergui* et *SA Entreprise Renaudin* et de la transposition de la théorie des vices du consentement, souffrent d'une limite fondamentale : leur sanction s'opère *a posteriori*. Certes, elles servent de garde-fous lors de la négociation du contrat, mais qu'advient-il si l'une des parties au moins s'en affranchit délibérément ou non ? Jusqu'à sa mise à l'écart de l'ordonnancement juridique, la transaction est réputée exécutoire au sens de l'article 2052 du Code civil. Il y a, pour les parties, une première solution, consistant à modifier, voire résilier le contrat, puisque qu'un accord de volontés peut défaire ce qu'un autre a fait. La difficulté sera évidemment pour elles de s'entendre. Aussi, la voie la plus évidente sera de saisir le juge étatique, qui en cas de confirmation de la violation des principes posés par les arrêts de 1971 et 1978 ou d'un vice du consentement, pourra déclarer nulles les transactions litigieuses. Mais, cette solution présente

¹⁷⁶³ *Ibid*, n° 200.

elle aussi un inconvénient majeur : elle suppose de douter d'abord de la légalité de la transaction et d'effectuer ensuite un recours juridictionnel, c'est-à-dire de relancer un contentieux que les parties pensaient terminé, d'affronter une procédure longue et jalonnée de frais de justice, avec à terme, l'éventualité de s'être mépris sur l'illégalité de la transaction. Une telle perspective est de nature à dissuader les intéressés d'agir, et surtout les personnes privées. Même s'il appartient aux parties de se montrer vigilantes lors des négociations et de la rédaction des contrats, l'éventualité qu'elles renoncent à défendre leurs intérêts n'est guère satisfaisante. D'autant que protéger ces mêmes intérêts les conduit à veiller à la sauvegarde de la légalité. Plus globalement, laisser aux parties le soin d'assurer l'effectivité des mesures de protection du consentement et donc de défendre la légalité, revient à prendre le risque de voir perdurer des contrats illégaux et préjudiciables aux parties, ce qui est particulièrement regrettable quand sont en cause les deniers publics.

C'est ce que révèle, à titre incident, un contentieux porté devant le Conseil d'Etat par M. H., en 2008¹⁷⁶⁴. Consécutivement à la condamnation par le Tribunal correctionnel de M. H. pour des faits de violence commis par lui sur des enfants dont il avait la charge en tant qu'enseignant dans une école primaire publique, le Préfet du Bas-Rhin avait indemnisé à hauteur de 7 622 euros les parents des victimes en vertu d'une transaction passée entre eux et le recteur d'académie. La demande de transaction avait, ici, été présentée par les parents, ayant droits des victimes, sur le fondement de la faute personnelle non dépourvue de tout lien avec le service. L'Etat ayant ensuite émis à son encontre un titre exécutoire d'un montant correspondant à l'indemnité allouée, M. H. a introduit un recours devant le Tribunal administratif de Strasbourg, qui lui a donné gain de cause et annulé ce titre, le jugeant dépourvu de base légale faute de reposer sur une condamnation de l'Etat ou sur une obligation qui lui aurait été faite d'indemniser les ayants droit des victimes. Saisi en appel, le Conseil d'Etat annule le jugement, tout en jugeant nul le titre exécutoire en tant qu'il met à la charge de M. H. le paiement d'une somme excédant 3000 euros. Point remarquable de l'arrêt, la Haute juridiction reconnaît qu'une transaction puisse fonder une action récursoire, sans toutefois que celle-ci lie le juge administratif, qui peut en moduler le montant¹⁷⁶⁵. En l'espèce, l'arrêt indique brièvement qu'« il appartient au juge administratif de déterminer le montant du préjudice dont la réparation peut être demandée au fonctionnaire auteur des dommages que

¹⁷⁶⁴ CE, 12 décembre 2008, *Ministère de l'Education nationale contre M. H.*, préc.

¹⁷⁶⁵ Sur la mise en œuvre d'une action récursoire consécutivement à la conclusion d'une transaction, v. partie I, titre II, chapitre II, section II, § I, p. 263 et s.

l'Etat a dû réparer ; qu'en l'espèce, il sera fait une juste appréciation de ce préjudice en l'évaluant à 3000 euros ». Le juge diminue ainsi de moitié le montant dû par l'agent à l'administration, en raison d'agissements dont la gravité caractérise une faute personnelle détachable de l'exercice de ses fonctions. Pour lui, le montant de la transaction ne correspondait pas à la valeur du préjudice effectivement subi par les parties, et allait même bien au-delà de ce qui pouvait être raisonnablement admis eu égard au jeu des négociations contractuelles. Comment, alors, une telle transaction a-t-elle pu être conclue et exécutée ? Il y a là une carence des services de l'Etat.

Si la transaction est ici un contrat de droit privé au regard du critère matériel de qualification des transactions tiré de la compétence juridictionnelle pour connaître du litige initial¹⁷⁶⁶, elle permet au moins de rendre compte de ce qu'une transaction faisant supporter à une personne publique plus qu'elle ne doit est effectivement susceptible d'être conclue et maintenue dans l'ordonnement juridique.

Ce risque existe pour toutes transactions, celles de l'Etat, comme celles des collectivités territoriales. L'arrêt *Département de Tarn-et-Garonne* l'accroît encore, en réduisant les possibilités de recours pour les tiers, qui font souvent office de ministères publics civils. « Pour l'heure, on en est réduit à constater que sauf à être contestés par le représentant de l'Etat ou des membres des assemblées locales (mais tel ne saurait être le cas de ceux de l'Etat et de ses établissements publics), des contrats pourront être illégaux et échapper à toute censure parce que les requérants potentiels ne se verront pas reconnaître d'intérêt à agir ou parce que les illégalités commises ne sont pas de celles qu'ils peuvent invoquer », a-t-il été observé¹⁷⁶⁷.

Le caractère curatif des mesures de protection évoquées comporte à l'évidence des insuffisances, qui font de la transaction un mode de règlement des litiges risqué. D'autant plus qu'au risque de voir perdurer une transaction illégale s'ajoute celui de conclure une mauvaise transaction.

¹⁷⁶⁶ Sur ce point, v. p. 92 et s.

¹⁷⁶⁷ F. LLORENS, P. SOLER-COUTEAUX, note sous CE, 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc., p. 2.

B. La limite inhérente au procédé contractuel

Il est des hypothèses qui font mentir l'adage populaire selon lequel « un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès ». Les parties se trouvent parfois liées par une transaction, qui, tout en étant légale, néglige leurs intérêts, soit que les circonstances ne leur ont pas été favorables, soit qu'elles ont manqué de diligence. Indépendamment des mesures de protection, et sauf à réduire à néant la liberté contractuelle, le procédé contractuel porte en lui une part irréductible de risque.

En effet, le recours à la transaction peut se révéler, selon les circonstances, dangereux. Les parties ne transigent pas toujours sur le même pied d'égalité, à l'instar de celles qui sont pressées par le temps et l'argent. C'est particulièrement le cas des personnes victimes d'accidents corporels — médicaux ou de la circulation. Le risque, pour elles, est de transiger sans prendre le temps de défendre leurs intérêts, alors que leur état est susceptible d'évoluer. Encore une fois, ce n'est pas tant l'outil transactionnel qui doit être incriminé que la situation dans laquelle se trouve chaque protagoniste : la victime du dommage, contrainte matériellement et l'auteur, tenté de tirer profit de ce rapport de force favorable. Le cas des transactions forfaitaires, par lesquelles les parties transigent globalement sur les préjudices présents et futurs, connus et inconnus, est caractéristique, comme l'illustre un arrêt du Conseil d'Etat de 1984. La Haute juridiction rejetait le recours de la requérante, victime d'un accident de la circulation, constatant que « Mme B. a accepté de signer une transaction [...] aux termes de laquelle elle a renoncé pour l'avenir au droit d'agir en justice moyennant le versement d'une indemnité définitive [...] ; que ce versement a été accepté par la requérante à titre forfaitaire et sans réserve, celle-ci s'engageant à ce qu'aucune complication ou aggravation de quelque nature qu'elle soit, qu'elle reconnaissait avoir envisagé, puisse être considérée comme restée en dehors de la transaction »¹⁷⁶⁸. En l'occurrence, la requérante demandait que la personne publique responsable de l'accident dont elle avait été victime soit condamnée à lui verser une indemnité complémentaire au titre de l'aggravation de son état de santé postérieurement à la conclusion d'une transaction. Or, cette dernière excluait toute demande en ce sens, comme l'a reconnu le Conseil d'Etat. Une telle solution, certes, acceptée par la victime du dommage, est assez sévère. Placée sur le terrain des vices du consentement, il est probable que son action n'ait pas davantage abouti. Toute indemnisation ultérieure étant

¹⁷⁶⁸ CE, 20 janvier 1984, *Mme B.*, N° 29385.

clairement exclue par la transaction, ni le dol, ni l'erreur n'auraient pu être valablement allégués. Restait la violence, sous réserve d'être établie. Ainsi, en présence de dommages aux données complexes et susceptibles d'évoluer, mieux vaut pour les parties s'en tenir à l'indemnisation des préjudices connus et éviter de renoncer globalement aux recours ultérieurs et indemnisations complémentaires.

Plus généralement, la complexité du droit déséquilibre les rapports de force. Certaines parties se retrouvent en situation de faiblesse par rapport à d'autres mieux informées juridiquement. Bien souvent, ces parties, juridiquement faibles, sont celles qui sont pressées matériellement. Même pour une procédure moins longue qu'une procédure juridictionnelle, recourir aux conseils d'un avocat représente un coût que toutes ne sont pas prêtes, ni parfois, en mesure de supporter.

Il arrive aussi que des parties bien que suffisamment informées commettent des erreurs grossières, des étourderies et imprudences lors de la conclusion des transactions, et notamment de leur rédaction. On sait que le Code civil, repris par le juge administratif, disqualifie ce type d'erreurs du champ des vices du consentement. Dans l'arrêt du 28 septembre 1983, *Société Etablissements Prévost*, le Conseil d'Etat juge que l'erreur commise par les services fiscaux dans la rédaction d'une transaction fiscale faisait obstacle à ce que l'administration réclame à nouveau au contribuable le paiement de la somme initialement litigieuse¹⁷⁶⁹. En l'espèce, la transaction contestée portait à 190 francs le montant des pénalités dues au lieu de 190 000 francs. La solution issue du droit civil et appliquée à une transaction fiscale doit concerner aussi les transactions administratives, même si, en l'état, la jurisprudence n'a pas eu l'occasion de le confirmer. Entre le principe selon lequel une personne publique ne saurait supporter une somme qu'elle ne doit pas et la solution civiliste consistant à exclure de toute protection les erreurs inexcusables, le Conseil d'Etat a tranché en faveur de la seconde. La protection résultant des arrêts *Mergui* et *SA Entreprise Renaudin* n'a donc pas de portée absolue. Si cette solution contribue certainement à garantir une plus grande stabilité aux contrats, elle est aussi très contestable au regard du caractère d'ordre public de l'interdiction posée par l'arrêt *Mergui* et son équivalent pour les personnes privées.

¹⁷⁶⁹ CE, Sect., 28 septembre 1983, *Société Etablissements Prévost*, *Leb.*, p. 376, concl. Bissara, *Dr. fisc.* 1984, n° 10, comm. 480, *Petites affiches*, 2 avril 1984, p. 8, note P. Terneyre.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

La question des garanties attachées à la transaction administrative, examinée au stade de sa passation, est riche de contradictions et de paradoxes. Sa double nature d'acte contractuel et d'acte administratif en fait nécessairement un mode risqué de règlement des litiges.

Il est certain que la transaction n'est pas la zone de non-droit que l'on pourrait supposer. Le droit étatique s'en est saisi pour lui donner une définition et lui réserver des mesures particulières de protection, à l'instar des articles du Code civil relatifs aux vices du consentement. L'alternative au juge ne signifie pas alternative au droit étatique. Pour autant, sans être « le traquenard » que certains ont dénoncé¹⁷⁷⁰, le procédé transactionnel n'est pas toujours ce mode de règlement « heureux » que d'autres ont idéalisé¹⁷⁷¹. La conclusion des transactions est émaillée de risques divers. Dans les transactions de droit privé, ces risques sont principalement ceux d'un déséquilibre des rapports de force et d'une conception restrictive des vices du consentement. En droit administratif, en raison des principes propres à cette matière, ils sont quelque peu différents. Au risque de conclure une mauvaise transaction s'ajoute celui de manquer à une obligation procédurale ; au risque d'un contentieux entre les parties s'ajoute celui d'un contentieux initié par des tiers.

Certes, la transaction administrative bénéficie du récent mouvement engagé par le Conseil d'Etat en faveur de la stabilité des contrats. Mais, si les recours des parties et des tiers ont été réaménagés, il n'en reste pas moins que le fait même que des tiers puissent agir contre une transaction conclue, et ainsi relancer un contentieux que les parties pensaient avoir terminé, peut dissuader les intéressés d'y recourir au profit de la décision de justice. A l'inverse et paradoxalement, le risque vient aussi de l'absence de contentieux et donc du maintien dans l'ordonnancement juridique d'une transaction illégale — parce qu'elle contreviendrait, par exemple, à l'interdiction de faire supporter à une personne publique une somme qu'elle ne doit pas. Le risque est faible, sans être nul. Cet état de fait contribue à condamner la transaction administrative à demeurer un mode secondaire de règlement des litiges.

¹⁷⁷⁰ V. F. STURM, cité par L. POULET, *Transaction et protection des parties*, préc., p. 19.

¹⁷⁷¹ BIGOT-PREAMENEU, « Exposé des motifs de la loi sur les transactions », in *Recueil complet des discours prononcés lors de la présentation du Code civil*, préc.

CHAPITRE II

LES ENTRAVES LIEES A L'EXECUTION DE LA TRANSACTION ADMINISTRATIVE

« Le contrat de transaction, par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître, a entre ces parties l'autorité de la chose jugée en dernier ressort. Il est exécutoire de plein droit, sans qu'y fassent obstacle, notamment, les règles de la comptabilité publique », énonce le Conseil d'Etat dans son avis du 6 décembre 2002, *L'Hay-les-Roses*. On sait que la formule tirée de l'article 2052 n'est pas tout à fait exacte, et qu'en réalité les transactions ne disposent par elles-mêmes que de la force obligatoire des contrats. Les rédacteurs du Code civil entendaient par là souligner l'analogie qui existe entre décision de justice et transaction, qui toutes deux mettent fin à un litige. Quant au Conseil d'Etat, il a solennisé à dessein la portée des transactions pour rappeler fermement aux intéressés — et notamment aux comptables publics — qu'ils sont tenus par les termes de la transaction, sans qu'une homologation soit nécessaire. « Cette caractéristique [le caractère exécutoire de la transaction] traduit la circonstance que le contrat, une fois accomplies les formalités requises [...] mais sans soumission au contrôle préalable d'un juge, entre en vigueur, et que naît pour les parties l'obligation de l'exécuter », observe F. Sabiani¹⁷⁷². C'est donc sur le fondement de la force obligatoire des contrats que la transaction administrative produit ses effets, l'extinction du litige et la reconnaissance de droits et obligations à la charge des parties¹⁷⁷³.

La réalisation de l'effet extinctif ne soulève guère de difficultés, dans la mesure où elle est concomitante à la conclusion de la transaction. En revanche, il en va autrement pour la reconnaissance de droits et d'obligations, qui suppose une action positive des parties : l'exécution de leurs engagements. Or, celles-ci ne procèdent pas toujours à l'exécution conforme du contrat. De nouveaux litiges sont alors susceptibles de survenir, qui ont trait, cette fois, à l'exécution des transactions. C'est là une autre manifestation de ce que la

¹⁷⁷² F. SABIANI, « Transaction administrative : les trois ambiguïtés de l'homologation », préc., p. 7.

¹⁷⁷³ V. sur tous ces éléments, partie I, titre II, chapitre II, section II, p. 269 et s.

transaction ne permet pas toujours de régler définitivement les litiges. L'exécution des transactions dépend avant tout de la bonne volonté des intéressés, contrepartie de la souplesse de ce mécanisme.

Si dans la majorité des cas, l'exécution des transactions se déroule sans encombre, des incidents peuvent néanmoins se produire. Ceux-ci tiennent au fait que l'une ou l'autre des parties, voire les deux, ne peut ou ne veut exécuter le contrat tel qu'il a été conclu. Comme J. Mestre, il faut retenir une définition large des difficultés d'exécution des contrats : « [...] tout ce qui est le contraire d'une exécution spontanée, normale et paisible du contrat, tout ce qui peut aussi en altérer l'existence, y mettre fin »¹⁷⁷⁴. Il s'agit alors autant de la mauvaise exécution que de l'inexécution pure et simple du contrat. Prétendre recenser précisément toutes les difficultés susceptibles d'apparaître lors de l'exécution d'une transaction serait par trop hasardeux tant elles sont multiples. La mauvaise exécution peut résulter d'un retard, d'une exécution non conforme, que ce soit le fait d'une divergence d'interprétation ou de la mauvaise volonté du cocontractant¹⁷⁷⁵. Elle peut être partielle ou totale. C'est par exemple le cas d'une entreprise de travaux publics qui utilise délibérément un autre matériau que celui arrêté par une transaction pour remédier aux désordres apparus après la remise des travaux qui lui ont été confiés. C'est encore le cas de l'entreprise qui, sciemment, ne procède qu'à une réparation partielle des désordres qu'elle a admis avoir causés et qu'elle s'était engagée à réparer par une transaction. L'inexécution, quant à elle, tient à une impossibilité matérielle d'exécuter le contrat, à la mauvaise foi de l'un des cocontractants, à une ambiguïté majeure du contrat entraînant un blocage complet, ou au refus de principe du cocontractant d'exécuter ses obligations. Le nouvel exécutif d'une collectivité peut ainsi ne pas se sentir lié par une transaction conclue par l'ancien, ou le comptable public refuser, par méfiance à l'égard du procédé transactionnel, d'exécuter une transaction pourtant légale.

Dans tous les cas, ces manquements sont contraires au droit, que les transactions aient été homologuées ou pas, et impliquant des sanctions. En effet, il est un principe qui domine l'ensemble du droit des contrats, privé ou administratif, selon lequel les contrats doivent être

¹⁷⁷⁴ J. MESTRE, « Observations sur l'attitude du juge face aux difficultés d'exécution du contrat », in *Le juge et l'exécution du contrat*, Colloque I.D.A., Aix-en-Provence, 28 mai 1993, PUAM, 1993, p. 91.

¹⁷⁷⁵ Pour P. Terneyre, « parmi les fautes les plus courantes se rapportant à des obligations générales du cocontractant, on peut citer les manquements à l'obligation d'exécution personnelle du contrat [...], les retards dans l'exécution du contrat [...], la non-constitution d'une caution bancaire [...], ou plus simplement l'inexécution pure et simple de tout ou partie des prestations faisant l'objet du contrat [...] », P. TERNEYRE, « Responsabilité contractuelle », in *Répertoire de la puissance publique*, Dalloz, n° 195.

exécutés conformément à ce que les parties ont prévu, et tout manquement constitue une faute engageant la responsabilité du cocontractant défaillant, sous réserve des hypothèses de cas fortuit et de force majeure¹⁷⁷⁶. Le manquement est un fait dommageable qui donne droit au cocontractant qui en est la victime à une réparation sous forme de dommages et intérêts¹⁷⁷⁷. « Le créancier doit se contenter d'une satisfaction par équivalent : l'obligation contractuelle se résout en dommages et intérêts, qui réparent le préjudice causé au créancier par l'inexécution imputable au débiteur, la responsabilité contractuelle de celui-ci étant engagée »¹⁷⁷⁸.

Mais, indépendamment de ce principe qui s'applique à tout contrat, il faut aussi tenir compte de la nature particulière de la transaction administrative, contrat synallagmatique comprenant des obligations réciproques et interdépendantes. Ces caractéristiques sont de nature à diversifier les voies d'action offertes aux parties. De l'exécution conforme du contrat, à sa modification ou à l'organisation de sa disparition, des négociations entre parties ou des saisines juridictionnelles, les solutions sont diverses. Dès lors, l'action en responsabilité contractuelle du cocontractant défaillant n'apparaît que comme l'une des voies d'action ouvertes aux parties, et même comme la voie ultime mise en œuvre en cas d'échec de toutes les autres destinées à la bonne exécution du contrat. Les parties peuvent ainsi tâcher de s'accorder elles-mêmes, à l'amiable, sur le règlement des difficultés d'exécution rencontrées, que ce soit avant ou après leur survenance, de manière à favoriser l'exécution du contrat ou à en régler la disparition (Section I). Elles ont aussi la possibilité de faire appel à des procédés plus coercitifs qui reposent sur la contrainte, et qui, le plus souvent, nécessitent l'intervention de la puissance publique (Section II).

¹⁷⁷⁶ Le cas fortuit et le cas de force majeure constituent des causes exonératoires de responsabilité. Le cas fortuit est ainsi défini comme « le fait accidentel dont la cause est inconnue », et la force majeure « s'entend d'un événement extérieur, imprévisible et irrésistible, qui est souvent un événement extérieur », L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, préc., n° 570 et 548, respectivement. V. aussi H. HOEPFFNER, « Exécution du contrat administratif. Droits et obligations du cocontractant », *J.-Cl. Administratif*, fasc. 609, § 13. V. aussi, J. ANTOINE, « La mutabilité née de faits nouveaux extérieurs aux parties », *RFDA* 2004, p. 80, N. JACOT, « La notion de force majeure dans les contrats publics », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur de M. Guibal*, t. I, préc., p. 275.

¹⁷⁷⁷ V. F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, préc., n° 559 et s.

¹⁷⁷⁸ *Ibid*, n° 558.

SECTION I. LES SOLUTIONS CONSENSUELLES

L. Richer présente le contrat comme « l'imagination au pouvoir »¹⁷⁷⁹. Sous réserve du respect de l'ordre public, la liberté contractuelle des parties à un contrat est immense, en effet. La pratique a imaginé de nombreux mécanismes qui permettent aux parties, sur la base d'un accord de volontés, de remédier aux difficultés d'exécution, voire de régler les conséquences d'une inexécution. Toutefois, parce que l'accord peut toujours faire l'objet de contestation, ce choix présente une faiblesse importante qu'il intervienne antérieurement (A) ou postérieurement aux difficultés (B).

§I. LES SOLUTIONS ARRETEES DANS LA TRANSACTION

Tandis qu'elles transigent, il est loisible et même recommandé aux parties d'envisager tous les potentiels difficultés d'exécution et risques d'inexécution, de manière à sécuriser le contrat. Il s'agit autant de les anticiper que de dissuader les parties de se livrer à des comportements incompatibles avec la bonne exécution des transactions. Pour ce faire, la pratique a conçu divers mécanismes, inégalement mis en œuvre.

S'agissant plus précisément de la transaction administrative, on peut d'abord imaginer que les parties insèrent à l'avance une clause aux termes de laquelle tout nouveau litige relatif à l'exécution du contrat sera soumis à l'expertise d'un conciliateur-médiateur désigné par leurs soins. Le plus souvent, cependant, les précautions des parties tendent davantage à sécuriser le lien contractuel, en réorganisant les relations contractuelles en cas de manquement aux obligations contractuelles, d'une part (A), et en arrêtant les modalités de sanction et de réparation des manquements éventuels, d'autre part (B).

¹⁷⁷⁹ L. RICHER, « La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques », préc., p. 973.

A. L'organisation des relations contractuelles

Les parties à un contrat ne sont pas tout à fait soumises à l'incertitude dans l'exécution de leur contrat. Si contracter présente des risques, il est toutefois un mécanisme qui les limite : « la condition ». Il consiste pour les parties à organiser à l'avance — lors de la conclusion du contrat, ou à tout le moins, avant l'apparition d'un évènement donné — quel sera l'état de leur relation contractuelle dans l'hypothèse où un évènement en particulier survient, à l'instar par exemple de l'inexécution par une partie de ses obligations. C'est là un procédé tout à fait intéressant, puisqu'il participe de la sécurisation du lien contractuel : les parties conditionnent le sort de leur contrat, soumettent son achèvement ou son commencement d'exécution à la réalisation ou non d'un évènement qu'elles ont défini. Autrement dit, les parties s'accordent pour faire d'un élément du contrat une condition de réalisation de celui-ci. Rien ne fait obstacle à ce que ce mécanisme soit utilisé aussi pour les transactions administratives. Au contraire, puisqu'il est source de sécurité juridique, en permettant aux parties d'anticiper les éventuelles difficultés qu'elles pourraient rencontrer et d'en déterminer à l'avance les conséquences.

Plus précisément, « la condition est un évènement futur [...], mais incertain [...], auquel est subordonnée la formation ou la disparition d'une obligation »¹⁷⁸⁰. Ainsi, « dans le premier cas, la condition est suspensive : la formation même de l'obligation est suspendue jusqu'à sa réalisation ; dans le second, elle est résolutoire : l'obligation est née, mais sa survie dépend de la réalisation ou de la non réalisation de la condition (article 1168). Dans les deux cas — formation ou survie —, c'est l'existence même de l'obligation qui dépend de la condition, alors que le terme n'affecte que sa durée ou le moment de son exigibilité »¹⁷⁸¹. Pour ce faire, les parties introduisent dans le contrat des clauses dites « clauses conditionnelles » de nature suspensive ou résolutoire.

Ces deux types de clauses, bien que similaires dans leur esprit, agissent différemment sur le contrat. Par les clauses suspensives, les parties décident de subordonner leur contrat au respect d'une obligation désignée comme telle dans ledit contrat. Ainsi, l'obligation ne naît que si la condition suspensive se réalise. Plus précisément, tant que la condition est pendante, le contrat est suspendu. Il existe, sans toutefois produire tous ses effets : les parties demeurent

¹⁷⁸⁰ F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, préc., n° 1218. V. aussi V. notamment, J.-J. TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques. Contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle*, thèse Lille, 1977 ; M. DEROUIN, « Pour une analyse fonctionnelle de la condition », *RTD Civ.* 1978, p. 1.

¹⁷⁸¹ F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, préc., n° 1218.

liées l'une à l'autre, mais ne peuvent tirer aucun profit du contrat. En revanche, une fois la condition accomplie, le contrat est réputé rétroactivement avoir été pleinement efficace dès le moment de sa conclusion.

A l'inverse, dans le cas de la clause résolutoire, le contrat produit tous ses effets jusqu'au moment où la condition résolutoire se réalise. Autrement dit, l'obligation existe tant que la condition n'intervient pas. La clause influe sur le contrat, en ce que « le droit du débiteur qui a exécuté son obligation n'est pas irrémédiablement éteint et que le droit du créancier n'est pas définitivement acquis »¹⁷⁸².

De telles clauses sont parfaitement envisageables dans les transactions administratives. Naturellement, en leur sein, elles prennent une portée toute particulière compte tenu de la nature elle-même particulière de ces contrats. En effet, ces clauses qui se focalisent sur la réalisation d'une condition d'un événement, d'un fait, vont dans le cadre d'une transaction, conditionner l'extinction du litige.

Les clauses suspensives sont assez fréquentes. Souvent, l'une des parties conditionne son désistement d'instance à l'exécution de ses obligations transactionnelles — de nature financière, en général — par l'autre partie. On sait qu'en principe, l'effet extinctif des transactions existe indépendamment des obligations mises à la charge des parties et plus encore de leur réalisation. Sauf volonté contraire des parties, la conclusion d'une transaction a pour effet d'éteindre *ipso facto* le litige. Il leur est loisible, en effet, de faire de l'exécution des obligations de l'une des parties une condition de l'effet extinctif. La condition réside, parfois aussi, dans l'homologation du contrat par le juge. Mais, c'est là une condition exorbitante, qui ne lie en rien le juge, que ce soit au stade de la recevabilité de la demande ou de l'octroi de l'homologation. Sollicitée en dehors de toute instance, l'homologation n'est acceptée qu'à titre exceptionnel, dans des hypothèses particulières : « 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 contestation d'une illégalité qui ne peuvent donner lieu à une régularisation ou lorsque son exécution se heurte à des difficultés particulières », prévoit l'avis *L'Hajj-les-Roses*. Dans le même avis, le Conseil d'Etat prend soin de rappeler que les parties sont tenues d'exécuter leurs obligations transactionnelles sans nécessité d'une homologation. Cela revient donc, pour les parties, à conditionner leur transaction à un acte, en principe, fermé. C'est profondément méconnaître le mécanisme de l'homologation, qui parce qu'il est superflu

¹⁷⁸² *Ibid*, n° 1234.

s'agissant de la force des transactions, est rarement octroyé. L'insertion d'une telle condition dans les transactions conclues en cours d'instance présente moins de difficulté, dans la mesure où la recevabilité des demandes d'homologation est plus volontiers acceptée¹⁷⁸³.

Plusieurs précisions quant au régime juridique de ces clauses doivent être apportées. Il apparaît tout d'abord que « la condition étant l'œuvre de la volonté des parties, son existence même, sa preuve, son interprétation sont régies par le droit commun des contrats »¹⁷⁸⁴. Nul besoin d'ajouter que, compte tenu des effets des clauses conditionnelles, il est préférable que les parties veillent à en soigner tout particulièrement la rédaction, y compris, si nécessaire, en introduisant des délais précis. De même, aussitôt l'évènement réalisé, la condition est elle aussi réputée accomplie. Aucun acte positif de la part des parties n'est nécessaire : « la condition produit son effet de plein droit et automatiquement »¹⁷⁸⁵. Par exemple, l'accomplissement de l'exécution de ses obligations financières par l'une des parties, condition du désistement d'instance par l'autre, suffit à faire de ce désistement un droit, sans qu'il faille encore adresser à l'intéressé une mise en demeure pour l'obtenir. Par ailleurs, en présence d'une telle clause, les parties devront veiller à se comporter loyalement, c'est-à-dire à ne pas entraver le cours normal des choses et laisser la condition s'accomplir ou non comme elle le doit. Il ne saurait être question pour elles de revenir sur leurs engagements en déclenchant ou repoussant la réalisation de la condition. L'article 1178 du Code civil dispose, à cet égard, que « la condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement ». Plus généralement, l'exigence d'un comportement loyal, si elle a été consacrée dans le contentieux contractuel, par l'arrêt *Commune de Béziers* de 2009, doit aussi trouver dans la formation et dans l'exécution des contrats un terrain d'application¹⁷⁸⁶.

La sécurité que ces clauses offrent aux parties n'est toutefois pas absolue. Plus précisément, plusieurs éléments sont susceptibles d'être contestés : le principe même des clauses, leur validité, la régularité de leur mise en œuvre ou encore la réalité des manquements imputés à la partie réputée défaillante et à l'égard de laquelle elles ont été mises en œuvre. Il faut ici préciser que la clause résolutoire présentant un caractère automatique, les

¹⁷⁸³ Sur la question de l'homologation, v. p. 285 et s.

¹⁷⁸⁴ F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, préc., n° 1225.

¹⁷⁸⁵ *Ibid*, n° 1228.

¹⁷⁸⁶ Sur la question de la loyauté dans la formation et l'exécution des transactions administratives, v. respectivement, partie I, titre II, chapitre I, section II, p. 196 et s. et partie I, titre II, chapitre II, section II, p. 278 et s.

pouvoirs du juge se limitent au contrôle du caractère proportionné des mesures comprises par ces clauses — ni dérisoire, ni excessif — et à celui de la mise en œuvre de la résolution, c'est-à-dire à la réalité du manquement invoqué. Pour le reste, le juge n'a pas le pouvoir de prononcer lui-même la résolution du contrat, ni d'apprécier la proportionnalité exacte de la résolution au regard du manquement. C'est du moins ce que juge la Cour de cassation¹⁷⁸⁷. Le juge administratif, de son côté, n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur la question, mais compte tenu des rapports égalitaires qu'instaure entre les parties la transaction administrative, rien ne fait obstacle à l'extension de la solution judiciaire à ce contrat.

Il est aussi un autre type de clauses tendant à la réorganisation des rapports contractuels dans le cas où un évènement précisément désigné par les parties se produirait, et que l'on pourrait qualifier de clauses substitutives. La transaction conclue entre la communauté d'agglomération Sarreguemines Confluences et la société Krupp Hazemag en fournit un exemple intéressant. Le Conseil d'Etat constatait qu'« en vertu de cet accord, la communauté d'agglomération [...] accepte notamment de renoncer à la moitié de la créance qu'elle détient sur la société Krupp Hazemag compte tenu de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Nancy, en échange de l'engagement de cette société de maintenir une moyenne de 80 salariés au moins sur le site de Sarreguemines entre 2006 et 2011, ou, à défaut, de verser à la communauté d'agglomération une somme de 100 000 euros par année où cette moyenne ne serait pas atteinte »¹⁷⁸⁸.

Il ne s'agit pas ici de conditionner le commencement d'exécution — clause suspensive — ou l'achèvement du contrat — clause résolutoire —, mais de laisser le contrat dans l'ordonnement juridique, en adaptant les obligations de chaque partie pour tenir compte de l'évènement en question. Le contrat est maintenu et les obligations réajustées selon la volonté des parties, telle qu'exprimée auparavant. Aussi peut-on parler de clauses substitutives qui font parties des clauses dites conditionnelles, dans la mesure où le réajustement des obligations des parties est conditionné à la réalisation d'un évènement désigné expressément comme tel par les parties. Sous l'effet de sa survenance, les obligations sont automatiquement modifiées, de sorte que chaque partie conserve un intérêt au maintien du lien contractuel. Dans la transaction évoquée, les parties ont prévu que de nouvelles obligations — le versement d'une somme d'argent, déterminée pour chaque année de

¹⁷⁸⁷ B. POUmarede, P. LE TOURNEAU, « Responsabilité délictuelle et inexécution contractuelle », *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, n° 1237.

¹⁷⁸⁸ CE, Ass., 11 juillet 2008, *Sté Krupp Hazemag*, préc.

manquement — viendraient se substituer aux obligations initiales de la société qui n'auraient pas été exécutées — l'emploi de 80 salariés au moins pendant une période de cinq ans.

En tout état de cause, ces clauses, pour être valables, doivent respecter l'ordre public, et notamment satisfaire les interdictions posées par les arrêts *Mergui* et *SA Entreprise Renaudin*¹⁷⁸⁹. Elles seront arrêtées par les parties lors de la conclusion du contrat, ou du moins avant l'apparition de l'évènement en question. Clause conditionnelle, leur mise en œuvre est automatique, sans nécessiter de mesure particulière. Toutefois, par précaution, il est préférable de procéder à une mise en demeure ou à un procès verbal, afin de constater la survenance de l'évènement et de rappeler à chacun ses nouvelles obligations.

L'intérêt évident de ce type de clauses pour la sécurité juridique ne doit pas faire oublier qu'elles rencontrent une double limite : elles peuvent faire l'objet d'une contestation juridictionnelle, aussi bien à propos de leur légalité que de leur mise en œuvre¹⁷⁹⁰, et l'exécution des nouvelles obligations reposent sur la bonne volonté des parties.

Ainsi, toutes ces clauses permettent aux parties à une transaction administrative de maîtriser le cours de leur contrat, sans garantie absolue en ce sens cependant. En effet, leur portée étant tributaire de leur mode de formation, rien n'assure que ces clauses, fruits d'un accord de volontés, protégeront les parties de toutes difficultés supplémentaires — liées à leur propre mise en œuvre —, voire d'un contentieux. Il faut signaler, en outre, que sur le terrain de la responsabilité, l'équivalent de ces clauses existe aussi.

B. La sanction et la réparation des manquements aux obligations contractuelles

Le droit offre aux parties la possibilité d'arrêter à l'avance les modalités de sanction et de réparation des conséquences dommageables causées par une mauvaise exécution ou une inexécution du contrat. C'est surtout de garanties financières qu'il est question. Elles sont organisées à l'avance par des clauses insérées dans le contrat : les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité (a) et la clause pénale (b), qui, résultant toutes d'un accord de volontés, sont susceptibles d'être remises en cause.

¹⁷⁸⁹ Sur l'ordre public dans la détermination des obligations transactionnelles en droit administratif, v. *Supra*, partie II, titre II, chapitre II, section II, p. 438 et s.

¹⁷⁹⁰ V. sur ce point, P. DELVOLVE, « Contrats publics et sécurité juridique », in *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, préc., p. 337.

a. Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité

Dans la lignée du juge judiciaire, le juge administratif a admis, sur le fondement du principe de la liberté contractuelle, la licéité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Les parties sont ainsi autorisées à concevoir selon leur convenance les modalités de leur responsabilité contractuelle mutuelle. Plus précisément, les clauses limitatives de responsabilité permettent aux intéressés de répartir la charge des risques entre les contractants et de fixer un plafond à l'indemnité due¹⁷⁹¹. Les clauses exonératoires de responsabilité, appelées encore clauses de non responsabilité ou d'irresponsabilité, ont, quant à elles, pour effet de supprimer à l'avance tout engagement de responsabilité. Il reste à déterminer les incidences que peuvent avoir ces clauses dans une transaction administrative.

Naturellement, plusieurs considérations relatives aux personnes publiques en cause, ainsi qu'aux types de contrat et à la nature des fautes en jeu, conditionnent la légalité de ces clauses.

Tout d'abord, il apparaît qu'elles sont soumises à des limitations légales et jurisprudentielles. « Sont illégales, en vertu de l'article 16 de la loi du 23 décembre 1972 — successivement codifié à l'article L. 316-2 du Code des communes, puis aux articles L. 2131-10, L. 3132-4 et L. 4142-4 du Code général des collectivités territoriales — les décisions et délibérations par lesquelles les collectivités locales renoncent soit directement, soit par une clause contractuelle, à exercer toute action en responsabilité à l'égard de toute personne physique ou morale qu'elles rémunèrent sous quelque forme que ce soit ». La doctrine signale que le Conseil d'Etat interprète largement cette disposition, en l'appliquant aux communes, mais aussi à leurs groupements, et surtout à l'égard de tout type de responsabilité, dont la responsabilité contractuelle¹⁷⁹². De même, l'article 1792-5 du Code civil, issu de la loi du 4 janvier 1978 prévoit que « toute clause d'un contrat qui a pour objet soit d'exclure ou de limiter la responsabilité prévue aux articles 1792, 1792-1 et 1792-2 [...] est réputée non écrite ». Une clause d'exonération de la garantie décennale souscrite par un maître de l'ouvrage privé au profit de l'Etat est ainsi regardée comme non écrite, comme l'a confirmé la jurisprudence¹⁷⁹³. *A fortiori*, la validité des clauses seulement limitatives de

¹⁷⁹¹ V. plus précisément, P. TERNEYRE, « Responsabilité contractuelle », fasc. préc., n° 138 à 144.

¹⁷⁹² P. TERNEYRE, « Responsabilité contractuelle », fasc. préc., n° 134.

¹⁷⁹³ *Ibid*, n° 136.

responsabilité a été admise. Ainsi, parmi ces réserves, les clauses aménageant la responsabilité des parties à une transaction ont une place dans ce type de contrat.

De même, il faut exclure certaines catégories de faute, dès lors qu'aucune de ces clauses ne trouve valablement à s'appliquer en cas de faute lourde¹⁷⁹⁴, de dol¹⁷⁹⁵ et de fraude de la part de celui qu'elles avaient vocation à protéger. La solution est commune au droit privé et au droit public¹⁷⁹⁶.

S'agissant toujours de la validité de ces clauses, il importe qu'elles traduisent véritablement la volonté expresse et claire des parties contractantes, condition pour que le juge admette leur licéité. Enfin, elles font l'objet d'une interprétation stricte de la part du juge et des parties.

En effet, le juge peut être saisi d'une requête par laquelle l'une des parties conteste la teneur des clauses qu'elle juge dérisoire ou excessive. Dans ces deux hypothèses, effectivement, le juge a le pouvoir de revenir sur ces clauses. Il en est de même s'agissant de la clause pénale, qui, elle aussi, permet aux parties d'organiser à l'avance les modalités de leur responsabilité contractuelle, si celle-ci venait à être engagée.

b. La clause pénale

L'article 2047 du Code civil dispose qu'on peut « ajouter à une transaction la stipulation d'une peine contre celui qui manquera de l'exécuter ». C'est là une disposition expresse pour la transaction qui fait écho à l'article 1226 du même Code, définissant la clause pénale comme « celle par laquelle une personne pour assurer l'exécution d'une convention s'engage à quelque chose en cas d'inexécution ». L'article 1229 précise encore que cette clause est « la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution principale ». Ces clauses « remplissent une fonction conventionnelle de substitution à la responsabilité ordinaire », explique P. Terneyre¹⁷⁹⁷. Elles sont convenues à l'avance, présentent un caractère forfaitaire et sont envisagées comme un dédommagement, en cas d'inexécution des obligations contractuelles. Les contrats de concession et les marchés

¹⁷⁹⁴ La faute lourde consiste, par exemple, dans le manquement en une obligation essentielle du contrat. V. CE, 9 mars 1977, *CCI de Douai, Leb. T.*, p. 897.

¹⁷⁹⁵ « La faute dolosive, c'est le refus délibéré d'exécuter le contrat sans qu'il y ait, pour autant, intention de nuire », B. POUmarede, P. LE TOURNEAU, « Responsabilité délictuelle et inexécution contractuelle », préc., n° 1177.

¹⁷⁹⁶ P. TERNEYRE, « Responsabilité contractuelle », fasc. préc., n° 145.

¹⁷⁹⁷ *Ibid.*, n° 200.

publics en contiennent fréquemment¹⁷⁹⁸. Il faut ajouter que « comme en matière de clause limitative de responsabilité, la réparation appropriée, dite intégrale, peut être obtenue malgré la clause pénale, lorsque le dommage résulte d'une faute lourde ou dolosive du débiteur »¹⁷⁹⁹.

Le caractère forfaitaire de ces clauses fait pleinement partie de leur définition, que ce soit pour le Conseil d'Etat¹⁸⁰⁰ ou pour la Cour de cassation¹⁸⁰¹. C'est là, du reste, que réside tout leur intérêt. Il permet non seulement de déterminer à l'avance les modalités de la réparation, et représente un moyen de pression pour les parties. Ces clauses ont donc une double finalité : une finalité réparatrice à titre principal et une autre comminatoire à titre secondaire.

Sur le terrain de la réparation, la clause pénale évite au créancier, en particulier, d'avoir à établir la réalité du préjudice, et aux parties, en général, d'avoir à évaluer les dommages et intérêts. En y recourant, les parties ne cherchent pas tant à procéder à une indemnisation exacte du préjudice, qu'à faire l'économie d'un contentieux devant le juge, dans le cas où une difficulté d'exécution causerait un préjudice à l'une d'elles, voire aux deux.

La clause pénale sert aussi de moyen de pression entre les parties, puisqu'en fixant un certain montant au titre des dommages et intérêts, elles vont tâcher d'éviter toute inexécution du contrat.

En l'occurrence la clause pénale est susceptible de concerner aussi bien l'exécution des obligations contenues dans la transaction que son effet extinctif. Ainsi, si l'une des parties saisit le juge, malgré la conclusion d'une transaction, la clause pénale trouvera à s'appliquer. Il faudra toutefois attendre la décision du juge, afin de s'assurer que la requête ne portait pas sur un élément non traité par la transaction. On sait que l'effet extinctif attaché à ce contrat est immédiat, et qu'il s'impose au juge saisi — antérieurement ou postérieurement à la conclusion du contrat —, qui ne pourra donc que prononcer un non-lieu à statuer, faute de désistement du requérant¹⁸⁰². La clause pénale constitue, pour les parties, une garantie de ce qu'aucune d'elles ne sera tentée de relancer fallacieusement le litige, contraignant l'autre à des actes contentieux en vue d'informer le juge de l'accord trouvé. S'il apparaît qu'effectivement, la

¹⁷⁹⁸ *Ibid*, n° 417-418.

¹⁷⁹⁹ B. POUMAREDE, P. LE TOURNEAU, « Responsabilité délictuelle et inexécution contractuelle », préc., n° 1213.

¹⁸⁰⁰ *Ibid*, n° 412.

¹⁸⁰¹ Civ., 1^e, 10 octobre 1995, cité par B. POUMAREDE, P. LE TOURNEAU, « Responsabilité délictuelle et inexécution contractuelle », préc., n° 1211.

¹⁸⁰² V. sur ce point, partie I, titre II, chapitre I, section I, § II, p. 241 et s.

requête portait sur les éléments litigieux éteints par la transaction, la peine arrêtée forfaitairement par le contrat sera pleinement due.

Quand la clause pénale concerne les concessions réciproques, elle ne présente guère de difficultés, la particularité résidant seulement dans le fait qu'il appartient au créancier de demander la pénalité. Il peut aussi préférer poursuivre l'exécution en nature de l'obligation principale, si elle est possible¹⁸⁰³. Quoi qu'il en soit, une mise en demeure préalable de la partie défaillante est nécessaire.

Par ailleurs, le montant des pénalités dépend entièrement de ce qui a été arrêté dans le contrat. C'est donc lui qu'il faut considérer pour déterminer l'assiette sur laquelle elles doivent être calculées¹⁸⁰⁴. Les parties seront tenues par lui. Il ne saurait donc varier selon l'importance réelle du préjudice subi¹⁸⁰⁵, sauf accord des parties¹⁸⁰⁶. Elles pourront aussi le contester devant le juge étatique.

A cet égard, l'article 1152 du Code civil autorise le juge à modifier le montant des pénalités, s'il est dérisoire ou excessif. Le Conseil d'Etat a accepté d'appliquer cette disposition¹⁸⁰⁷. Il faut ajouter qu'en cas de contestation, le juge n'a d'autres interdictions que celles de réduire la pénalité à une somme inférieure au préjudice subi ou de l'augmenter, et de l'annuler. Pour le reste, il est libre d'arrêter un autre montant qui ne correspond pas nécessairement au préjudice réellement subi¹⁸⁰⁸. En effet, même modifiée, la pénalité conserve son caractère d'indemnité conventionnelle. Il s'agit bien d'une peine privée contractuelle, placée sous le contrôle modérateur du juge.

Naturellement, tous ces mécanismes n'ont de valeur que parce qu'ils reposent sur la liberté contractuelle des parties au contrat. Rien du reste ne les oblige à insérer de telles prévisions. Dans le cas où elles n'y auraient pas procédé, ou alors de manière insuffisante — le désordre qui survient ne fait pas partie de ceux qui avaient été envisagés, par exemple —, elles disposent de la possibilité de négocier de nouvelles clauses.

¹⁸⁰³ C. Civil, art. 1228.

¹⁸⁰⁴ CE, 11 juin 1975, *Sté Jean Franzetti et fils*, *Leb.*, p. 349.

¹⁸⁰⁵ CE, 21 novembre 1934, *Dupont*, *Leb.*, p. 1085.

¹⁸⁰⁶ V. sur ce point, P. TERNEYRE, « Responsabilité contractuelle », préc., n° 201 et s.

¹⁸⁰⁷ CE, 29 décembre 2008, *OPHLM de Puteaux*, N° 296930. Plus généralement, v. P. TERNEYRE, « Responsabilité contractuelle », fasc. préc., n° 204.

¹⁸⁰⁸ V. plus généralement, P. TERNEYRE, « Responsabilité contractuelle », préc., n° 202.

§II. LES SOLUTIONS ARRETEES APRES LA CONCLUSION DE LA TRANSACTION

En cas de manquement aux obligations contractuelles ou de difficultés d'exécution — liées à des divergences d'interprétation, par exemple —, les parties ne sont pas démunies et contraintes de se tourner uniquement vers le juge étatique, avec tout ce que cela implique en coût et en temps de procédure. D'autres solutions existent, qu'il est possible de classer selon leur finalité. Certaines s'intéressent au sort du lien contractuel (A), quand d'autres concernent le règlement indemnitaire des dommages causés par ces difficultés d'exécution et inexécutions (B), tous pouvant éventuellement se cumuler.

A. Les solutions concernant la vie du contrat

Les relations contractuelles ne sont pas figées. Mais quelle que soit la solution choisie par les parties pour faire face aux difficultés d'exécution, voire aux défauts d'exécution des obligations contractuelles, il importe qu'elle respecte la nature juridique des transactions administratives, c'est-à-dire celle d'un accord de volontés destiné à régler un litige. Les parties doivent donc procéder à des discussions égalitaires que ce soit pour maintenir le contrat (a) ou pour le révoquer (b).

a. Le maintien de la transaction administrative

Une nouvelle distinction s'impose parmi les solutions, qui, tout en maintenant le lien contractuel, permettent de dépasser les difficultés et défauts d'exécution. Il y a celles qui provoquent l'exécution en l'état du contrat (1), et celles qui en favorisent l'exécution en le faisant évoluer (2).

1. Provoquer l'exécution de la transaction : l'exception d'inexécution

L'exception d'inexécution est intimement liée aux contrats synallagmatiques. Nul besoin de la prévoir dans le contrat pour la mettre en œuvre, puisqu'elle est « le droit qu'a

chaque partie à un contrat de refuser d'exécuter la prestation à laquelle elle est tenue tant qu'elle n'a pas reçu la prestation qui lui est due »¹⁸⁰⁹. Les contrats synallagmatiques créent des obligations réciproques et interdépendantes entre les parties, qui se trouvent donc simultanément créancières et débitrices l'une à l'égard de l'autre. Aussi, dans les relations contractuelles de droit privé, il est admis que lorsque l'une n'exécute pas ses obligations, l'autre est en droit de lui opposer l'exception d'inexécution. Cette solution résulte du caractère réciproque des obligations, la prestation de l'une étant la cause de la prestation de l'autre. Il y a une « idée de contrepartie et de liens indissolubles entre les sacrifices consentis par les intervenants »¹⁸¹⁰. Le contrat ne sera pas résolu, mais seulement suspendu dans ses effets, créant une situation provisoire à laquelle il est mis un terme par l'exécution du contrat ou sa résolution définitive pour inexécution.

L'intérêt est double : non seulement, le cocontractant se prémunit contre une inexécution unilatérale du contrat, qui pourrait lui être défavorable, mais en outre, il pousse l'autre partie à exécuter ses obligations. A ce titre, l'exception d'inexécution constitue un « moyen de pression »¹⁸¹¹, qui favorise l'exécution du contrat. Les auteurs signalent encore que ce mécanisme est une « voie de justice privée », dans la mesure où la partie créancière l'invoque de son propre chef, sans qu'aucune intervention du juge étatique ne soit nécessaire¹⁸¹². Celui-ci pourra, cependant, être saisi *a posteriori*, en cas de contestation du bien-fondé de l'exception d'inexécution par la partie visée. Il lui faudra alors contrôler la régularité de son exercice.

L'admission d'un tel mécanisme au profit des contrats administratifs n'est pas évidente. On sait que l'intérêt général auquel ces contrats participent justifie parfois l'application de règles spéciales par rapport aux relations contractuelles de droit privé. En l'occurrence, le cocontractant, malgré l'inexécution par l'administration de ses obligations, n'est pas autorisé à la lui opposer¹⁸¹³. Il est tenu de réaliser ses obligations, sous peine de

¹⁸⁰⁹ F. TERRE, Y. LEQUETTE, P. SIMLER, *Droit civil, les obligations*, préc., n° 630.

¹⁸¹⁰ F. JULIENNE, « Transaction, notion », fasc. préc., n° 42.

¹⁸¹¹ *Ibid.*

¹⁸¹² F. TERRE, Y. LEQUETTE, P. SIMLER, *Droit civil, les obligations*, préc., n° 630.

¹⁸¹³ F. Llorens relève, toutefois, des hypothèses propres aux marchés de travaux, dans lesquelles l'exception d'inexécution peut être valablement invoquée à l'encontre de l'administration : quand l'obligation d'exécuter strictement le contrat aurait pour conséquence, soit de bouleverser la situation du cocontractant, soit de compromettre la bonne exécution de l'ouvrage, F. LLORENS, *Contrat d'entreprise et marchés de travaux publics, contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif*, préc., p. 433.

commettre lui-même une faute¹⁸¹⁴. Le cocontractant n'aura d'autres choix que d'exécuter le contrat, en étant indemnisé des manquements de l'administration, ou de faire prononcer la résiliation par le juge, si la gravité de la situation le justifie¹⁸¹⁵. Le principe n'est pas symétrique, puisqu'à l'inverse, les fautes du cocontractant autorisent l'administration à se soustraire à ses obligations¹⁸¹⁶.

Ce refus d'admettre l'exception d'inexécution à l'encontre de l'administration s'explique par le souci d'assurer la continuité du service public. *A contrario*, rien ne fait obstacle à la mise en œuvre de ce mécanisme dans un contrat sans lien avec le service public. Si l'une des parties manque à ses obligations, il ne sera pas alors contraire à l'intérêt général que de permettre à son cocontractant de suspendre l'exécution des siennes. En outre, comme le signalait P. Terneyre, admettre l'exception d'inexécution dans les cas qui ne mettent en cause ni la continuité du service public, ni les besoins de la collectivité, « permettrait d'adresser un signal fort aux opérateurs économiques qui contractent avec l'administration [...] »¹⁸¹⁷. L'exception d'inexécution semble donc pouvoir être admise, alors même que les parties n'auraient pas inséré une clause spécifique en ce sens comme c'est parfois le cas¹⁸¹⁸. C'est la solution que le Conseil d'Etat a eu très tôt l'occasion de consacrer¹⁸¹⁹, ainsi que la Cour de cassation, s'agissant des transactions privées¹⁸²⁰.

Dès lors que les parties ont conclu une transaction aux termes de laquelle elles ont toutes deux consenti à des concessions et renoncé à exercer leur droit d'agir en justice, et que l'une d'elles n'exécute pas ses obligations, l'autre sera en mesure d'invoquer l'exception d'inexécution.

En revanche, la question est plus délicate, lorsque les parties n'ont eu à régler qu'un seul chef de préjudice. L'une des parties accorde des concessions, l'autre se contentant de renoncer à son droit d'agir en justice. De tels accords de volontés, si le litige relève en outre de la compétence de la juridiction administrative, sont bien qualifiés de transactions administratives par la jurisprudence¹⁸²¹. Le cocontractant, qui s'est seulement engagé à ne pas agir en justice, peut-il dans le cas où l'autre partie n'exécuterait pas ses obligations, saisir le

¹⁸¹⁴ CE, 7 janvier 1976, *Ville d'Amiens, Leb.*, p. 11.

¹⁸¹⁵ V. L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, préc., n° 510.

¹⁸¹⁶ CE, 27 mars 1957, *Carsalade, Leb.*, p. 216.

¹⁸¹⁷ P. TERNEYRE, « Plaidoyer pour l'exception d'inexécution dans les contrats administratifs », in *Juger l'administration, administrer la justice : mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Paris, Dalloz, 2007, p. 806.

¹⁸¹⁸ V. à titre d'exemple, CAA Paris, 12 juillet 2010, *Société Laine Delau*, N° 08PA04000.

¹⁸¹⁹ CE, 20 janvier 1899, *Compagnie franco-algérienne, Leb.*, p. 43.

¹⁸²⁰ V. sur ce point, P. CHAUVEL, « Transaction », fasc. préc., n° 516.

¹⁸²¹ V. *Supra*, partie I, titre I, chapitre II, section II, pp. 149-150.

juge ? La partie défaillante invoquerait alors l'existence d'une transaction, ce à quoi il serait fait valoir en réponse l'exception d'inexécution par l'autre. En pratique, un tel scénario ne semble pas s'être présenté devant le juge administratif ; en théorie, il ne serait guère logique de l'admettre. Les droits litigieux et consécutivement le droit d'agir en justice pour les défendre, sont éteints par la conclusion d'une transaction administrative impliquant par ailleurs des concessions réciproques. Extinction du litige et concessions réciproques sont donc indépendantes l'une de l'autre. La première fait de la transaction un mode alternatif de règlement des litiges, et les secondes, un mode amiable de règlement des litiges, fondé sur le dialogue et la concession, sans que cela conditionne l'extinction du litige. Objet du contrat et obligations doivent donc être distingués. Aussi, si une partie manque, par exemple, à son obligation transactionnelle de réparer un préjudice, l'autre ne sera pas pour autant recevable à agir en justice. Il faut naturellement réserver l'hypothèse dans laquelle le désistement d'instance est conditionné par l'exécution des obligations dans un certain délai.

Ainsi, si l'exception d'inexécution doit être admise s'agissant des transactions administratives, elle ne saurait avoir pour effet de faire renaître le litige et consécutivement, le droit de saisir le juge. Elle ne concerne que les obligations prévues par les parties dans le contrat, et non la renonciation à l'exercice du droit d'agir en justice, inhérente à toute transaction. Le non-respect de ses obligations par l'une des parties ou les deux ne donne droit à l'autre qu'à solliciter du juge administratif la condamnation de la partie défaillante pour inexécution du contrat¹⁸²².

Bien qu'inhérente aux contrats synallagmatiques, l'exception d'inexécution est mise en œuvre de manière unilatérale, sans nécessiter un quelconque accord de volontés. Ce n'est évidemment pas le cas de la modification conventionnelle du contrat.

2. Faire évoluer la transaction : la modification conventionnelle

Les parties soucieuses de ne pas relancer un litige qu'elles ont clôturé, conservent la possibilité, par un accord de volontés, d'adapter la transaction administrative de manière à ce qu'elle réponde aux difficultés survenues. Pour ce faire, elles vont procéder à une modification de leur contrat, c'est-à-dire à « un changement voulu par les parties dans

¹⁸²² CE, 28 janvier 1994, *Société Raymond Camus et cie, Dr. Adm.*, n° 128, *LPA* 30 novembre 1994, p. 27, *D.*, 1995, *SC*, p. 15.

l'exécution du contrat sans altération de son économie », et qui « porte sur l'exécution du contrat sans remise en cause des conditions de son existence et sans emporter destruction du contrat »¹⁸²³. H. Hoepffner signale aussi que la modification renvoie à des éléments très divers : « le plus souvent, elle permet d'adapter le contrat aux circonstances économiques, technologiques ou monétaires, c'est-à-dire à des faits extérieurs aux parties, lorsque son exécution s'étend dans la durée. Elle peut également permettre de prendre en compte les évolutions imputables à la volonté des parties [...] »¹⁸²⁴. Ainsi, « permettant de rectifier les imperfections du contrat initial, elle apparaît comme un gage de sa bonne exécution »¹⁸²⁵.

Les personnes publiques parties à un contrat administratif disposent d'un pouvoir de modification unilatéral des clauses non financières du contrat, sous réserve d'une indemnisation du préjudice en résultant pour le cocontractant¹⁸²⁶. S'il est qualifié de « règle générale applicables aux contrats administratifs », ce pouvoir ne concerne pas tout contrat administratif. Son fondement marque aussi sa limite, puisqu'il est lié à l'organisation du service public¹⁸²⁷, ce qui exclut nécessairement de son champ les contrats sans lien direct avec le service public comme les transactions administratives. Un tel pouvoir n'a donc pas lieu d'être mis en œuvre à l'égard de ce type particulier de contrats. D'autant plus que les transactions mettent face à face et à égalité des parties en litige. C'est donc bien de la modification conventionnelle qu'il est question, ici, et non de la modification unilatérale.

Le droit français reconnaît, en effet, aux parties le droit de modifier elles-mêmes leur contrat, à condition de s'accorder non seulement sur l'objet de la modification, mais aussi sur sa teneur et son étendue. Plus précisément, c'est par un avenant que les parties vont agir. Celui-ci est tributaire de la nature du contrat en cause. Ainsi, la modification des contrats soumis à une procédure de passation particulière est assez encadrée, à l'instar des marchés publics, qui répondent à des procédures de publicité et de mise en concurrence. Il ne faudrait pas, en effet, qu'une liberté totale de conclusion des avenants « [rende] inutiles les procédures de publicité et de mise en concurrence »¹⁸²⁸. En revanche, pour les autres contrats, « la conclusion d'une convention modificatrice ne pose aucun problème : nul principe de

¹⁸²³ S. PONS, « Réflexions sur la modification d'un élément essentiel du contrat par les parties », *LPA* 8 avril 2008, n° 71, p. 8.

¹⁸²⁴ H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 260, 2009, n° 8.

¹⁸²⁵ *Ibid.*

¹⁸²⁶ CE, 2 février 1983, *Union des transports publics*, *RDP* 1984, p. 212, note M. Auby.

¹⁸²⁷ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, préc., n° 483.

¹⁸²⁸ *Ibid.*, n° 453.

parallélisme des formes et procédures, nul risque de fraude, n'imposent de limiter la liberté de passer des avenants »¹⁸²⁹. Cela ne signifie pas, à l'inverse, que cette modification puisse intervenir dans n'importe quelles conditions. Un encadrement, même modeste, s'impose.

Si leurs objets sont potentiellement divers, de la réalisation de prestations supplémentaires, à la modification de la durée du contrat, etc., les modifications doivent nécessairement s'inscrire dans la continuité du contrat initial. Sont ainsi illégaux les avenants qui contiennent en réalité de nouveaux contrats. Pour les distinguer, A. Ghozi propose le critère de la « fongibilité » : « l'avenant, explique-t-il, doit être apte à satisfaire à la fois les intérêts des parties et à permettre la réalisation du but de la convention originaire. Sinon, la fongibilité [entre l'avenant et le contrat modifié donc] est imparfaite, elle provoque l'échec de la modification et sa dégénérescence, soit en novation, soit en *mutuus dissensus*, suivie de la création d'une nouvelle obligation »¹⁸³⁰. Pour être valable, l'avenant à une transaction administrative doit véritablement considérer le litige réglé. Il ne doit pas s'agir, pour les parties, de profiter de l'avenant pour aménager leurs relations contractuelles au-delà du litige en question, en réglant un autre litige, par exemple. La transaction comme l'avenant doivent n'avoir comme objectif que de terminer le litige défini par les parties. Serait, par exemple, illégal un avenant à une transaction initialement conclue pour mettre fin au litige né de l'annulation d'un marché public illégal, et aux termes duquel la collectivité s'engagerait à passer commande auprès de l'entreprise ou bien à lui verser une somme excessive au regard du préjudice afin de la sauver de la faillite. Serait également illégal un avenant portant sur l'indemnisation d'un tout autre préjudice que celui qui avait donné naissance au litige que la transaction visait à régler. Dans toutes ces hypothèses, la fongibilité ferait inmanquablement défaut. En revanche, un avenant est tout désigné pour modifier la clause litigieuse d'une transaction, parce que trop générale ou devenue inadaptée du fait des circonstances nouvelles. Dans certains cas, en effet, il peut être avantageux pour les deux parties d'accepter une évolution de la transaction.

De manière générale, il va de soi que les avenants doivent être conformes à l'ordre public. Les règles en la matière sont celles qui régissent la conclusion des transactions administratives elles-mêmes. A titre d'exemple, les parties ne sauraient ajouter dans leur contrat des concessions qui cumulées à celles déjà prévues reviendraient à violer l'interdiction pour les personnes publiques de payer des sommes qu'elles ne doivent pas.

¹⁸²⁹ *Ibid.*

¹⁸³⁰ A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 166, 1980, n° 113.

En conclusion, la modification conventionnelle ne doit ni bouleverser l'objet des transactions, ni violer l'ordre public. Elle est, en revanche, toute désignée pour revoir les modalités d'exécution des obligations — les échelonner dans le temps, par exemple —, préciser le contenu du contrat, introduire une concession qui fait défaut, etc.

Enfin, on ne saurait omettre le principe de loyauté, qui formellement consacré par le Conseil d'Etat à propos du contentieux de la formation des contrats administratifs, domine tout le régime des contrats¹⁸³¹, y compris l'opération de modification des contrats. Cela correspond aux conclusions d'H. Hoepffner, pour qui, les modifications doivent intervenir pour et dans le respect de la loyauté contractuelle¹⁸³².

Se pose la question du type de transactions administratives susceptibles de faire l'objet d'une modification. Il faut ici faire intervenir le parallélisme des formes : ce que les parties ont arrêté aux termes d'un accord de volontés peut être modifié par elles par un nouvel accord de volontés. Admettre la modification des transactions simples, c'est-à-dire non homologuées, ne soulève aucune difficulté. Etant donné que « la transaction n'a qu'une nature conventionnelle et n'a pas été homologuée, on ne voit pas ce qui s'y oppose [à sa modification par les parties] : la transaction est un contrat, et comme tout contrat, elle peut être modifiée », résume B. Fages¹⁸³³.

Qu'en est-il des transactions homologuées ? On sait que l'homologation consiste pour le juge, après contrôle, à conférer la force exécutoire des décisions de justice à des actes qui par eux-mêmes ne l'ont pas¹⁸³⁴. En outre, l'homologation est accordée au regard des caractéristiques particulières d'un acte et selon certaines conditions : « le juge vérifie que les parties consentent effectivement à 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 », précise le Conseil d'Etat dans l'avis *L'Hay-les-Roses*¹⁸³⁵. Il est alors difficilement concevable que l'acte homologué puisse être modifié, même en ses clauses secondaires. Certes, il est possible de renoncer au bénéfice d'une décision de justice, quand elle intervient en matière de recours de plein contentieux. Mais le rapprochement a ses limites, puisque renoncer n'est pas modifier, au contraire. Les parties

¹⁸³¹ V. pour la formation des transactions administratives, p. 196 et s., et pour leur exécution, p. 278 et s.

¹⁸³² H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, préc., n° 56 et s.

¹⁸³³ B. FAGES, « Equilibre et transaction : l'exigence de concessions réciproques », in *La transaction dans toutes ses dimensions*, préc., p. 54.

¹⁸³⁴ V. sur ce point, partie I, titre II, chapitre II, section II, § II, B, p. 285 et s.

¹⁸³⁵ CE, Avis, 6 décembre 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de L'Hay-les-Roses*, préc.

souhaitant changer la teneur d'une transaction homologuée devront, pour ce faire, révoquer d'un commun accord le contrat et en conclure un nouveau. C'est là le seul moyen dont elles disposent, la conclusion d'un avenant pour une transaction homologuée étant, elle, exclue.

Faute de pouvoir s'accorder sur une modification de la transaction administrative, les parties pourront encore envisager d'y mettre fin.

b. La révocation de la transaction

Le mode normal de disparition de l'acte transactionnel demeure la bonne exécution du contrat. Parfois, cependant, les difficultés d'exécution sont telles que le maintien du lien contractuel devient impossible. Dans ce cas, les parties peuvent révoquer leur transaction pour y substituer une autre ou s'en remettre à la justice pour trancher le litige qui les oppose. L'article 1134 alinéa 2 du Code civil offre, en effet, une porte de sortie aux parties, en indiquant que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel [...] ». Si le terme de « révocation » évoque davantage le registre de la sanction, il n'en est rien ici, puisque c'est sur la base d'un commun accord que les parties décident de l'extinction du contrat. Les auteurs parlent aussi du « *mutuus dissensus* », de la « révocation amiable » ou encore de la « révocation conventionnelle »¹⁸³⁶, autant de vocables qui renvoient à l'idée que la volonté commune des parties peut défaire ce qu'elle a fait. En outre, la révocation s'opère par un acte indépendant du contrat initial : « l'acte révocatoire est une convention qui ne se confond ni avec une renonciation, ni avec une résiliation unilatérale »¹⁸³⁷. Il faut ajouter qu'elle est rétroactive. S. Mayoux rappelle ainsi que « le choix du terme révocation ou résiliation n'est pas sans conséquence. La révocation d'un contrat est en principe rétroactive alors que sa résiliation n'a pas d'effet rétroactif »¹⁸³⁸.

Ce mécanisme du droit commun des contrats doit pouvoir bénéficier au contrat transactionnel, et qui plus est à la transaction administrative, sous réserve des adaptations nécessaires à ce contrat particulier.

¹⁸³⁶ V. sur ce point, Y. PICOD, « Articles 1134 et 115. Contrats et obligations. – Effet obligatoire des conventions. – Exécution de bonne foi des conventions », *J.-Cl. Civil Code*, § 17.

¹⁸³⁷ *Ibid*, § 18.

¹⁸³⁸ S. MAYOUX, *Les conventions d'abandon amiable du contrat*, LGDJ, coll. PUJ Poitiers, 2012, p. 17, note 2.

Faute de précision dans l'article 1134 sur les conditions d'exercice de la révocation, il est revenu à la jurisprudence de les établir. Elles relèvent largement du droit commun des contrats et sont assez souples¹⁸³⁹. Ainsi, la révocation peut intervenir à tout moment de l'exécution du contrat, sans aucune limitation de temps — la difficulté sera ensuite pour les parties d'en organiser les effets. De même, la révocation s'opère à partir d'un échange du consentement de toutes les parties. S'il peut être exprès ou tacite¹⁸⁴⁰, celui-ci est le plus souvent exprès, la révocation des transactions administratives prenant généralement une forme écrite¹⁸⁴¹. Il importe également d'examiner si le formalisme prévalant pour la conclusion de la transaction doit être étendu à l'acte révocatoire. La doctrine et la jurisprudence civilistes se prononcent en faveur du consensualisme, admettant par exemple la validité des révocations résultant de la non-exécution du contrat initial par les deux parties de manière conjointe¹⁸⁴². Deux considérations plaident pour une réponse identique en droit des contrats administratifs. D'une part, l'acte révocatoire est indépendant de la transaction, et d'autre part, le droit français repose essentiellement sur le principe du consensualisme. Quoiqu'il en soit, autant pour la transparence que pour la sécurité juridique, il est préférable que les collectivités formalisent leur *mutuus dissensus*. Il n'existera donc pas une procédure de révocation-type, mais plusieurs, dépendant assez largement du degré de formalisme prévu pour la passation des transactions de chaque collectivité. En outre, conformément au principe de la force obligatoire des contrats, la partie destinataire d'une offre de révocation est en droit de la refuser sans qu'aucune justification ne lui soit demandée.

Il appartient ensuite aux parties d'organiser les effets de la révocation. En principe, elles sont remises dans la situation qui était la leur avant la conclusion du contrat : les concessions consenties sont effacées et restituées, et le litige initial renaît. En outre, avant de se défaire de leur transaction, les parties ont tout intérêt à s'assurer que les délais contentieux sont encore ouverts ou que la conclusion d'une nouvelle transaction est certaine. Du reste, elles pourront se prémunir contre toute déconvenue, en insérant dans l'acte révocatoire une clause conditionnelle aux termes de laquelle l'acte révocatoire ne prendra effet — anéantissant la transaction précédente — qu'à compter de la conclusion d'une nouvelle transaction. De manière générale, la révocation totale peut être complexe à mettre en œuvre, ce qui constitue une limite non négligeable à ce mécanisme, car si théoriquement rien ne fait obstacle à son

¹⁸³⁹ Sur tous ces éléments, v. Y. PICOD, « Articles 1134 et 115. Contrats et obligations. – Effet obligatoire des conventions. – Exécution de bonne foi des conventions », préc., § 19 et s.

¹⁸⁴⁰ La révocation est tacite, quand, par exemple, les parties poursuivent toutes deux le procès en cours, sans commencer à exécuter la transaction pourtant conclue. V. M. MENJUCQ, « Régime de la réparation. - Transaction », fasc. préc., § 134.

¹⁸⁴¹ V. sur ce point, partie I, titre II, chapitre I, section II, p. 223 et s.

¹⁸⁴² V. sur ce point, F. TERRE, Y. LEQUETTE, P. SIMLER, *Droit civil, les obligations*, préc., n° 476.

admission, y recourir peut être en pratique peu attrayant pour les parties. Organiser à titre exceptionnel une révocation pour l'avenir est encore plus difficilement envisageable : comment la concilier avec l'effet extinctif du litige ? Comment concevoir une transaction sans effet pour l'avenir ? Si la révocation pour l'avenir des obligations consenties réciproquement est envisageable, elle l'est beaucoup moins s'agissant de l'extinction du litige. L'effet extinctif de la transaction s'accommode mal de la révocation pour l'avenir uniquement. En matière de transaction, seul l'anéantissement pour le passé et l'avenir est concevable. Les caractéristiques propres de ce contrat rendent inévitables des limitations dans la mise en œuvre de la « porte de sortie » qu'est la révocation.

Il faut ajouter que cette « porte de sortie » est la seule valable pour les parties à une transaction administrative — en l'absence de toute intervention juridictionnelle. La force obligatoire des contrats autant que le caractère égalitaire de la transaction administrative excluent toute autre révocation que le *mutuus dissensus*. Le pouvoir de résilier unilatéralement le contrat traditionnellement reconnu aux personnes publiques dans les contrats administratifs ne saurait ici être mis en œuvre. Ce pouvoir exorbitant du droit commun est justifié par la poursuite du bon fonctionnement du service public. La transaction administrative n'ayant pas de lien avec le service public — du moins pas de lien direct —, les personnes publiques ne pourraient valablement résilier ce contrat¹⁸⁴³. A côté de ces mécanismes qui déterminent la vie du contrat, il en est d'autres qui portent sur l'indemnisation des parties. Il n'est plus question de s'accorder sur le maintien ou non de la transaction consécutivement à ces difficultés d'exécution, mais sur l'indemnisation des préjudices causés par elles.

B. Les solutions concernant l'indemnisation des parties

Il est loisible aux parties de s'accorder sur la réparation des préjudices résultant pour elles des difficultés d'exécution, voire de l'inexécution du contrat. Les mécanismes ouverts diffèrent alors selon l'origine des préjudices en cause.

Le plus souvent, le manquement est d'ordre pécuniaire : une des parties tarde à procéder au paiement de ce qu'elle doit conformément aux termes de la transaction

¹⁸⁴³ Sur l'égalité des rapports entre les parties dans la transaction administrative, v. p. 278 et s.

administrative¹⁸⁴⁴. Il y a là de sa part une faute, qu'elle doit réparer par des dommages et intérêts, sans pouvoir s'en exonérer sur le fondement de l'insuffisance de crédits¹⁸⁴⁵. En la matière, le Code civil a prévu des règles spéciales¹⁸⁴⁶.

L'article 1153 prévoit ainsi que le débiteur en retard est redevable d'intérêts au taux légal à compter d'une sommation de payer adressée par le créancier, sans que celui-ci n'ait à démontrer de perte. En vertu de cet article — applicable aux contrats privés, comme administratifs, à l'exception des marchés publics, qui ressortent d'un régime spécifique¹⁸⁴⁷ —, le débiteur est de plein droit redevable d'intérêts moratoires au taux légal. Si, dans un souci de simplicité et d'uniformité, ce montant est fixé chaque année par décret de manière forfaitaire, rien n'empêche toutefois les parties d'arrêter, dans leur transaction, un autre taux d'intérêts. De plus, au-delà d'une année de retard, le créancier pourra, en vertu de l'article 1154 du Code civil, demander la capitalisation des intérêts. Ces dispositions trouvent à s'appliquer quelle que soit la nature juridique du contrat.¹⁸⁴⁸ Ainsi, pour éviter un contentieux devant le juge, les parties ayant tardé à procéder au paiement de ce qu'elles se sont engagées à verser par une transaction, pourront conclure une nouvelle transaction, eu égard à l'article 1153.

En outre, quand le débiteur en retard a causé par sa mauvaise foi un préjudice au créancier — indépendant du retard lui-même —, le dernier alinéa de l'article 1153 prévoit au profit de l'intéressé le versement de dommages et intérêts, distincts des intérêts moratoires de la créance. Tous les contrats, même les marchés publics, sont concernés par cette disposition, en vertu du Code civil. La mauvaise foi consiste, par exemple, à se soustraire délibérément à ses obligations contractuelles, en ayant conscience du dommage causé¹⁸⁴⁹. L'indemnisation pourra aussi faire l'objet d'une transaction.

Les autres cas de mauvaise exécution du contrat et d'inexécution sont pareillement traités. A titre préalable, il faut distinguer l'hypothèse de l'inexécution de la transaction de celle de la révocation, par laquelle les parties conviennent de la cessation par la transaction de ses effets. La question de l'indemnisation en cas d'inexécution se situe sur un autre terrain, où la transaction demeure dans l'ordonnement juridique, et le litige éteint. Si l'extinction du litige est automatique, du fait même de la conclusion d'une transaction, l'exécution des

¹⁸⁴⁴ Il s'agit le plus souvent des personnes publiques, ne serait-ce que parce qu'elles sont le plus souvent à l'origine du dommage indemnisé par la transaction.

¹⁸⁴⁵ V. sur ce point, L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, préc., n° 534.

¹⁸⁴⁶ V. C. civil, art. 1146 à 1155.

¹⁸⁴⁷ V. sur ce point, L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, préc., n° 535.

¹⁸⁴⁸ *Ibid.*

¹⁸⁴⁹ *Ibid.*

concessions réciproques exige, elle, une action positive des parties qu'elles manquent parfois d'assurer, délibérément ou non. Il ne s'agit donc pas ici de décider du sort de la transaction, mais de prendre acte de son inexécution par l'une des parties, voire les deux, partiellement ou totalement. Quoi qu'il en soit, l'exécution non conforme comme l'inexécution causent des préjudices qu'il convient de réparer.

On sait que toute inexécution des obligations contractuelles d'une partie à un contrat valable engage sa responsabilité contractuelle — sauf causes exonératoires¹⁸⁵⁰. « Comme le juge civil, le juge administratif décide que lorsqu'un dommage se rattache à l'exécution ou à la mauvaise exécution d'un contrat, seule l'action en responsabilité contractuelle est ouverte », rappelle L. Richer¹⁸⁵¹. Ce principe doit s'appliquer aussi aux obligations transactionnelles. Nul besoin, pour ce faire, de saisir nécessairement le juge étatique : la conclusion d'une transaction est également possible. Si elles parviennent à s'accorder, les parties peuvent décider elles-mêmes du montant de la réparation due. Le droit encadre ce type de transaction, dans la mesure où la réparation doit être établie, en principe, en argent — et non en nature — et à partir de ce qui était dû aux termes du contrat inexécuté. Plus précisément, les préjudices matériels comme immatériels doivent être intégralement réparés¹⁸⁵², et leur évaluation s'effectue dans les mêmes conditions que pour la conclusion de toute transaction administrative. En outre et sans surprise, à la façon d'une mise en abyme, les principes posés par les arrêts *Mergui* et *SA Entreprise Renaudin* s'appliqueront¹⁸⁵³.

Dans le cas où l'une des parties seulement serait défaillante, la transaction pourrait ainsi être établie : la partie débitrice qui a procédé à la bonne exécution de ses obligations, renonce à porter son action devant les tribunaux, quand la partie créancière s'engage à verser la somme arrêtée conjointement au titre de la réparation. Dans l'hypothèse cette fois où les parties ont toutes manqué à leurs obligations transactionnelles — que les proportions soient égales ou différentes —, les chefs de préjudice sont plus nombreux. Outre une renonciation à leur action, elles s'engagent réciproquement à des concessions établies au regard des obligations nées de la première transaction.

Certes, la transaction offre une solution aux parties, mais il est toutefois peu probable qu'elles y recourent en pareilles circonstances, dans la mesure où rien ne garantit que la partie initialement défaillante exécute mieux les obligations résultant d'une nouvelle transaction. Il n'est pas certain non plus que la partie débitrice accepte de transiger une seconde fois. En

¹⁸⁵⁰ V. l'annonce du présent chapitre, pp. 538-539.

¹⁸⁵¹ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, préc., n° 545 et s.

¹⁸⁵² V. sur ce point, L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, préc., n° 556.

¹⁸⁵³ V. sur ce point, partie I, titre I, chapitre II, section II, § I, p. 137 et s.

présence d'une transaction inexécutée, il y a fort à parier que les parties, échaudées, préfèrent saisir le juge étatique.

Enfin, tous les mécanismes destinés, soit à décider du sort des relations contractuelles consécutivement à des difficultés d'exécution des transactions, soit à indemniser les préjudices qui en découlent, peuvent être utilisés conjointement. Pourquoi, par exemple, ne pas faire suivre l'invocation de l'exception d'inexécution par la réparation transactionnelle du préjudice causé par le retard dans l'exécution de la transaction initiale ? Le champ des possibilités à disposition des parties est assez large ; il s'enrichit encore de celle consistant à s'en remettre à une autorité tierce au litige comme le juge étatique.

SECTION II. LE RECOURS AUX AUTORITES ETATIQUES

Aussi intéressante soit-elle, la seule action des parties ne leur garantit pas de manière absolue la résolution de toutes les difficultés d'exécution des transactions. Dès lors, autant par facilité que par une méfiance nouvelle à l'égard des procédés amiables, elles préfèrent bien souvent faire appel à des moyens réputés plus efficaces. Ces moyens, ce sont ceux que l'Etat, seul détenteur de la violence légitime¹⁸⁵⁴, met à disposition des contractants, et qui plus précisément, font intervenir le juge administratif, le Préfet, les Chambres régionales des comptes¹⁸⁵⁵. Tous vont s'employer à faire respecter le contrat administratif légal.

A propos des contrats de droit privé, J. Mestre observait, il y a quelques années, une singulière évolution de l'office du juge étatique depuis 1804¹⁸⁵⁶. L'heure n'est plus à la seule indemnisation pécuniaire sur le fondement de l'article 1142 du Code civil en cas d'inexécution du contrat, mais au respect dudit contrat par son exécution forcée et son maintien quasi-absolu dans l'ordonnement juridique. Pour J. Mestre, l'évolution réside en ce que d'une part, « le juge n'hésite pas, surtout dans les contrats générateurs d'une prestation

¹⁸⁵⁴ Sur ce concept, v. par exemple, N. ELIAS, *La dynamique de l'Occident*, Paris, Calmann-Levy, 2006.

¹⁸⁵⁵ Il faut, en effet, tenir compte de la nature particulière des personnes publiques en cause. Celles-ci bénéficient d'une immunité d'exécution, empêchant que soient mises en œuvre à leur encontre les voies d'exécution de droit commun. Cette immunité protège tous les biens des personnes morales de droit public. Mais immunité ne signifiant pas à irresponsabilité, les créanciers pourront user de voies de droit spéciales pour contraindre les personnes publiques à assurer l'exécution de leurs obligations contractuelles et de leurs créances notamment. Dans la mesure où ces voies de droit spéciales font intervenir des autorités diverses, comme le représentant de l'Etat dans le département ou le juge des juridictions financières, il convient de parler, dans cette section, du « recours aux autorités étatiques ». Le juge administratif joue un rôle majeur dans l'exécution de leurs obligations par les parties, sans être l'unique recours. Sur la question de l'immunité d'exécution des personnes publiques, v. Lamy, *Voies d'exécution forcée*, étude 610.

¹⁸⁵⁶ J. MESTRE, « Observations sur l'attitude du juge face aux difficultés d'exécution du contrat », in *Le juge et l'exécution du contrat*, préc., p. 91.

déterminée, ponctuelle, à imposer le respect de la loi contractuelle », et que d'autre part, « il n'hésite pas non plus, surtout dans les contrats à exécution successive, à protéger le lien contractuel au-delà des difficultés d'exécution qu'il peut connaître »¹⁸⁵⁷. Cet activisme en faveur du respect de « la loi des parties » — selon les termes de l'article 1134 du Code civil — marque aussi le droit des contrats administratifs, et de la transaction administrative parmi eux. Les pouvoirs publics souhaitent autant permettre l'exécution de la transaction légale que maintenir celle-ci dans l'ordonnement juridique malgré les difficultés rencontrées, en rééquilibrant éventuellement les obligations réciproques. Cependant, cela suppose une demande formelle des parties que ce soit pour la mise en œuvre des moyens destinés à forcer l'exécution des transactions (§I) ou pour obtenir du juge leur maintien (§II), preuve que transiger n'emporte pas toujours un règlement définitif du litige.

§I. LA MULTIPLICATION DES MOYENS D'EXECUTION DE LA TRANSACTIONS ADMINISTRATIVE

En principe, les transactions doivent être exécutées dans un délai raisonnable. La circulaire du 6 février 1995 recommandait aux administrations « une fois le protocole transactionnel conclu, [...] de procéder très rapidement au règlement des sommes dues »¹⁸⁵⁸. Recommandation que reprend la circulaire du 6 avril 2011, en parlant d'exécution « dans les plus brefs délais »¹⁸⁵⁹. Les textes ont, par ailleurs, arrêté des délais au cours desquels les parties sont autorisées à agir pour obtenir l'exécution de leur contrat et de leurs créances, plus précisément. On parle communément de prescription extinctive. En droit civil, la prescription a été simplifiée par la loi du 17 juin 2008 : sa durée est de cinq ans pour les actions personnelles ou mobilières¹⁸⁶⁰ et de trente ans pour les actions réelles immobilières¹⁸⁶¹. Les personnes morales de droit public sont toutefois exclues de ces dispositions, puisque s'applique à leurs dettes une prescription quadriennale, en vertu de la loi du 31 décembre 1968¹⁸⁶². « Ce traitement préférentiel réservé à l'Etat, quant au délai de prescription de ses obligations envers l'individu, se trouve justifié par deux raisons principales : le souci d'apurer de manière prompte les dettes de celui-ci et d'éviter de surcharger son budget de dépenses

¹⁸⁵⁷ *Ibid.*

¹⁸⁵⁸ Circulaire préc., § 2.4.

¹⁸⁵⁹ Circulaire préc., § 2.5.1.

¹⁸⁶⁰ C. Civil, art. 2224.

¹⁸⁶¹ C. Civil, art. 2227.

¹⁸⁶² V. L. n° 68-1250 du 31 décembre 1968, art. 1.

imprévues »¹⁸⁶³. Est réputé relevé de la prescription un créancier qui se serait montré diligent, c'est-à-dire qui aurait effectué une demande de paiement, une réclamation écrite, un recours juridictionnel, ou qui pourrait se prévaloir d'une communication écrite de l'administration se rapportant au fait générateur, à l'existence, au montant ou au paiement de la créance, par l'émission d'un moyen de règlement même partiel¹⁸⁶⁴. Enfin, la prescription est suspendue par l'empêchement d'agir du créancier, par l'ignorance légitime de la créance, par l'opposition au paiement effectuée entre les mains du comptable¹⁸⁶⁵. Bien souvent, selon les termes des transactions administratives, ce sont les personnes publiques qui s'engagent à indemniser en argent un dommage qu'elles auraient causé. Dès lors, les parties intéressées disposent d'un délai de quatre ans pour rechercher le paiement de la somme arrêtée.

En l'occurrence, plusieurs voies de droit s'ouvrent aux parties. Elles peuvent tout d'abord agir sur le fondement de l'article 1142 du Code civil pour que soit engagée la responsabilité contractuelle de la partie défaillante et ainsi obtenir une indemnisation en cas d'inexécution du contrat. On sait que ce mécanisme est admis pour les transactions administratives¹⁸⁶⁶. Mais surtout les parties sont aussi en mesure de rechercher activement l'exécution des transactions administratives. Ce contrat bénéficie, en effet, du mouvement engagé par les pouvoirs publics en faveur du respect du contrat. J. Mestre parle du « triomphe de la loi contractuelle » : « Le point est bien acquis : la jurisprudence a progressivement mis entre parenthèses les termes de l'article 1142 pour faire du droit à l'exécution forcée le principe, dont la redoutable technique de l'astreinte est devenue l'auxiliaire privilégiée », précise-t-il¹⁸⁶⁷. Les textes concourent largement à cette logique, à l'instar des articles 1425-1 et suivants du Nouveau Code de procédure civile qui organisent la procédure d'injonction de faire devant le Tribunal d'instance aux fins de répondre aux besoins du contractant non professionnel face à l'inexécution d'un commerçant, ou encore de ceux qui reconnaissent au juge des pouvoirs de référé¹⁸⁶⁸.

Il en va de même en droit administratif : les textes comme la jurisprudence favorisent l'exécution des contrats administratifs, et parmi eux de la transaction administrative. Les actions, qui sont diverses, trouvent à s'appliquer selon les circonstances, c'est-à-dire selon la qualité de la partie défaillante, une personne publique ou une personne privée — la distinction

¹⁸⁶³ CEDH, 23 juin 2009, aff. N° 36963/06, *Zouboulidis contre Grèce*, cité par Lamy, *Droit de l'exécution forcée*, étude 615-100.

¹⁸⁶⁴ V. sur ce point, Lamy *Droit de l'exécution forcée*, étude 615-100, préc.

¹⁸⁶⁵ *Ibid.*

¹⁸⁶⁶ V. *Supra*, annonce du présent chapitre, pp. 538-539.

¹⁸⁶⁷ J. MESTRE, « Observations sur l'attitude du juge face aux difficultés d'exécution du contrat », préc., p. 93.

¹⁸⁶⁸ *Ibid.*

étant de taille —, la nature de la difficulté — refus d'exécution du comptable public, insuffisance de crédits, etc. —, la force de la transaction — une transaction simple ou une transaction homologuée. Ce dernier point est fondamental et doit servir de base d'étude. En effet, les actions et mécanismes permettant d'obtenir l'exécution d'une transaction homologuée, dotée par conséquent de la force exécutoire, ne sont pas tout à fait ceux qu'il convient de mettre en œuvre à l'égard des transactions dites simples, c'est-à-dire des transactions disposant de la force obligatoire attachée à tout contrat sur le fondement de l'article 1134 du Code civil¹⁸⁶⁹. Mais, sans incidence de la voie choisie, les parties peuvent solliciter du juge le versement de dommages-intérêts pour le retard de paiement, notamment sur le fondement de l'article 1153 du Code civil¹⁸⁷⁰. Il leur faudra saisir le juge du contrat, dans le cadre d'un recours de plein contentieux.

Quoi qu'il en soit, commencer par l'étude des moyens d'action à l'égard des transactions homologuées s'impose à deux titres. Le premier est pratique et repose sur la considération qu'en présence d'une difficulté d'exécution, les parties ont le plus souvent le réflexe de demander en dehors de toute instance une homologation du juge, comme le permet expressément l'avis *L'Haj-les-Roses*. Dès lors, compte tenu des transactions par ailleurs homologuées en cours d'instance, ainsi que le permet le Conseil d'Etat depuis l'arrêt *Mergui*, le volume des contrats homologués est non négligeable. A cela s'ajoutent des considérations didactiques : les divers moyens d'action en vue de l'exécution d'une transaction homologuée valent parfois aussi pour les transactions simples. Aussi convient-il d'étudier d'abord le cas des transactions homologuées (A), puis celui des transactions simples (B).

A. Obtenir l'exécution des transactions homologuées

Si toutes les transactions naissent d'un accord de volontés, certaines d'entre elles font par ailleurs l'objet d'une homologation par le juge étatique. Cette intervention du juge introduit une différence majeure au sein des transactions entre celles qui disposent de la force exécutoire des décisions de justice et celles qui ont la force obligatoire des contrats.

¹⁸⁶⁹ Il a été montré que l'article 2052 du Code civil et l'avis du 6 décembre 2002, *L'Haj-les-Roses*, selon lesquels respectivement les « transactions ont l'autorité de la chose jugée », et « la transaction est dotée de la force exécutoire », sont maladroitement et inexactement formulés. Sauf intervention du juge dans le cadre de l'homologation, la force des transactions administratives est la force obligatoire des contrats consacrée par l'article 1134 du Code civil. Sur cette question, v. partie I, titre II, chapitre II, section I, § I, p. 235 et s.

¹⁸⁷⁰ V. sur ce point, Lamy Droit de l'exécution forcée, préc., étude 615-90.

Concernant l'exécution, et plus encore, le traitement juridique des difficultés d'exécution des transactions, la distinction est d'importance.

On sait que l'opération de l'homologation consiste pour le juge administratif à octroyer à la transaction la force exécutoire après un contrôle de validité. Si l'avis *L'Hay-les-Roses* est plutôt laconique sur la question, c'est du moins ce que laisse supposer l'apposition de la formule exécutoire au bas des transactions homologuées. « Le juge, littéralement en tenant "le même discours" que les parties, s'approprie les prescriptions de leur engagement et attribue à celui-ci la force exécutoire d'une décision de justice »¹⁸⁷¹. Plus précisément, les transactions homologuées font partie des décisions de justice, et doivent à ce titre recevoir le même traitement juridique. Il restait au juge à préciser l'étendue des effets de l'homologation et dire si elle conduit à faire bénéficier les transactions homologuées des voies d'exécution des décisions de justice. Plusieurs éléments tendaient vers cette solution : l'apposition de la formule exécutoire évoquée et la qualification de « jugement » pour les décisions d'homologation¹⁸⁷². Dans un arrêt du 31 octobre 2013, la Cour administrative d'appel de Bordeaux a accepté d'enjoindre à la personne publique partie à une transaction homologuée d'exécuter ses obligations, usant ainsi d'une voie de droit traditionnellement réservée aux décisions de justice¹⁸⁷³. La motivation était la suivante : « l'homologation par le juge administratif d'un protocole transactionnel constitue une décision de nature juridictionnelle elle-même revêtue de l'autorité relative de la chose jugée, et dont les parties peuvent dès lors demander l'exécution ; qu'ainsi, il appartient au juge de l'exécution, saisi sur le fondement des dispositions précitées de l'article L. 911-4 du code de justice administrative, de prescrire les mesures qu'implique l'exécution du jugement d'homologation et résultant des termes de la transaction telle qu'elle a été homologuée ». Les transactions homologuées constituent des décisions de justice qui, comme elles, bénéficient de la force exécutoire. C'est pourquoi l'homologation a pu être qualifiée de « pierre philosophale »¹⁸⁷⁴.

En effet, assortie d'effets autrement plus radicaux que la force obligatoire des contrats, la force exécutoire des décisions de justice ainsi octroyée aux transactions est d'importance, autant du point de vue de leur exécution que de celui de la résolution des difficultés d'exécution qu'elles peuvent rencontrer. La force exécutoire des décisions de justice est définie comme « la capacité de [ces dernières] à être mis[es] à exécution en cas de résistance

¹⁸⁷¹ F. SABIANI, « Transaction administrative : les trois ambiguïtés de l'homologation », préc., p. 8.

¹⁸⁷² CE, Avis, 2 avril 2005, *Cabinet JPR Ingénierie*, préc.

¹⁸⁷³ CAA Bordeaux, 31 octobre 2013, *GFA Habitation Chancel*, N° 13BX00010, *AJDA* 2014, note G. de La Taille, p. 50.

¹⁸⁷⁴ G. DE LA TAILLE, « Du plomb à l'or : la transmutation des transactions par leur homologation », *AJDA* 2014, p. 50.

de la partie condamnée. Elle se manifeste ainsi dans un contexte pathologique de non-exécution qu'elle a vocation à vaincre, par la mise en œuvre de procédures d'exécution forcée »¹⁸⁷⁵, à la différence de la force obligatoire du contrat, qui ne permet pas de recourir à l'exécution forcée dans l'hypothèse en cas de manquement du partenaire. « Sur la base du seul contrat "exécutoire", il est impossible de recourir aux voies d'exécution privées à l'encontre de la partie privée, et à quelque voie d'exécution que ce soit à l'encontre de la partie administrative », rappelle F. Sabiani¹⁸⁷⁶.

La transaction homologuée peut donc bénéficier des mesures destinées à forcer l'exécution des décisions de justice, c'est-à-dire de « la mise en œuvre des voies d'exécution forcées à l'égard de la partie privée, ainsi qu'à l'emploi des voies d'exécution "administratives" des articles L. 911-1 à L. 911-10 du Code de justice administrative à l'encontre des personnes publiques : prescription de mesures et délais d'exécution, astreintes, procédures spécifiques d'exécution des condamnations pécuniaires »¹⁸⁷⁷. Seules les décisions de justice constituent, en effet, des titres exécutoires. L'article 3 de la loi du 9 juillet 1991 dispose à cet égard que : « Seuls constituent des titres exécutoires : 1° les décisions des juridictions de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif ainsi que les transactions soumises au président du tribunal de grande instance lorsqu'elles ont force exécutoire [...] »¹⁸⁷⁸, auxquelles il faut ajouter les transactions homologuées par le juge administratif. L'intérêt de l'homologation est immense : obtenir l'homologation, c'est faire de la transaction un titre exécutoire, et par conséquent, assurer son exécution.

Deux voies permettent de solliciter du juge l'homologation des transactions. Il y a d'abord les transactions conclues alors qu'une instance est en cours et que le juge accepte d'homologuer, sous réserve de leur légalité. Il y a aussi, à titre exceptionnel, les transactions conclues et homologuées hors instance, après contrôle, et sous réserve qu'elles visent « 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 que leur « exécution se heurte à des difficultés particulières »¹⁸⁷⁹. « Le degré d'utilité » de ces homologations diffère donc¹⁸⁸⁰. Accordée en dehors de toute instance, pour faire face à des circonstances particulières et

¹⁸⁷⁵ C. BROUELLE, *Contentieux administratif*, préc., n° 380.

¹⁸⁷⁶ F. SABIANI, « Transaction administrative : les trois ambiguïtés de l'homologation », préc., p. 8.

¹⁸⁷⁷ *Ibid.*

¹⁸⁷⁸ L. n° 91-650, préc.

¹⁸⁷⁹ CE, Avis, 6 décembre 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Haÿ-les-Roses*, préc. Sur le caractère exceptionnel de l'homologation en dehors de toute instance, v. partie I, titre II, chapitre II, section II, § II, p. 292 et s.

¹⁸⁸⁰ F. SABIANI, « Transaction administrative : les trois ambiguïtés de l'homologation », préc., p. 8.

notamment des difficultés d'exécution, l'homologation « remplit une fonction spécifique »¹⁸⁸¹, en permettant l'usage de voies d'exécution particulières. C'est la raison pour laquelle le Conseil d'Etat a tenu expressément à ouvrir l'homologation en cas de difficultés d'exécution¹⁸⁸². Accordée en cours d'instance, elle présente le seul avantage de prévenir une demande ultérieure d'homologation en cas de difficultés d'exécution.

Quelle que soit la voie empruntée, les effets de l'homologation sont identiques : l'octroi de la force exécutoire au même titre que les décisions de justice. A partir de là, plusieurs voies de droit permettent d'obtenir l'exécution des transactions homologuées. Celles-ci peuvent être classées selon leur nature, c'est-à-dire selon la qualité des intervenants et les modalités et degrés d'impérativité de leurs interventions. Se dégagent ainsi une procédure administrative (a), des procédures juridictionnelles (b) et des procédures financières (c).

a. Inciter à l'exécution : la procédure administrative

De toutes les procédures évoquées, la procédure administrative est la moins contraignante, puisqu'elle relève de l'incitation, ne visant qu'à faciliter l'exécution. Introduite pour le Conseil d'Etat par le décret du 30 septembre 1963¹⁸⁸³ et généralisée pour les Tribunaux administratifs et les Cours administratives d'appel par la loi du 8 février 1995¹⁸⁸⁴, la procédure est désignée par le Code de justice administrative comme « une aide à l'exécution »¹⁸⁸⁵, et définie par la doctrine comme « un mécanisme d'accompagnement assuré par les juridictions qui agissent alors non pas en tant que juges, mais en tant qu'autorités administratives »¹⁸⁸⁶.

Plusieurs étapes jalonnent cette procédure. Il y a tout d'abord la saisine de la juridiction, qui doit satisfaire certaines conditions. Toute partie intéressée à une décision de

¹⁸⁸¹ *Ibid*, p. 9.

¹⁸⁸² Sur les difficultés d'exécution susceptibles de rendre recevable une demande d'homologation hors instance, v. partie I, titre II, chapitre II, section II, § II, p. 295 et s.

¹⁸⁸³ D. n° 63-989 du 30 septembre 1963 relatif à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'Etat.

¹⁸⁸⁴ L. n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.

¹⁸⁸⁵ CJA, art. L. 911-4 et L. 931-2.

¹⁸⁸⁶ C. BROUELLE, *Contentieux administratif*, préc., n° 383.

justice¹⁸⁸⁷ dont elle ne parvient pas à obtenir à l'exécution au-delà d'un délai de trois mois après la notification, peut saisir la juridiction qui l'a rendue afin qu'elle intervienne auprès de la partie récalcitrante. Le président de la juridiction saisie doit alors accomplir « toutes les diligences [qu'il juge] utiles pour assurer l'exécution de la décision »¹⁸⁸⁸ en cause, dont il informe le requérant, ainsi que de leur résultat. Ces démarches peuvent consister en des réunions, des courriers, des appels téléphoniques, qui tous s'inscrivent dans une « procédure informelle »¹⁸⁸⁹. A l'issue, soit l'assistance de la juridiction a porté ses fruits, et la décision se trouve effectivement exécutée, la demande étant alors « classée », selon la formule consacrée¹⁸⁹⁰, soit celle-ci n'a pas abouti, et une phase juridictionnelle peut s'engager. Devant les Tribunaux administratifs et Cours administratives d'appel, elle est ouverte par une ordonnance du président de la juridiction¹⁸⁹¹, et devant le Conseil d'Etat, par une saisine de la Section du contentieux, effectuée par le président de la Section du rapport et des études¹⁸⁹². Il a été observé que généralement, l'intervention des magistrats suffit à régler l'affaire, au moins de la part des administrations¹⁸⁹³. Pour autant, la mise en œuvre des procédures juridictionnelles est parfois nécessaire.

b. « Faire pression » en vue de l'exécution : les procédures juridictionnelles

Soucieux de garantir le respect de la chose jugée, les pouvoirs publics se sont préoccupés de permettre au juge de l'exécution de « faire pression »¹⁸⁹⁴ sur les destinataires d'une décision de justice. C'est ainsi qu'ont été introduites en droit administratif les mesures d'injonction et d'astreinte, qui forment ce que l'on appelle généralement « les procédures juridictionnelles », distinctes des injonctions et astreintes à visée préventive¹⁸⁹⁵. Selon R. Chapus, il existe des « injonctions et astreintes de prévention » et des « injonctions et

¹⁸⁸⁷ La formule, qui est celle du Code de justice administrative – art. L. 911-4 pour les TA et CAA et R. 921-1 pour le CE –, ouvre donc le recours à cette voie pour les parties au procès ou à la transaction homologuée, ainsi qu'à toute personne concernée. V. sur ce point, C. BROUELLE, *Contentieux administratif*, préc., n° 385.

¹⁸⁸⁸ CJA, art. 921-5.

¹⁸⁸⁹ C. BROUELLE, *Contentieux administratif*, préc., n° 385.

¹⁸⁹⁰ Les demandes infondées font aussi l'objet d'un classement - CJA, art R. 921-5 al. 2. Le Conseil d'Etat a par ailleurs jugé que ce classement « n'a pas le caractère d'une décision administrative susceptible de faire l'objet d'un recours par la voie contentieuse », CE, 29 décembre 2000, *Colombeau*, n° 222276, *Leb.*, p. 1141, *AJDA* 2001, p. 895, concl. Mignon.

¹⁸⁹¹ CJA, art. R. 931-7.

¹⁸⁹² CJA, art. R. 921-6.

¹⁸⁹³ Lamy Droit de l'exécution forcée, préc., étude 615-160.

¹⁸⁹⁴ La formule est empruntée à C. BROUELLE, *Contentieux administratif*, préc., n° 386.

¹⁸⁹⁵ La loi du 8 février 1995 autorise le juge à ordonner à l'administration de prendre « une mesure d'exécution dans un sens déterminé » - CJA, art. L. 911-1 - ou de prendre « à nouveau [...] une décision après une nouvelle instruction [...] dans un délai » - CJA, art. L. 911-2.

astreintes de répression »¹⁸⁹⁶. Si toutes participent au respect de la chose jugée, la finalité de chacune diffère quelque peu. Tandis que les premières sont surtout destinées à expliquer aux intéressés les conséquences exactes à tirer de la décision de justice, ainsi que le comportement à adopter pour qu'elle soit respectée, les secondes visent à contraindre la partie récalcitrante à exécuter la décision. Ce dernier type de mesures est du reste généralement étudié parmi les difficultés et refus d'exécution de la chose jugée, à la suite de la force exécutoire des décisions de justice¹⁸⁹⁷. C'est lui qui retient l'attention ici en sa qualité de moyen offert aux parties afin d'obtenir l'exécution des transactions homologuées. D'autant que le prononcé de mesures préventives dans la décision d'homologation, visant à indiquer leurs obligations aux parties, n'aurait aucun sens. C'est là tout l'intérêt de la transaction que de permettre aux parties de maîtriser l'issue de leur litige et de s'accorder sur les obligations de chacune et le comportement qu'il convient d'adopter.

Enfin, il faut préciser que de telles mesures consistent à adresser des ordres aux intéressés, mais non à les contraindre à exécuter à leur corps défendant les décisions de justice. Injonction et astreinte, aussi formelles soient-elles, ne relèvent pas des voies d'exécution forcée. « L'injonction est un ordre ; l'astreinte est une peine », résume Y. Gaudemet¹⁸⁹⁸. « Le propre d'une voie d'exécution est de tendre directement à l'exécution de la prestation, indépendamment et contre le gré du débiteur. Or, l'astreinte ne tend à cette exécution que de manière indirecte : elle n'est pas, en elle-même, propre à procurer l'exécution souhaitée en dehors du débiteur, mais elle constitue un moyen de pression sur la volonté de celui-ci pour qu'il s'exécute [...] », observe aussi E. Bénabent¹⁸⁹⁹.

En autorisant le juge à prononcer des injonctions à l'égard d'une personne morale de droit public, la loi du 8 février 1995¹⁹⁰⁰ a levé « un tabou »¹⁹⁰¹, puisque le juge s'interdisait jusque là envers les personnes publiques¹⁹⁰² ce qu'il avait admis pour les personnes privées¹⁹⁰³. Selon R. Chapus, ce texte marque un changement « spectaculaire », si bien qu'avec lui, « une page de l'histoire du régime du contentieux administratif a été

¹⁸⁹⁶ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, préc., n° 1294.

¹⁸⁹⁷ V. à titre d'exemple, C. BROYELLE, *Contentieux administratif*, préc., p. 253 et s., et R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, préc., n° 1088 et s.

¹⁸⁹⁸ Y. GAUDEMET, « Réflexions sur l'injonction dans le contentieux administratif », in *Le pouvoir : Mélanges offerts à Georges Burdeau*, Paris, LGDJ, 1977, p. 812.

¹⁸⁹⁹ E. BENABENT, *L'exécution en nature des contrats des personnes publiques*, thèse Paris II, 1979, p. 61.

¹⁹⁰⁰ L. n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.

¹⁹⁰¹ Selon la formule de R. DEBBASCH, « Le juge administratif et l'injonction : la fin d'un tabou », *JCP G* 1996, I, p. 161, n° 3924. V. aussi F. MODERNE, « Sur le nouveau pouvoir d'injonction du juge administratif », *RFDA* 1996, p. 43.

¹⁹⁰² CE, 27 janvier 1933, *Le Loir, Leb.*, p. 136.

¹⁹⁰³ CE, 13 juillet 1956, *OPHLM de la Seine, Leb.*, p. 343.

ournée »¹⁹⁰⁴. Ce pouvoir d'injonction a ensuite été renforcé par la loi du 30 juin 2000¹⁹⁰⁵, qui en introduisant le référé-injonction, permet que « les injonctions [soient] aussi liées à des décisions n'ayant pas l'autorité de la chose jugée »¹⁹⁰⁶.

La procédure est diligentée par la juridiction auteur de la décision, agissant en tant qu'autorité juridictionnelle. A partir de là, les circonstances et modalités d'émission des injonctions dépendent de la juridiction en cause. S'agissant des Tribunaux administratifs et Cours administratives d'appel, la procédure intervient dans le prolongement de la phase « d'aide à l'exécution », déclenchée, comme on le sait, par la partie intéressée. Elle est ensuite instruite par la formation de jugement. Quant au Conseil d'Etat, la procédure peut être déclenchée soit à partir d'une saisine du Président de la Section du rapport et des études ou d'une personne directement concernée — à l'issue d'un délai de six mois à compter de la notification de la décision non exécutée —, soit d'office, si une difficulté d'exécution lui a été rapportée¹⁹⁰⁷.

Les injonctions émises au regard de la situation de fait et de droit existant au moment où le juge statue, consistent à prendre une mesure dans un sens déterminé ou à procéder à une nouvelle instruction. En outre, « les mesures enjointes [...] doivent correspondre à celles nécessairement impliquées par le jugement et ne peuvent porter sur un litige "distinct" »¹⁹⁰⁸, c'est-à-dire sur tout ce qui n'est pas immédiatement impliqué par la décision. Enfin, un délai d'exécution est susceptible d'être fixé par le juge.

Le juge peut aussi accompagner cette injonction d'une astreinte, c'est-à-dire d'une condamnation pécuniaire à la charge de la partie qui ne procéderait pas à l'exécution des mesures ordonnées à l'expiration d'un délai fixé. A l'égard de l'administration, ce pouvoir a été reconnu au juge par la loi du 16 juillet 1980¹⁹⁰⁹, quand il se l'était déjà octroyé à l'encontre des personnes privées¹⁹¹⁰. Aujourd'hui, ce pouvoir est organisé par le Code de justice administrative en ses articles L. 911-4 pour les Tribunaux administratifs et Cours administratives d'appel et L. 911-5 pour le Conseil d'Etat.

¹⁹⁰⁴ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, préc., n° 1092.

¹⁹⁰⁵ L. n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives.

¹⁹⁰⁶ Lamy Droit de l'exécution forcée, préc., étude 605-140.

¹⁹⁰⁷ V. successivement, les articles R. 931-7, R. 931-3 et L. 911-5 du CJA.

¹⁹⁰⁸ C. BROUELLE, *Contentieux administratif*, préc., n° 388.

¹⁹⁰⁹ L. du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public.

¹⁹¹⁰ S'agissant des astreintes prononcées à l'encontre d'autres personnes privées, le pouvoir d'injonction et d'astreinte du juge trouve son fondement, non pas dans les dispositions de la loi du 16 juillet 1980, mais dans le « principe général selon lequel les juges ont la faculté de prononcer une astreinte en vue de l'exécution de leurs décisions », CE, 10 mai 1974, *Barre et Honnet, Leb.*, p. 276.

L'astreinte s'opère en deux temps, qui donnent lieu à deux décisions successives : le prononcé puis la liquidation de l'astreinte. Les astreintes sont prononcées d'office par le juge de l'exécution, au taux fixé par lui. Il lui appartient d'en déterminer la date de prise d'effet, c'est-à-dire le moment à partir duquel le destinataire de l'astreinte est assujéti¹⁹¹¹. En l'absence d'une telle précision, l'astreinte ne peut être liquidée et produire ses effets¹⁹¹². La liquidation désigne, en effet, la transformation de la menace en somme effectivement due en cas de défaut persistant d'exécution de la décision ou d'une inexécution tardive. Dans la mesure où cette liquidation s'inscrit dans le prolongement procédural de la demande d'astreinte, le juge compétent pour y procéder est celui qui l'a prononcée. Il faut préciser également, que le juge dispose ici d'une grande marge d'appréciation en raison du caractère généralement provisoire des astreintes¹⁹¹³, ce qui lui permet de les diminuer, voire même de les supprimer¹⁹¹⁴, ou d'en affecter une partie au budget de l'Etat, et non au bénéficiaire du jugement. Cela « témoigne de la fonction essentiellement sanctionnatrice de l'astreinte, qui ne vise pas à indemniser le demandeur, mais à réprimer un comportement fautif »¹⁹¹⁵.

La nature particulière des transactions homologuées limite nécessairement l'intervention du juge. La transaction a certes la valeur d'une décision de justice, mais elle n'en reste pas moins un acte conventionnel. Aussi est-il peu probable que le juge ait à enjoindre aux parties d'autres obligations que celle d'exécuter les obligations qu'elles ont consenties. L'injonction se traduit donc par une obligation de faire — comme par exemple, de remettre du matériel à une personne privée ou à une personne publique — ou de payer une somme déterminée dans le contrat. Rien, en revanche, n'interdit de penser que le juge puisse enjoindre aux parties de lever certaines difficultés particulières qui nuisent à la bonne exécution de l'accord homologué. Il ne pourra guère aller au-delà sans méconnaître à la fois la nature de la transaction et la fonction de l'homologation : la première permet aux parties de régler elles-mêmes leur litige, quand la seconde a pour but de faciliter l'exécution des transactions, en posant une présomption de légalité et en apposant la force exécutoire.

¹⁹¹¹ CJA, art. R. 921-6.

¹⁹¹² CE, 3 juin 2009, *Huet, Leb. T.*, p. 907.

¹⁹¹³ V. sur ce point, R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, préc., n° 1296.

¹⁹¹⁴ CJA, art. L. 911-7.

¹⁹¹⁵ C. BROYELLE, *Contentieux administratif*, préc., n° 393.

c. Forcer l'exécution : les procédures financières

Il faut mentionner, enfin, les voies d'exécution forcée des jugements, qui diffèrent selon la nature du récalcitrant.

En effet, les personnes publiques sont soumises à des voies de droit particulières, dérogeant au droit commun, à l'instar de la procédure dite de « contrainte au paiement », mise en place par la loi du 16 juillet 1980 et codifiée à l'article L. 911-9 du Code de justice administrative. Celle-ci constitue une voie de sortie intéressante pour le bénéficiaire d'une décision de justice passée en force de chose jugée — insusceptible d'appel donc¹⁹¹⁶ —, et prononçant une condamnation pécuniaire — condamnation à des dommages et intérêts, condamnation de payer ou rembourser une somme due, etc. — contre une personne publique¹⁹¹⁷. La procédure est d'autant plus intéressante, qu'elle peut être mise en œuvre par tout bénéficiaire d'une décision de justice répondant aux conditions énoncées qu'il s'agisse de personnes privées ou de personnes publiques¹⁹¹⁸.

En principe, en cette circonstance, la somme arrêtée doit être « ordonnancée » dans les deux mois qui suivent la notification du jugement¹⁹¹⁹. Plus précisément, l'ordonnateur donne l'ordre au comptable de verser la somme due, conformément au principe de la séparation de l'ordonnateur et du comptable public. La procédure de contrainte en paiement est avantageuse, car elle permet au créancier de s'adresser directement aux services financiers de la personne publique et ainsi de forcer le paiement.

S'agissant d'une condamnation de l'Etat, au-delà du délai de deux mois, le créancier peut présenter le jugement au comptable public, tenu alors d'exécuter le jugement, sous peine d'être condamné au paiement d'une amende par la Cour de discipline budgétaire et financière¹⁹²⁰. En cas d'insuffisance de crédits, deux mois supplémentaires seront laissés au comptable public, afin de mettre en œuvre les procédures de compléments de crédits. Au terme de ce délai, il lui faudra procéder au paiement¹⁹²¹.

La procédure est différente lorsqu'elle concerne des collectivités territoriales ou des établissements publics. Elle repose alors largement sur le pouvoir de substitution de l'autorité

¹⁹¹⁶ Sur la notion de chose jugée, v. C. BROUELLE, *Contentieux administratif*, préc., n° 398 et s.

¹⁹¹⁷ Les personnes publiques uniquement, et non les personnes privées chargées d'une mission de service public. V. sur ce point, S. BRACONNIER, B. CHEYSSON, Y. SIMONNET, « L'exécution des décisions condamnant une personne publique à payer une somme d'argent », *Contrats-marchés publics* 2014, ét. 10.

¹⁹¹⁸ V. sur ce point, Lamy, « Droit public de l'exécution. Exécution contre les personnes morales de droit public », préc., étude 615-50.

¹⁹¹⁹ L. n° 2000-321 du 12 avril 2000, art. 17, loi relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.

¹⁹²⁰ CJA, art. L. 911-10, reproduisant l'art. L. 313-12 du Code des juridictions financières.

¹⁹²¹ V. sur ce point, R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, préc., n° 1307.

de tutelle. En effet, le créancier doit ici s'adresser à l'autorité de tutelle de la collectivité en cause, qui aura un mois pour vérifier l'existence au budget de la collectivité des crédits suffisants et se substituer à l'ordonnateur de l'organisme débiteur afin de procéder au mandatement d'office. Elle a aussi le pouvoir de mettre en demeure la collectivité de dégager les ressources suffisantes. Faute d'effet dans un délai de un ou deux mois selon l'importance de la somme à payer, l'autorité de tutelle est autorisée à procéder à l'inscription d'office de la somme au budget de la collectivité, en créant elle-même les ressources nécessaires¹⁹²². Enfin, s'il ne peut être dégagé de telles ressources, la responsabilité sans faute de l'Etat sera susceptible d'être engagée. La logique est toujours la même, puisque « par l'intermédiaire de la réparation, l'Etat est ainsi conduit à se substituer à la personne publique défaillante dans le paiement de la dette »¹⁹²³.

Des procédures existent aussi à l'encontre des personnes privées. Après mise en demeure de l'ordonnateur d'une collectivité ou d'un établissement public local, refusant d'émettre un titre de recettes correspondant au montant de la créance arrêtée par décision de justice passée en force de chose jugée, le Préfet peut émettre d'office le titre de recettes doté de la force exécutoire¹⁹²⁴.

Toutes ces procédures qui visent à garantir l'exécution d'une décision de justice sont également ouvertes aux transactions homologuées. L'homologation est en elle-même destinée à faciliter l'exécution des transactions. D'autres procédures existent pour les transactions simples.

¹⁹²² Cela passera, par exemple, par une augmentation des impôts, la vente de ceux des biens de la collectivité qui ne sont pas « indispensables au bon fonctionnement des services publics dont elle a la charge », CE, 18 novembre 2005, *Société fermière de Campoloro, Leb.*, p. 515, *JCP A* 2005, comm. 1387, concl. Boulouis. V. plus généralement sur cette question, P. BON, « Le préfet face à l'exécution par une collectivité territoriale d'un jugement la condamnant pécuniairement », *RFDA* 2006, p. 341, et « Droit public de l'exécution. Exécution contre les personnes morales de droit public », préc., études 615-50 et 615-55.

¹⁹²³ C. BROUELLE, *Contentieux administratif*, préc., n° 397.

¹⁹²⁴ Loi n° 94-504 du 22 juin 1994, art. 9, complétant la loi n° 80-539 du 16 juillet 1980, art. 1^{er}.

B. Obtenir l'exécution des transactions simples

Si l'homologation est avantageuse du point de vue de l'exécution des contrats, les parties aux transactions simples¹⁹²⁵ ne sont pas pour autant démunies, soumises à la seule volonté des exécutants. Des voies de droit ont été mises en place pour en obtenir l'exécution, dépendant assez largement du statut de la partie défaillante, personne publique (a) ou personne privée (b).

a. Les moyens d'action contre les personnes publiques

Les moyens d'action offerts aux parties pour obtenir la bonne exécution de leur transaction sont largement tributaires à la fois de la difficulté rencontrée et de la nature de l'obligation en question, obligation pécuniaire ou obligation de faire — c'est-à-dire l'obligation d'effectuer un acte matériel positif, comme créer un certain nombre d'emplois, réintégrer un agent, remettre du matériel, etc. Il faut ajouter que, soucieuse certainement du respect des droits de chacune des parties, et ce faisant de la crédibilité du procédé transactionnel, la jurisprudence a évolué sur un certain nombre de points.

L'hypothèse la plus fréquente, du moins la plus souvent évoquée, est celle du refus du comptable public de procéder au paiement de ce qui a été convenu aux termes de la transaction administrative. Le manquement est d'ordre pécuniaire : l'ordonnateur a « ordonnancé » la dépense et le comptable refuse de l'exécuter¹⁹²⁶, arguant généralement du fait que la transaction n'a pas été homologuée, motif qui ne fait pas partie de ceux qui justifient un tel refus¹⁹²⁷. Les comptables publics craignent, on le sait, de voir leur responsabilité personnelle engagée, en exécutant une transaction illégale. Même si cette crainte n'est guère fondée, elle demeure parfois, si bien que les comptables publics peuvent conditionner le paiement des transactions à une homologation. Le juge administratif ne fait pas droit à cette exigence, jugeant que le refus du comptable public ne constitue pas « une difficulté particulière » justifiant la recevabilité exceptionnelle d'une demande

¹⁹²⁵ Les transactions simples sont les transactions non homologuées, qui n'ont pas été conclues en cours d'instance et ne peuvent donc bénéficier de la voie de droit consacrée par l'arrêt *Mergui*, et qui ne satisfont pas non plus aux conditions posées à titre exceptionnel par l'avis *L'Haÿ-les-Roses*. V. sur ce point, p. 292 et s.

¹⁹²⁶ Sur le principe de la séparation de l'ordonnateur et du comptable public, v. p. 281.

¹⁹²⁷ V. sur ce point, *supra*, pp. 296-297.

d'homologation hors instance. Cette solution est heureuse, puisque respectueuse de la force obligatoire des contrats et ferme à l'égard des comptables publics. D'autant plus que des voies de droit plus appropriées permettent de faire face à ce refus. Ces mécanismes sont à la fois administratifs, financiers et juridictionnels, par une sorte de « chassé-croisé » qui s'opère entre eux. En 1973, P. Amselek dressait un état des lieux très précis de l'état du droit en la matière¹⁹²⁸. La jurisprudence, à l'égard des créanciers de l'administration, était alors très subtile, pour ne pas dire d'une grande complexité. Une évolution vers plus de clarté a été récemment réalisée.

La solution traditionnelle résulte principalement de l'arrêt *Pommier* du 19 janvier 1955¹⁹²⁹. Il était jugé que les visas et refus de visa des ordonnances et mandats émis par l'ordonnateur constituaient, de la part des comptables publics, des mesures d'ordre intérieur insusceptibles de faire grief aux créanciers de l'administration et à ce titre de faire l'objet d'un recours contentieux. Le principe était celui de l'irrecevabilité de tout recours contentieux contre ces actes, dès lors qu'ils n'étaient que la marque des « relations internes entre deux catégories d'agents publics, les ordonnateurs d'une part, et, d'autre part, les comptables qui sont chargés de contrôler les ordonnateurs, de s'assurer qu'ils respectent la légalité budgétaire et comptable »¹⁹³⁰. Cette solution ne concernait pas tous les refus des comptables publics. En effet, la recevabilité ou non du recours du créancier dépendait de la nature de l'acte attaqué : les actes opposant les ordonnateurs et comptables publics étaient des mesures d'ordre intérieur, insusceptibles de recours, tandis que les actes relevant des relations entre les personnes publiques et les créanciers étaient réputés faire grief et donc pouvoir faire l'objet d'un recours. Le refus du comptable de payer l'ordonnance ou le mandat pourtant admis par lui au paiement pouvait dès lors être attaqué devant le juge.

P. Amselek synthétisait ainsi les voies de droit à disposition du créancier de l'administration : « lorsque l'ordonnateur refusait d'engager ou de liquider une dépense, l'intéressé pouvait [...] attaquer ce refus en principe par la voie d'un recours de pleine juridiction [...] ; dans cette hypothèse, le juge administratif avait la faculté de se substituer à l'ordonnateur compétent en reconnaissant lui-même, le cas échéant, en ses lieu et place, l'existence de la réalité de la créance et en fixant son montant »¹⁹³¹. Il poursuivait, « en présence d'un refus d'ordonnancement, le créancier de l'administration pouvait [...] déférer

¹⁹²⁸ P. AMSELEK, « Les refus des comptables publics d'exécuter les ordres de paiement et le juge de l'excès de pouvoir », *AJDA* 1973, p. 172.

¹⁹²⁹ CE, 19 janvier 1955, *Pommier, Leb.*, p. 31, concl. Laurent.

¹⁹³⁰ P. AMSELEK, « Les refus des comptables publics d'exécuter les ordres de paiement et le juge de l'excès de pouvoir », préc., p. 174.

¹⁹³¹ *Ibid.*, p. 176.

ce refus à la censure du juge, cette fois du juge de l'excès de pouvoir, ce recours en annulation étant ici, il est vrai, de portée limitée puisque l'administrateur dispose, en matière d'ordonnancement des dépenses, d'un pouvoir discrétionnaire et que, par ailleurs, il a toujours été faite interdiction expresse au juge d'ordonner lui-même les créances sur les personnes publiques aux lieux et places des autorités administratives compétentes »¹⁹³². Enfin, le refus de paiement du comptable public relevait « dans son principe tantôt de l'excès de pouvoir — mais le recours se heurtait à une irrecevabilité (refus du comptable-payeur) —, tantôt de la pleine juridiction — et là le recours était admis (refus du comptable-caissier) »¹⁹³³.

En outre, là où le recours contentieux était irrecevable, le juge faisait valoir que le créancier pouvait toujours se tourner, par un recours administratif, vers l'ordonnateur afin qu'il use de son pouvoir de réquisition à l'égard du comptable public, c'est-à-dire de requérir par écrit le comptable de payer l'ordonnance ou le mandat qu'il refuse d'exécuter. Le comptable est alors obligé d'effectuer immédiatement le paiement. La difficulté réside dans le fait que la réquisition s'accompagne d'un transfert de responsabilité personnelle — celle-ci passant du comptable à l'ordonnateur. Aussi, l'ordonnateur, qui n'est pas tenu de faire droit à la demande, préfère le plus souvent la décliner. Un tel refus pouvait faire l'objet d'un recours en excès de pouvoir.

Il était une autre difficulté de taille : tous les ordonnateurs ne disposent pas de ce pouvoir de réquisition. Après quelques hésitations¹⁹³⁴, la jurisprudence a confirmé que les maires n'en bénéficiaient pas. En compensation, elle acceptait la recevabilité du recours contentieux concernant le refus de paiement des receveurs municipaux¹⁹³⁵. L'état du droit était le suivant : « en principe, une irrecevabilité est opposée aux recours contentieux contre le refus de paiement des comptables publics, simples mesures d'ordre intérieur ne faisant pas grief ; toutefois, les créanciers ont toujours la possibilité de s'adresser à l'ordonnateur de leur créance pour qu'il requière le comptable de payer et, en cas de refus d'intervention de l'ordonnateur, ils peuvent déférer ce refus au juge », et « par exception, un recours contentieux direct contre les refus de paiement du comptable est recevable toutes les fois que l'ordonnateur ne dispose pas du droit de réquisition »¹⁹³⁶.

¹⁹³² *Ibid.*

¹⁹³³ *Ibid.*

¹⁹³⁴ Sur ce point, v. P. AMSELEK, « Les refus des comptables publics d'exécuter les ordres de paiement et le juge de l'excès de pouvoir », préc., p. 179 et s.

¹⁹³⁵ CE, 5 février 1971, *Balme*, préc.

¹⁹³⁶ P. AMSELEK, « Les refus des comptables publics d'exécuter les ordres de paiement et le juge de l'excès de pouvoir », préc., p. 182.

Pour P. Amselek, cet état du droit souffrait de nombreuses critiques. L'analyse consistant à regarder certains actes des comptables comme des mesures d'ordre intérieur était fort contestable, dans la mesure où « toutes les phases de la dépense publique présentent à la fois des aspects internes à l'administration, puisqu'elles mettent en œuvre des circuits internes de réalisation, et des aspects externes, par le fait que l'exécution de la dépense intéresse directement les personnes qui sont — ou qui prétendent avoir — un droit de créance sur l'administration »¹⁹³⁷. Dès lors, l'auteur préconisait que les créanciers de l'administration soient autorisés à agir contre tous les actes des agents d'exécution portant atteinte à leurs intérêts, qu'il s'agisse des refus des comptables d'exécuter des ordonnancements que contre les refus des ordonnateurs d'engager, de liquider ou d'ordonnancer — avec la possibilité au fond, pour le juge, de rejeter un refus justifié au regard des règles de la comptabilité publique¹⁹³⁸.

De même, renvoyer le créancier vers l'ordonnateur afin qu'il mette en œuvre son pouvoir de réquisition n'était guère satisfaisant. D'un point de vue purement juridique, cela revenait à méconnaître à la fois le rôle de l'ordonnateur et la finalité de la réquisition de paiement. D'une part, l'ordonnateur n'est pas le supérieur hiérarchique du comptable public, tous deux participant, par des fonctions différentes, à la tenue des finances publiques. D'autre part, le pouvoir de réquisition est « une sorte de soupape de sécurité [...] qui vise essentiellement à habiliter l'ordonnateur à assurer la bonne marche de ses services, quitte à enfreindre, s'il le faut, la légalité budgétaire et comptable dont le payeur est en principe le gardien »¹⁹³⁹. Il se trouve en outre que les ordonnateurs ne sont pas tenus de mettre en œuvre la réquisition et le font rarement.

Aussi, l'auteur concluait que « seule une pleine admission du recours en excès de pouvoir est de nature à permettre au juge administratif d'exercer les deux contrôles qu'appellent les refus de paiement des comptables et qu'il convient de bien distinguer : le refus se fonde-t-il, et se fonde-t-il vraiment sur un motif que le comptable est habilité à invoquer (contrôle de la compétence du comptable) ? Dans l'affirmative, ce motif est-il exact (contrôle du bien-fondé du refus du comptable) ? »¹⁹⁴⁰.

C'est effectivement la solution qui a été admise en 2003 par le Tribunal administratif de Paris à propos du refus de la Recette générale des finances de la ville de Paris de payer

¹⁹³⁷ *Ibid*, p. 182.

¹⁹³⁸ *Ibid*, p. 182-183.

¹⁹³⁹ *Ibid*

¹⁹⁴⁰ *Ibid*, p. 190.

l'indemnité arrêtée aux termes d'une transaction conclue entre la ville et un architecte¹⁹⁴¹. La transaction était destinée à réparer le préjudice causé à ce dernier en raison de l'abandon par la commune d'un projet qu'il devait initialement réaliser. Les services comptables ont refusé d'exécuter la transaction au motif qu'elle n'était pas homologuée. Le cocontractant a saisi le juge des référés du Tribunal administratif de Paris d'une demande de suspension de la décision de refus assortie d'une demande d'injonction de payer les sommes dues. Revenant sur la jurisprudence traditionnelle, le juge admet la recevabilité du recours. Il se fonde sur le fait, d'une part, que ce refus faisait grief au requérant, et sur la considération, d'autre part, que les règles propres à la comptabilité publique — et notamment le pouvoir de réquisition — ne sauraient faire obstacle au caractère exécutoire d'une transaction délibérée par le Conseil de Paris, motifs qui font écho aux remarques et préconisations de P. Amselek. La difficulté de la recevabilité levée, le juge fait droit à la demande du requérant, estimant qu'il y a bien un doute sérieux sur la légalité de la décision, dans la mesure où aucune disposition législative ou réglementaire, ni aucun principe général du droit ne conditionne la validité d'une transaction à l'homologation du juge. L'ordonnance rappelle par ailleurs que la compétence du comptable public en matière de dépenses est strictement limitée au contrôle qu'il doit effectuer en vertu de l'article 12 B du décret de 1962 alors en vigueur. Enfin, le juge des référés accepte de faire usage de son pouvoir d'injonction sur le fondement de l'article L. 911-1 du Code de justice administrative.

A plusieurs égards, il faut saluer cette décision. Outre ses contradictions, le maintien de la qualification de mesures d'ordre intérieur présentait le grave inconvénient de laisser démunis les cocontractants de l'administration, dans la mesure où la mise en œuvre de la réquisition n'a rien d'obligatoire, et que les demandes d'homologation ne sont pas admises sur ce fondement.

De même, la mise en œuvre du pouvoir d'injonction retient l'attention. En effet, il faut y voir une confirmation de ce que le juge administratif peut enjoindre aux cocontractants d'exécuter leur transaction. L'usage de l'injonction est d'autant plus remarquable qu'il va à l'encontre du refus traditionnel du juge administratif de mettre en œuvre les voies d'exécution juridictionnelles des décisions de justice à l'égard des transactions simples. Dans l'arrêt *Société de promotion et de réalisation hospitalières* du 1^{er} février 1984, le Conseil d'Etat refuse l'application des astreintes à ce type de transaction, la loi du 16 juillet 1980 ne

¹⁹⁴¹ TA Paris, 2 avril 2003, *Lion*, *AJDA* 2003, p. 1286, note E. Spitz.

bénéficiant qu'aux décisions de justice¹⁹⁴². L'ordonnance du Tribunal administratif de Paris marque-t-elle une évolution vers l'admission de ces voies d'exécution juridictionnelles pour les transactions non homologuées ? Outre que l'ordonnance est par elle-même insuffisante à établir avec certitude semblable évolution, il convient de rappeler que l'injonction n'est pas l'astreinte, la première existant indépendamment de la seconde. La question reste donc en suspens, et il faut plaider avec R. Chapus pour l'application des pouvoirs d'injonction et d'astreinte en vue de l'exécution des transactions simples. « Il serait normal que la loi soit modifiée, de façon à être également applicable en cas de refus d'exécuter les transactions régulièrement conclues, auxquelles le Code civil (article 2052) reconnaît l'autorité de la chose jugée », explique l'auteur¹⁹⁴³, rejoint notamment par Y. Gaudemet¹⁹⁴⁴.

Toutes ces solutions doivent s'appliquer aussi aux refus de mandatement des ordonnateurs. Il est loisible d'imaginer, par exemple, qu'une nouvelle équipe municipale désapprouve la transaction conclue par l'ancienne et refuse ainsi de l'ordonnancer sur le budget des dépenses de la commune. Une telle décision, qui fait grief au cocontractant de l'administration, peut faire l'objet d'un recours contentieux.

Afin de se prémunir contre ces difficultés, un référé-provision pourrait être aussi envisagé¹⁹⁴⁵. La jurisprudence demeure incertaine sur ce point, certaines décisions l'admettant quand d'autres la rejettent. Dans l'ordonnance du 2 juin 1992, *Passariello*, la Cour administrative d'appel de Lyon avait accueilli la demande de provision fondée sur une transaction qu'une des parties ne respectait pas¹⁹⁴⁶. Toutefois, plus tard, en 2008, le juge des référés du Tribunal administratif de Versailles a jugé qu'il ne pouvait être valablement saisi des demandes tendant à l'exécution d'une transaction. Plus précisément, les parties à une transaction, la société Bouygues bâtiment Ile-de-France et la Commune d'Etampes, demandaient au juge des référés, par des requêtes examinées conjointement, de condamner

¹⁹⁴² CE, 1^{er} février 1984, *Société de promotion et de réalisation hospitalières*, préc. Le Conseil d'Etat juge ainsi : « que seule l'inexécution d'une décision rendue par une juridiction administrative est susceptible de fonder la condamnation de l'Etat à l'astreinte prévue par l'article 2 de la loi susvisée du 16 juillet 1980 ; que, par suite, les conclusions aux fins d'astreinte de la société ne peuvent qu'être rejetées, nonobstant la circonstance que l'objet de la convention dont l'inexécution est alléguée est constitué par une transaction ayant pour but de prévenir un litige ressortissant à la compétence de la juridiction administrative ».

¹⁹⁴³ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, préc., n° 1293.

¹⁹⁴⁴ Y. GAUDEMET, « Le "précontentieux" : le règlement non juridictionnel des conflits dans les marchés publics », préc., p. 90.

¹⁹⁴⁵ Le référé-provision est évoqué par l'article R. 541-1 du Code de justice administrative : « Le juge des référés peut, même en l'absence d'une demande au fond, accorder une provision au créancier qui l'a saisi lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable. Il peut, même d'office, subordonner le versement de la provision à la constitution d'une garantie ».

¹⁹⁴⁶ CAA Lyon, 2 juin 1992, *Passariello*, *Leb.*, p. 1122.

chacune d'elles au versement d'une provision correspondant aux stipulations de la transaction conclue pour régler le litige né de l'exécution d'un marché public.

Après avoir cité les articles 2044 et 2052 du Code civil, l'ordonnance du 11 décembre 2008 rappelle que la transaction est « exécutoire de plein droit, sans qu'y fassent obstacle, notamment, les règles de la comptabilité publique », conformément à l'avis *L'Hay-les-Roses*, et en déduit que « lorsque l'exécution d'une transaction se heurte à des difficultés particulières, si les parties sont recevables à présenter au juge administratif des conclusions tendant à ce qu'il homologue la transaction, des conclusions tendant à l'exécution de la transaction sont dépourvues d'objet, et par suite, irrecevables »¹⁹⁴⁷. Une interrogation fondamentale découle de ce considérant.

Il est jugé que là où l'homologation est ouverte pour lever les difficultés d'exécution des transactions, se trouve corrélativement fermée toute autre voie de droit. Cela revient *in fine* à consacrer une sorte d'exclusivité à la voie l'homologation, d'exception du recours le plus approprié. Reste à déterminer le champ de cette exclusivité : se limite-t-il aux seules difficultés d'exécution qui ouvrent droit au recours à l'homologation ou exclut-il, de manière générale, toute autre voie de droit même pour les difficultés d'exécution insuffisantes à permettre l'homologation ? L'ordonnance, telle que rédigée, ne permet de répondre à cette interrogation. En outre, la solution retenue présente un inconvénient pratique, celui de faire peser une incertitude sur les parties. Dans la mesure où la recevabilité des demandes d'homologation ne résulte pas automatiquement de toute difficulté d'exécution¹⁹⁴⁸, l'analyse menée par le Tribunal administratif place les parties dans l'obligation de tenter d'identifier quelle pourra être l'appréciation portée sur la difficulté particulière qu'elles rencontrent. Il est vrai que les parties sont libres de saisir le juge à la fois une demande d'homologation et d'un référé-provision.

Il y aurait sans doute à gagner en jugeant recevable le référé-provision en cas de difficulté d'exécution des transactions. Ordonner provisoirement la provision, en l'absence de contestation sérieuse de l'existence de l'obligation, peut avoir pour effet de favoriser l'exécution définitive de la transaction. D'autant que homologation ou référé-provision, il s'agit toujours de réintroduire le juge étatique dans un procédé alternatif de règlement des litiges.

¹⁹⁴⁷ TA Versailles, 11 décembre 2008, *SA Bouygues*, N° 0711157, *AJDA* 2009, p. 726.

¹⁹⁴⁸ V. sur ce point, partie I, titre II, chapitre II, section II, § II, p. 292 et s.

Au titre des mécanismes permettant de contraindre la collectivité débitrice à exécuter ses obligations transactionnelles, il faut également mentionner les procédures financières. Celles-ci reposent sur la notion de dépense obligatoire et concernent les dépenses des collectivités territoriales et des établissements publics locaux. Toutes les procédures d'exécution ne supposent pas nécessairement l'intervention du juge étatique. En l'occurrence, c'est vers la Chambre régionale des comptes et le représentant de l'Etat qu'il faut se tourner.

Le Code général des collectivités territoriales et la jurisprudence définissent la notion de dépense obligatoire. Il ressort de l'article L. 1612-5 du Code que « ne sont obligatoires pour les collectivités territoriales que les dépenses nécessaires à l'acquittement des dettes exigibles et les dépenses pour lesquelles la loi l'a expressément décidé ». A partir de là, il a été jugé qu'une dépense n'a un caractère obligatoire que si elle correspond à une dette échue, certaine, liquide, non sérieusement contestée dans son principe et dans son montant, et découlant de la loi, d'un contrat, d'un délit, d'un quasi-délit ou de toute autre source d'obligations. Les engagements transactionnels peuvent donc être regardés comme des dépenses obligatoires. Tout cocontractant de l'administration qui ne parviendrait pas à obtenir le règlement complet de sa créance par une collectivité territoriale pourra user de cette procédure.

Il lui faudra saisir directement et sans formalité la Chambre régionale des comptes pour lui demander de déclarer cette dépense obligatoire et de mettre en demeure, s'il y a lieu, le débiteur d'inscrire les crédits nécessaires à son budget. La saisine peut être aussi le fait du représentant de l'Etat dans le département, le comptable public concerné ou toute personne qui y a un intérêt. A partir de là, la Chambre peut dénier à la dépense en cause le caractère de dépense obligatoire, ce qui a pour effet de stopper la procédure. La partie intéressée aura toujours le loisir de contester cette décision devant le juge administratif¹⁹⁴⁹. La Chambre peut aussi accueillir la demande et adresser une mise en demeure à la collectivité concernée. Si la collectivité s'exécute, la procédure est close. En revanche, si elle maintient son refus d'inscrire les crédits nécessaires au paiement de sa dette, la Chambre devra faire appel au Préfet, qui seul est doté des pouvoirs de substitution. Dans le cas d'un refus pur et simple de la collectivité de mettre en mandatement la dépense en cause alors que les crédits existent, le Préfet a le pouvoir de prendre une décision de mandatement d'office à la place de l'ordonnateur. En cas de crédits insuffisants, il a le pouvoir d'inscrire au budget les crédits nécessaires au mandatement de la dépense obligatoire. Il lui faudra toutefois au préalable, et à

¹⁹⁴⁹ S'agissant de la contestation du caractère obligatoire d'une dépense résultant d'une transaction administrative, v. à titre d'exemple, CAA Marseille, 28 mars 2013, *Commune de Briançon*, N° 12MA04341, *RFDA* 2013, note F. Salvage, p. 1291.

titre consultatif, recueillir l'avis de la Chambre régionale des comptes — avis proposant la création de ressources ou la diminution de dépenses facultatives de manière à couvrir la dépense obligatoire. Il appartiendra ensuite au représentant de l'Etat de régler et de rendre exécutoire le budget rectifié en conséquence. La procédure peut connaître quelques complications, si la collectivité émet une contestation sérieuse de la créance¹⁹⁵⁰. La Chambre régionale des comptes est alors tenue de rejeter la requête en inscription ou en mandatement d'office. Ceci ne fait cependant pas obstacle à ce que le créancier la saisisse à nouveau d'une demande mieux fondée ou défende au contentieux, devant le juge compétent, le bien-fondé de ses prétentions.

Le plus souvent, les personnes publiques qui transigent s'engagent à des obligations de payer. Mais, il arrive aussi que leurs concessions soient constitutives d'une obligation de faire, comme la réintégration d'un ancien agent, la réalisation de travaux, ou la mise à disposition d'un terrain pour une certaine période. Est-il possible alors de forcer une personne publique à exécuter une obligation de faire, quand elle ne s'y soumettrait pas spontanément ? En raison du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active, la réponse fut longtemps négative¹⁹⁵¹. Aujourd'hui, la loi du 8 février 1995 a bouleversé l'état du droit. Dès lors que le juge administratif accepte d'user de son pouvoir d'injonction à l'égard de l'administration afin qu'elle exécute les obligations de payer résultant d'une transaction¹⁹⁵², rien ne fait obstacle à ce qu'il en aille de même pour les obligations de faire. En revanche, le recours à l'exécution forcée contre l'administration sur la base de la transaction est difficilement concevable. L'exécution forcée se définit comme « le pouvoir de contraindre [un sujet] à exécuter, y compris à son corps défendant, par saisie ou aliénation forcée de ses biens »¹⁹⁵³. Or, les principes protecteurs des biens des personnes publiques s'y opposent. En effet, compte tenu du principe traditionnel d'insaisissabilité des biens des personnes publiques, « aucune procédure d'exécution ne peut être mise en œuvre à l'encontre des personnes morales de droit public, qu'il s'agisse [...] de saisies-attribution, de saisies mobilières ou de saisies immobilières »¹⁹⁵⁴. Ce principe reçoit un champ d'application assez large, que ce soit dans sa dimension organique ou matérielle. D'une part, il intéresse

¹⁹⁵⁰ Une action menée devant une juridiction étatique ne suffit pas en soi à qualifier une contestation de sérieuse, CE, 23 octobre 1985, *Commune de Blaye-les-Mines, Leb.*, p. 297 ; CE, 16 octobre 1996, *Département de la Loire, Leb.*, p. 405.

¹⁹⁵¹ V. sur ce point, L. FOLLIOU, *Pouvoirs des juges administratifs et distinction des contentieux en matière contractuelle*, préc., p. 62.

¹⁹⁵² V. *Supra*, p. 578 et s.

¹⁹⁵³ L. FOLLIOU, *Pouvoirs des juges administratifs et distinction des contentieux en matière contractuelle*, préc., p. 61.

¹⁹⁵⁴ Lamy, *Droit de l'exécution forcée*, préc., étude 610-1.

tous les services centraux et déconcentrés de l'Etat, les collectivités territoriales, ainsi que l'ensemble des établissements publics¹⁹⁵⁵. D'autre part, il porte sur tous les biens des personnes publiques, de leur domaine public à leur domaine privé, des immeubles aux meubles¹⁹⁵⁶. Naturellement, il s'agit par là de protéger les biens publics : « L'exécution directe sur les personnes publiques, et particulièrement sur l'Etat, n'a jamais pu avoir lieu, parce que l'admettre serait revenu à remettre en cause leur existence même. [...] la personne publique, parce qu'elle représente l'intérêt général et la puissance publique, ne peut pas être dépouillée contre son gré de ses biens qui servent d'assise à son pouvoir [...] »¹⁹⁵⁷. En outre, « la puissance publique ne peut être mise en œuvre contre la puissance publique », signale P. Delvolvé¹⁹⁵⁸. On voit mal comment l'Etat pourrait apporter le concours de la force publique dont il a l'exclusivité à l'exécution forcée d'une mesure qu'il refuse par ailleurs de réaliser. Il restera toujours aux parties lésées la possibilité d'engager une action en dommages et intérêts devant le juge administratif pour le manquement de la personne publique à ses obligations transactionnelles. Dans cette hypothèse, il faut reconnaître avec P. Delvolvé que « mieux vaut un bon procès qu'une transaction, bonne ou mauvaise »¹⁹⁵⁹.

b. Les moyens d'action contre les personnes privées

La personne publique qui transige avec une personne privée n'a guère à redouter les risques d'une inexécution ou d'une exécution non conforme du contrat. Ceci s'explique non par une aptitude remarquable des personnes privées à s'exécuter loyalement, mais par les moyens mis à disposition des personnes publiques pour faire face à ces situations. Forcer l'exécution de la transaction est plus aisé lorsque le récalcitrant est une personne privée et le cocontractant lésé une personne publique.

Sauf à ce que leur cocontractant soit parfaitement insolvable, les personnes publiques bénéficient de voies de droit privilégiées pour obtenir le paiement de la somme d'argent arrêtée aux termes d'une transaction. Le droit budgétaire et comptable autorise, en effet, les comptables publics à émettre un titre exécutoire¹⁹⁶⁰. Ainsi les personnes publiques sont en

¹⁹⁵⁵ V. sur ce point, Lamy, Droit de l'exécution forcée, préc., étude 610-1.

¹⁹⁵⁶ *Ibid*, étude 610-60.

¹⁹⁵⁷ C. CHAMARD, « La distinction des biens publics et des biens privés », *D.* 2004, p. 496 et s.

¹⁹⁵⁸ P. DELVOLVÉ, « L'exécution contre l'administration », *RTD Civ.* 1993, n° spécial, p. 152.

¹⁹⁵⁹ *Ibid*, p. 151.

¹⁹⁶⁰ V. sur ce point, p. 275 et s.

mesure de se délivrer à elles-mêmes ce titre exécutoire permettant le recouvrement des sommes qu'elles estiment leur être dues, y compris sur le fondement d'un contrat. Dans tous les cas où la personne publique dispose des moyens de répondre par elle-même à une situation, et compte tenu de l'obligation qui pèse sur elle d'exercer les pouvoirs dont elle est investie — obligation consacrée par l'arrêt *Préfet de l'Eure*¹⁹⁶¹ —, tout recours contentieux de sa part tendant à une condamnation pécuniaire est, en principe, irrecevable. Dans son manuel, R. Chapus observe que « dans de tels cas, sont irrecevables, tant, par exemple, le recours par lequel un préfet demande la condamnation d'une commune au paiement de redevances qu'il estime dues au département, que des recours formés par les autorités administratives contre des administrés en vue de leur condamnation à des dommages-intérêts ou au paiement ou remboursement de diverses autres sommes »¹⁹⁶². C'est là toutefois un principe assorti d'une exception importante : la créance résultant d'un contrat. En effet, « la jurisprudence consacre la possibilité pour les personnes publiques en général de renoncer à user du procédé de l'état exécutoire à l'égard de leurs cocontractants, relativement à des créances ayant leur fondement dans le contrat »¹⁹⁶³. Dès lors, le juge est en mesure de prononcer à l'encontre des cocontractants des condamnations pécuniaires. « Aucun principe général du droit ne s'oppose à ce que la personne publique demande au juge de condamner le cocontractant à payer des sommes dues à raison de l'exécution du contrat, plutôt que d'émettre à son encontre un état exécutoire », est-il encore observé¹⁹⁶⁴. C'est ainsi que les personnes publiques pourront saisir le juge administratif d'un recours de plein contentieux afin qu'il condamne le cocontractant au paiement des sommes prévues par une transaction.

Pour R. Chapus, cette solution s'explique par la spécificité de la matière contractuelle : « le recours par l'administration au procédé contractuel est considéré comme justifiant qu'elle renonce, en matière de contentieux pécuniaires, à user d'une prérogative dont ses cocontractants ne disposent pas »¹⁹⁶⁵.

Certes, ce titre exécutoire peut faire l'objet d'un recours contentieux, mais il n'en reste pas moins que la personne publique a les moyens d'obliger son cocontractant à exécuter ses obligations transactionnelles de payer, y compris à son corps défendant. La rapidité et l'efficacité de la procédure de paiement sont autant de garanties de la bonne exécution du contrat.

¹⁹⁶¹ CE, 30 mai 1913, *Préfet de l'Eure*, *Leb.*, p. 583.

¹⁹⁶² R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, préc., n° 477.

¹⁹⁶³ *Ibid.*, n° 482.

¹⁹⁶⁴ E. BENABENT, *L'exécution en nature des contrats des personnes publiques*, préc., p. 230.

¹⁹⁶⁵ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, préc., n° 482.

La question est plus délicate en ce qui concerne les obligations de faire, à l'instar, par exemple, de l'engagement transactionnel de restituer du matériel à la collectivité. On sait que traditionnellement, sont jugés irrecevables des recours demandant la condamnation du défendeur à des obligations de faire, quand la personne publique requérante a le pouvoir d'imposer de telles obligations. Ce principe trouve aussi à s'appliquer en matière contractuelle, où il a été jugé qu'« il n'appartient pas au juge administratif d'intervenir dans la gestion du service public en adressant, sous menace de sanctions pécuniaires, des injonctions à ceux qui ont contracté avec l'administration, lorsque celle-ci dispose à l'égard de ces derniers des pouvoirs nécessaires pour assurer l'exécution du marché »¹⁹⁶⁶. Mais, ces pouvoirs étant reconnus à l'administration pour le bon fonctionnement du service public, il faut en conclure que, dans tous les cas où elles n'en disposent pas, l'administration n'a d'autre choix que de saisir le juge aux fins d'enjoindre la personne privée à exécuter ses obligations transactionnelles. « Une injonction [...] est possible si l'administration n'a pas les pouvoirs nécessaires », explique L. Richer¹⁹⁶⁷.

Le développement de tous ces mécanismes montre l'attachement des pouvoirs publics à la loi contractuelle, dont bénéficie aussi la transaction administrative. Il y a là un effort important en faveur de la sécurité juridique des cocontractants. Mais, quoi qu'il en soit, les parties ne sont jamais démunies, l'action en dommages et intérêts constituant un ultime recours. Dans tous les cas, il leur faut accepter de devoir affronter de nouvelles procédures plus ou moins longues. En outre, cet attachement au contrat se manifeste aussi dans la volonté de le maintenir dans l'ordonnement juridique.

§II. LE MAINTIEN DES TRANSACTIONS ADMINISTRATIVES PAR LE JUGE

La doctrine ne cesse de signaler le mouvement récent en faveur du maintien du contrat dans l'ordonnement juridique. Les arrêts *Société Tropic travaux signalisation* et *Commune de Béziers* témoignent, entre autres, de la volonté du juge administratif de favoriser la stabilité des contrats. En droit administratif, comme en droit civil¹⁹⁶⁸, la loi contractuelle tend donc à

¹⁹⁶⁶ CE, 27 janvier 1933, *Le Loir, Leb.*, p. 136.

¹⁹⁶⁷ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, préc., n° 666.

¹⁹⁶⁸ Pour reprendre l'observation de J. MESTRE, « Observations sur l'attitude du juge face aux difficultés d'exécution du contrat », préc., p. 91.

prévaloir sur d'autres considérations. Ce mouvement concerne également la transaction administrative. Ce n'est que dans des cas extrêmes, en ultime recours, que la transaction sera anéantie, le juge privilégiant sinon le maintien des transactions dans l'ordonnement juridique, que ce soit en cas de manquements dans l'exécution des obligations transactionnelles (A) ou de changements de circonstances (B).

A. L'anéantissement des transactions, sanction ultime en cas de manquements

Comme pour tout contrat, le manquement à une obligation convenue aux termes d'une transaction administrative donne lieu à des sanctions, et comme pour tout contrat aussi, seuls les manquements graves conduisent à l'anéantissement de cette même transaction. Cette dernière mesure n'est prononcée qu'à titre exceptionnel, en tout dernier lieu. C'est ce qui a été précisé par la Cour administrative d'appel de Paris dans l'arrêt du 12 juillet 2010, *SAS Laine Delau*¹⁹⁶⁹.

En cas de non-respect des obligations transactionnelles, différentes sanctions sont prévues par le droit en vigueur, chacune correspondant à un degré de gravité du défaut. Ainsi, s'agissant des contrats synallagmatiques, s'applique aux manquements les plus graves la sanction la plus radicale, la résolution judiciaire. L'article 1184 du Code civil énonce, en effet, que « la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisferait point à son engagement. Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté a le choix, de forcer l'autre à exécuter la convention ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. La résolution doit être demandée en justice [...] ». Une alternative est donc offerte aux intéressés : « pour sortir de l'impasse [qu'est l'inexécution des engagements contractuels], celui qui est disposé à exécuter a une option entre deux demandes judiciaires : ou bien il réclame l'exécution forcée de l'obligation de l'autre, en nature ou en équivalent, ou bien, choisissant la voie de la résolution, il requiert l'anéantissement du contrat et, le cas échéant, la restitution de sa prestation et des dommages-intérêts »¹⁹⁷⁰. Pour la doctrine civiliste, le droit de résolution des contrats synallagmatiques repose essentiellement sur la notion de cause : « le droit de faire résoudre le contrat procède

¹⁹⁶⁹ CAA, 12 juillet 2010, *SAS Laine Delau*, N° 08PA04000.

¹⁹⁷⁰ P. MALINVAUD, D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, Paris, LexisNexis, coll. Manuels, 12^e éd., 2012, n° 513.

de l'idée que le cocontractant s'est obligé en vue d'obtenir l'exécution de la prestation qui lui a été promise en retour et qu'en cas de défaillance de celle-ci, son obligation devient sans cause »¹⁹⁷¹. Ce droit a du reste été qualifié de « sanction naturelle de l'inexécution des obligations [...] pour les contrats synallagmatiques »¹⁹⁷².

La résolution n'est donc pas liée à un quelconque préjudice, mais plus généralement au constat d'un manquement aux obligations contractuelles. Ce manquement peut être total ou partiel, résulter ou non d'une faute du contractant¹⁹⁷³. En cas d'inexécution, il appartient aux parties intéressées de demander au juge la résolution du contrat, lui seul ayant, en principe, le pouvoir de la prononcer, et encore que pour les manquements les plus graves. « En règle générale, expliquent les auteurs, le juge prononce la résolution s'il estime que l'altération du lien contractuel est telle que le demandeur n'aurait pas contracté s'il l'avait prévue »¹⁹⁷⁴. Il est envisagé pour les manquements de moindre importance des sanctions moins radicales, c'est-à-dire que le juge rejette la demande de résolution du contrat, tout en accordant au demandeur des dommages-intérêts ou en réduisant les prestations dues¹⁹⁷⁵.

En principe, si elle est prononcée, la résolution conduit à un anéantissement total du contrat, qui est alors réputé n'avoir jamais été conclu, ses effets cessant pour le passé et pour l'avenir. Les choses doivent être remises dans leur état d'origine, ce que l'on appelle le retour au *statu quo ante*. Pareille mesure ne saurait être confondue avec la résiliation, qui, elle, ne vaut que pour l'avenir, sans être nécessairement une sanction¹⁹⁷⁶.

La résolution présente un grand intérêt en ce qu'elle pourrait aisément s'appliquer à la transaction administrative, contrat synallagmatique, sans lien direct avec le service public.

La notion de service public motive, en effet, des sanctions propres aux contrats administratifs. Traditionnellement, la collectivité publique dispose du pouvoir de sanctionner son cocontractant sans avoir à saisir le juge. Les mesures peuvent être pécuniaires, coercitives, résolutoires — c'est-à-dire dans ce dernier cas, une résiliation pour faute. Toutes sont la marque du pouvoir unilatéral dont dispose l'administration eu égard au bon fonctionnement du service public. La plus radicale de ces sanctions est évidemment la

¹⁹⁷¹ F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, préc., n° 647.

¹⁹⁷² P. MALINVAUD, D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, préc., n° 488.

¹⁹⁷³ Cette solution permet de faire application du droit de résolution même dans les hypothèses de cas fortuit et de force majeure. Sur la question des rapports entre résolution judiciaire et théorie des risques, v. F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, préc., n° 650.

¹⁹⁷⁴ *Ibid.*, n° 652.

¹⁹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁹⁷⁶ La résiliation est aussi un moyen de rompre les contrats à exécution successive et à durée indéterminée, comme le PACS. Sur les définitions de la résiliation et de la résolution, v. F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, préc., n° 655.

résiliation pour faute. Si l'administration peut la mettre en œuvre même dans le silence du contrat¹⁹⁷⁷, il arrive aussi qu'elle renonce à la prononcer, préférant s'en remettre au juge administratif¹⁹⁷⁸. Là encore, cette mesure n'est destinée qu'à sanctionner les manquements les plus graves¹⁹⁷⁹, et le rapport de proportionnalité entre la gravité de la faute et la nature de cette sanction conditionne la légalité de la résiliation. Les auteurs précisent que « la gravité s'apprécie par rapport aux conséquences pour le service et par rapport au caractère essentiel de l'obligation enfreinte »¹⁹⁸⁰. Il peut s'agir de dysfonctionnements matériels du service¹⁹⁸¹ ou de manquements aux obligations financières¹⁹⁸². Enfin, la résiliation entraîne la cessation du contrat pour l'avenir uniquement. Elle est prononcée aux torts du contractant, qui n'a droit à aucune indemnité et doit supporter, au surplus, ses éventuelles conséquences onéreuses¹⁹⁸³. Des mesures plus douces sanctionnent les manquements moins graves, à l'instar des sanctions pécuniaires, comme les pénalités de retard, ou des sanctions coercitives, destinées à obtenir la prestation en dépit de la carence du cocontractant et à ses frais.

Ces développements intéressent directement la transaction administrative, dès lors qu'ils permettent d'identifier quelles pourraient être les sanctions adéquates aux manquements aux obligations transactionnelles. Et ce, d'autant plus que la jurisprudence s'est rarement exprimée sur la question. Elle se résume en substance à la décision du 12 juillet 2010, *SAS Laine Delau*, à propos de manquements à des obligations nées des engagements réciproques¹⁹⁸⁴.

En l'espèce, en raison de l'inexécution par son cocontractant de ses obligations, la SNCF a engagé une action en résolution de la transaction conclue. Aux termes du contrat, la société Laine Delau s'engageait, notamment, à reprendre des malfaçons constatées lors de la remise de précédents travaux à la SNCF, en échange de l'abandon, par cette dernière, des réserves émises au sujet de ces malfaçons et de la renonciation aux pénalités de retard. Toutefois, en raison du maintien de certaines réserves, la SNCF a saisi le Tribunal administratif de Paris d'une demande tendant à la résolution de la transaction et à la

¹⁹⁷⁷ CE, 30 septembre 1983, *SARL Comexp*, *Leb.*, p. 393.

¹⁹⁷⁸ Sur les conditions de forme et de procédure, et notamment la question de la mise en demeure, v. L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, préc., n° 474.

¹⁹⁷⁹ CE, 21 janvier 1944, *Société d'entreprises et de construction en béton armé*, *Leb.*, p. 23.

¹⁹⁸⁰ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, préc., n° 472.

¹⁹⁸¹ CE, 7 mai 1937, *Société Samson et Spitzner*, *Leb.*, p. 480.

¹⁹⁸² CE, 14 mars 1928, *Gagnieux*, *Leb.*, p. 356.

¹⁹⁸³ V. sur ce point, L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, préc., n° 473.

¹⁹⁸⁴ Dans la mesure où l'extinction du litige s'opère automatiquement dès la signature du contrat, ne nécessitant pour ce faire aucune action positive des parties - sauf réserves émises expressément à ce sujet -, il ne saurait y avoir de manquement sur ce point. V. partie I, titre II, chapitre II, section I, § II, p. 240 et s.

condamnation de la société aux pénalités de retard, notamment. Le rejet de la demande de la SNCF par le Tribunal, s'agissant du sort de la transaction, n'a pas empêché la Société Laine Delau de former un recours en appel.

La Cour énonce d'abord que « si l'autorité de chose jugée qui s'attache au contrat de transaction en vertu de l'article 2052 du code civil ne fait pas obstacle au prononcé par le juge de sa résolution pour inexécution, c'est à la condition que l'inexécution invoquée présente [...] un caractère de suffisante gravité ». En l'occurrence, elle rejette la demande, considérant que les manquements ne présentaient pas un degré de gravité suffisant. Cette décision ne manque pas de soulever un certain nombre d'interrogations : à quel type de sanction renvoie le terme de résolution évoqué dans la décision ? Et quels doivent en être les effets au regard de la nature particulière de la transaction administrative ?

En utilisant le terme de résolution pour manquements graves, la Cour accepte de se placer sur le terrain des sanctions, et qui plus est de la plus radicale, celle qui implique la cessation des effets du contrat pour le passé et l'avenir¹⁹⁸⁵. Ce choix de retenir la sanction de la résolution en cas de manquements graves aux obligations d'une transaction administrative doit être salué. Seule la résolution se justifiait, compte tenu des incompatibilités entre transaction et résiliation.

La première incompatibilité entre transaction et résiliation réside dans le caractère unilatéral de la résiliation pour faute et sa motivation. La résiliation pour faute est une mesure unilatérale que prononce l'administration, tandis que le bon fonctionnement du service public est compromis. Comme on le sait, la transaction administrative doit sa qualification de contrat administratif, non à un lien direct avec le service public, mais à la nature du litige qu'elle règle. Ne saurait donc être appliquée à ce contrat une sanction motivée par la notion de service public. En outre, parce qu'elle a trait au service public, la sanction est unilatérale, caractéristique qui vient heurter frontalement l'esprit égalitaire de la transaction. En effet, sans lien direct avec le service public, et ayant pour objet de régler un litige, la transaction suppose une égalité certaine entre les parties.

La seconde incompatibilité porte, cette fois, sur les effets de la résiliation, qui se concilient mal avec ceux de la transaction. Il a été indiqué que la résiliation entraîne la cessation des effets du contrat pour l'avenir, laissant en l'état les effets passés. Or, la transaction a pour effet à la fois d'éteindre le litige et de mettre à la charge des parties des droits et obligations. Comment dès lors concevoir que ce contrat puisse cesser de produire des

¹⁹⁸⁵ A la différence de la résiliation, qui ne vaut que pour l'avenir et qui peut être prononcée unilatéralement par l'administration, comme on le sait. V. sur ce point, *supra*, présent chapitre, p. 554.

effets seulement pour l'avenir ? Est-ce à dire que le contrat pourrait être éteint pour l'avenir, quand ses effets passés demeureraient ? Auquel cas le litige renaîtrait pour l'avenir, ou bien demeurerait éteint pour le passé et l'avenir, tandis que les obligations cesseraient, elles, pour l'avenir ? Aucune de ces hypothèses n'est concevable. La transaction étant un contrat global et indivisible, extinction du litige et concessions réciproques vont de pair en raison de la définition de ce contrat.

Il ne saurait donc être question, pour la transaction administrative, que de la résolution au sens de l'article 1184 du Code civil. C'est cette « sanction naturelle »¹⁹⁸⁶ des manquements aux contrats synallagmatiques qu'il faut privilégier. L'anéantissement du contrat doit être total et les parties remises dans leur état d'origine.

Il faut noter, enfin, que cet anéantissement n'intervient qu'en dernier recours, en présence de manquements graves, c'est-à-dire de ceux qui sont susceptibles de résulter de l'inexécution partielle ou totale des obligations financières ou de la non-réalisation de prestations matérielles prévues par le contrat. Lors de l'opération de qualification des manquements, le juge pourra relever la mauvaise foi des parties. La circonstance qu'une partie a intentionnellement refusé de s'exécuter, voire même a cherché ce faisant à nuire délibérément à son cocontractant, constitue un dol dans l'exécution du contrat, qui peut contribuer à caractériser des manquements graves nécessitant la sanction la plus radicale. La sanction par l'anéantissement des transactions administratives est donc réservée aux faits graves. Tout comme pour les changements de circonstances, l'anéantissement du contrat doit demeurer exceptionnel.

B. L'anéantissement des transactions, ultime mesure face aux changements de circonstances

La question de l'incidence des changements de circonstances est susceptible d'intéresser celles des transactions qui prévoient des obligations étalées dans le temps. Si ces transactions sont rares, la question n'est pas anecdotique, surtout depuis l'admission par le Conseil d'Etat d'éléments extérieurs au litige initial dans les concessions réciproques¹⁹⁸⁷. Qu'advient-il par exemple, si la société Krupp Hazemag qui s'était engagée par une

¹⁹⁸⁶ P. MALINVAUD, D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, préc., § 488.

¹⁹⁸⁷ V. sur ce point, partie I, titre I, chapitre II, section II, § II, pp. 148-149.

transaction à créer un certain nombre d'emplois et à les maintenir sur plusieurs années¹⁹⁸⁸ fait faillite ?

Il va de soi qu'une telle question n'est pas propre à la transaction administrative, puisque tout contrat est conclu selon un contexte socio-économique susceptible d'évoluer. Certains de ces changements sont tout à fait anodins et ne suscitent pas de difficulté particulière, quand d'autres dépassent les prévisions des parties et compromettent l'exécution du contrat. Dans ces conditions, la jurisprudence administrative ou judiciaire¹⁹⁸⁹ marque son attachement au maintien du contrat dans l'ordonnancement juridique. Il s'agit de tenir compte des changements de circonstances, tout en travaillant au maintien du contrat. En droit administratif plus précisément, différentes théories ont été élaborées qui permettent d'identifier ces changements et d'en définir les conséquences. Leur examen montre que la résiliation est rarement prévue. Elle apparaît comme la solution ultime en cas d'empêchement grave à l'exécution du contrat, des mesures plus douces étant largement privilégiées. Il s'agit alors de confronter ces théories au contrat particulier qu'est la transaction administrative. La plupart des constructions reposent, en effet, sur la notion de service public. L'intérêt du service public, ou plus exactement, la continuité du service public exige une évolution du contrat de manière à rééquilibrer les obligations réciproques. Qu'en est-il s'agissant d'un contrat administratif sans lien direct avec le service public ? Si, en l'état, la jurisprudence n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur la question, il est probable que la transaction bénéficie de cette tendance générale au maintien du contrat dans l'ordonnancement juridique, et que, par conséquent, sa disparition soit prononcée en tout dernier recours. Pour le reste, les règles applicables dépendent du changement en cause. Deux types de changements de circonstances doivent être distingués : les changements dépourvus de tout lien avec les parties et ceux non dépourvus de tout lien avec elles. Comme la formule empruntée au droit de la responsabilité administrative le laisse supposer, il y a des événements qui se réalisent indépendamment de la volonté et de l'action des parties (a) et d'autres, qui leur sont imputables (b).

a. Les changements dépourvus de tout lien avec les parties

Plusieurs changements extérieurs aux parties et de nature à compromettre l'exécution des contrats sont susceptibles de survenir. Le droit administratif identifie les sujétions

¹⁹⁸⁸ CE, Ass., 11 juillet 2008, *Société Krupp Hazemag*, préc.

¹⁹⁸⁹ V. J. MESTRE, « Observations sur l'attitude du juge face aux difficultés d'exécution du contrat », préc., p. 91.

imprévues, les travaux indispensables, l'imprévision et la force majeure. Tous présentent des caractéristiques quelque peu différentes, qui justifient soit le maintien du contrat, soit la résiliation non fautive. Faute de précision jurisprudentielle à ce sujet, il importe d'examiner si ces constructions sont applicables à la transaction administrative. Pour ce faire, il faut en considérer les éléments caractéristiques, leurs motivations et leurs conséquences, et les confronter à la transaction.

La théorie des sujétions imprévues trouve tout particulièrement à s'appliquer dans le domaine des marchés de travaux publics. Celles-ci sont définies comme « des difficultés matérielles rencontrées lors de l'exécution du marché, présentant un caractère exceptionnel, imprévisible lors de la conclusion du contrat et dont la cause est extérieure aux parties »¹⁹⁹⁰. Il s'agit autant d'évènements naturels que d'agissements humains étrangers aux parties¹⁹⁹¹. En présence de telles difficultés, deux possibilités, tributaires de chaque situation, sont offertes aux parties : ou bien les sujétions ont pour effet de modifier complètement la situation juridique née du contrat, et les parties se trouvent alors déchargées de leurs obligations, ou bien l'exécution du contrat est encore possible, et les parties sont donc tenues d'y procéder sous réserve de l'indemnisation des préjudices subis — par le biais d'un relèvement de prix, plus précisément¹⁹⁹².

En matière de marchés de travaux, le cocontractant de l'administration a aussi la possibilité de faire appel à la théorie jurisprudentielle des travaux indispensables. Celle-ci autorise exceptionnellement l'indemnisation des travaux réalisés par l'entrepreneur de sa propre initiative et non en vertu d'un ordre écrit, dès lors qu'ils ont été indispensables à la bonne exécution des ouvrages compris dans les prévisions du marché¹⁹⁹³. Bien souvent cette indemnisation s'opère par une transaction¹⁹⁹⁴. Se pourrait-il que par une sorte de mise en abyme, une transaction conclue sur ce fondement donne lieu à des travaux indispensables ? L'hypothèse doit être exclue dans la mesure où les transactions conclues sur le fondement de cette théorie se bornent à l'indemnisation pécuniaire desdits travaux, sans en prévoir de nouveaux qui pourraient appeler la réalisation de travaux qualifiés d'indispensables.

¹⁹⁹⁰ CE, 30 juillet 2003, *Commune de Lens*, *BJDCP* 2003, n° 31, p. 462, concl. Piveteau, *AJDA* 2003, p. 1727, note J.-D. Dreyfus.

¹⁹⁹¹ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, préc., n° 513.

¹⁹⁹² Sur tous ces éléments, v. L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, préc., n° 513.

¹⁹⁹³ CE, 17 octobre 1975, *Commune de Canari*, préc.

¹⁹⁹⁴ V. sur ce point, partie I, titre I, chapitre II, section II, § II, p. 160 et s.

Depuis l'arrêt du 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, il existe aussi la théorie dite de l'imprévision¹⁹⁹⁵. L'exigence de la continuité du service public, sur laquelle elle repose principalement, en détermine largement les conditions d'application et occurrences. Se distinguant du juge judiciaire¹⁹⁹⁶, le Conseil d'Etat a jugé que doit être indemnisé le cocontractant qui a poursuivi l'exécution du contrat malgré la survenance d'évènements imprévisibles au moment de sa conclusion, déjouant même toutes les prévisions des parties et qui provoquent un bouleversement de l'économie générale dudit contrat¹⁹⁹⁷. Quant au champ d'application de la théorie, il est conditionné par la notion de service public. Ainsi, « elle peut être invoquée à partir du moment où le contrat est conclu pour les besoins d'un service public »¹⁹⁹⁸. Un jugement du Tribunal administratif de Rouen a précisé que « cette règle ne peut s'appliquer que dans le cadre de la prise en charge de missions de service public, de la gestion d'un service public ou de l'exécution de mesures prises dans un but d'intérêt général »¹⁹⁹⁹.

Ces propos appellent quelques remarques susceptibles d'intéresser la transaction. Aussi important soit-il, le principe de la continuité du service public n'est pas l'unique motivation à l'octroi d'une indemnisation au titre de l'imprévision. Certes, il s'agit d'éviter la ruine du cocontractant de l'administration et ainsi de garantir le bon fonctionnement du service public. Mais s'ajoutent des considérations liées à l'équité et à la loyauté des parties. Il serait, tout d'abord, contraire à l'équité, c'est-à-dire « au sentiment d'une justice naturelle à côté de celle de la justice positive »²⁰⁰⁰, de s'en tenir à la lettre du contrat et de laisser l'un des cocontractants assumer seul un contrat devenu extraordinairement désavantageux du fait de circonstances qui lui sont extérieures et dont il n'est en rien responsable. Il serait aussi contraire à la loyauté contractuelle qu'une partie refuse de rééquilibrer le contrat. Si le principe de la loyauté a trouvé une consécration récente dans le cadre de la formation des contrats administratifs, rien ne fait obstacle à son extension à l'exécution des contrats. Au contraire, elle serait tout à fait bienvenue. S'agissant de la théorie de l'imprévision, la loyauté transparaît certainement dans la procédure à suivre en présence d'évènements caractéristiques de l'imprévision. « L'arrêt *Gaz de Bordeaux* décide que [dans cette hypothèse], il revient aux

¹⁹⁹⁵ CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, S. 1916, 3, 17, concl. Chardenet, note M. Hauriou.

¹⁹⁹⁶ Le juge judiciaire refuse la révision pour imprévision. C'est là un principe constant depuis l'arrêt du 6 mars 1876, dit *Canal de Craponne* (Cass., civ., 6 mars 1876, D.P. 76, 1, 195, note Giboulot, S. 76, 1, 161).

¹⁹⁹⁷ Il faut préciser, à ce sujet, que l'indemnité d'imprévision ne relève pas des indemnités versées au titre de la responsabilité contractuelle. « C'est une indemnité extra-contractuelle pour charges extra-contractuelles », explique L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, préc., n° 518.

¹⁹⁹⁸ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, préc., n° 519.

¹⁹⁹⁹ TA Rouen, 28 août 1998, *Société Renault*, AJDA 1998, p. 1047.

²⁰⁰⁰ M. COMBARNOUS, « L'équité et le juge administratif », préc., p. 77.

parties de se mettre d'accord sur les conditions spéciales dans lesquelles le service pourra continuer et la circulaire de 1974 prévoit la conclusion d'un avenant au marché »²⁰⁰¹. Ces considérations d'équité et de loyauté montrent que la théorie de l'imprévision se justifie indépendamment de la notion de service public. C'est d'ailleurs sur ces considérations que se fonde la doctrine civiliste pour plaider en faveur de l'admission de la révision des contrats privés en de telles circonstances²⁰⁰².

Il est vrai que la théorie de l'imprévision trouve de moins en moins à s'appliquer, les parties s'employant le plus souvent à sécuriser leur contrat, en y insérant toutes les garanties nécessaires, comme les clauses de variation de prix, les clauses de révision, notamment²⁰⁰³. Son intérêt demeure néanmoins, même en présence de ces clauses qui sont parfois insuffisantes à anticiper toute situation²⁰⁰⁴.

Enfin, en principe, l'imprévision n'est que temporaire. Elle prend fin avec le rétablissement des circonstances normales, la modification du contexte économique ou la révision du contrat. En revanche, s'il apparaît que l'exécution du contrat est définitivement compromise, alors l'imprévision laisse place à la force majeure administrative.

La force majeure, qui découle ou non d'une situation d'imprévision, représente l'aléa le plus extrême. Elle vise toutes les situations dans lesquelles l'exécution du contrat est définitivement bouleversée par des événements imprévisibles, le cocontractant ne pouvant plus parvenir à équilibrer ses dépenses avec les ressources tirées de l'exécution du contrat. L'imprévision ne permet pas d'assurer le retour à l'équilibre financier du contrat, et si l'exécution du contrat n'est pas rendue impossible, elle devient extraordinairement difficile justifiant des mesures radicales. Aussi, faute d'accord amiable des parties en vue d'une modification du contrat, c'est-à-dire d'une reconsidération de son objet et de ses conditions, le cocontractant de l'administration a tout le loisir de demander au juge administratif de prononcer sa résiliation — soit l'anéantissement du contrat pour l'avenir seulement —, sous réserve d'indemnités éventuelles. La théorie, admise de longue date, comme les autres

²⁰⁰¹ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, préc., § 524.

²⁰⁰² Le refus du juge judiciaire repose majoritairement sur le souci de protéger la sécurité juridique, puisqu'admettre l'imprévision reviendrait à fragiliser le contrat et donc à menacer la sécurité juridique. Certains auteurs font, cependant, valoir, que les pays européens qui ont admis la révision du contrat en de telles circonstances n'ont pas à déplorer d'insécurité juridique particulière. V. sur ce point, F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, préc., n° 471. V. aussi C. THIBIERGE-GUELUCI, « Libres propos sur la transformation du contrat », *RTD Civ.* 1997, p. 357.

²⁰⁰³ V. sur ce point, *supra*, présent chapitre, p. 540 et s.

²⁰⁰⁴ La jurisprudence a aussi jugé qu'une indemnité d'imprévision pouvait être accordée, même après application des clauses contractuelles de révision, si l'économie du contrat demeure bouleversée. V. sur ce point, L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, préc., § 521.

constructions relatives aux aléas contractuels²⁰⁰⁵, a vocation à demeurer exceptionnelle, et se trouve effectivement assez rarement appliquée. En outre, elle concerne surtout les contrats de longue durée, ce qui, en pratique, n'est pas le cas de la transaction.

Se pose dès lors la question du sort des transactions administratives face à des événements imprévisibles de nature à en compromettre la bonne exécution. Les différentes théories évoquées sont-elles susceptibles de s'appliquer ? Pour y répondre, il faut prendre en compte tout à la fois les considérations qui fondent ces constructions jurisprudentielles et les caractéristiques de la transaction administrative.

La principale motivation de ces théories est celle de la continuité du service public. Il est vrai qu'*a priori*, la survenance de ces aléas dans le cadre des transactions administratives n'est pas de nature à menacer la continuité du service public. On sait que ce contrat est qualifié d'administratif au regard de la nature du litige initial et de la compétence juridictionnelle pour en connaître, indépendamment de tout lien direct avec le service public. Faut-il alors en conclure que le bénéfice des théories relatives aux aléas contractuels, fondées sur la notion de service public, doit être exclu pour la transaction administrative ? Deux éléments militent en sens contraire. Il convient de rappeler, d'une part, que le bon fonctionnement du service public n'est pas la seule motivation des jurisprudences en question. Il faut également compter sur l'équité et la loyauté contractuelle, qui comme il a été expliqué, ne doit pas nécessairement se limiter au contentieux de la formation du contrat. Dans cette perspective, il est alors possible de rééquilibrer les obligations des parties à une transaction sur le fondement des théories évoquées. La partie qui fait les frais d'une transaction administrative devenue exceptionnellement difficile à exécuter pourrait donc, faute d'accord avec son cocontractant, demander au juge, soit une indemnité sur le fondement des travaux indispensables, des sujétions imprévues ou de l'imprévision, soit la résiliation du contrat compte tenu de la force majeure administrative.

Il faut ajouter, d'autre part, que la transaction administrative n'est pas dénuée de tout lien avec le service public et l'intérêt général. En effet, la transaction administrative, du fait de la matière dans laquelle elle intervient et des personnes qu'elle implique, ne saurait être étrangère à ces considérations. C'est d'autant plus le cas depuis que le Conseil d'Etat a admis la légalité des concessions réciproques portant sur des éléments extérieurs au litige initial²⁰⁰⁶. Il arrive ainsi que les parties s'engagent par des transactions à employer un certain nombre de

²⁰⁰⁵ CE, 9 décembre 1932, *Compagnie des tramways de Cherbourg, Leb.*, p. 1050, concl. Josse.

²⁰⁰⁶ V. sur ce point, partie I, titre I, chapitre II, section II, § II, pp. 148-149.

personnes sur une durée définie, ce qui correspond à l'intérêt général, ou qu'elles acceptent de reprendre des malfaçons sur des voies ferrées, qui contribuent au bon fonctionnement du service public.

Pour toutes ces raisons, il convient de plaider en faveur de l'application des théories jurisprudentielles sur les aléas contractuels à la transaction administrative. De même, le droit administratif n'étant pas uniquement le droit du service public, rien ne fait obstacle à ce que des contrats sans lien direct avec le service public puissent bénéficier de ces mécanismes, surtout quand ils tendent à protéger les parties. Dans cette perspective, la résiliation du contrat en raison de circonstances extérieures aux parties présente effectivement un caractère très exceptionnel.

Si dans toutes ces hypothèses, les parties subissent des événements qui leur sont extérieurs, elles peuvent aussi être confrontées à d'autres changements qu'elles contribuent cette fois à provoquer.

b. Les changements non dépourvus de tout lien avec les parties

Il est aussi des changements de circonstances non dépourvus de tout lien avec les parties, c'est-à-dire des changements non envisagés par les parties au moment de la conclusion du contrat, et qui n'ont été ni souhaités ni recherchés par elles, mais qu'elles ont contribué à provoquer et qui compromettent gravement l'exécution du contrat. L'exemple le plus topique est celui du dépôt de bilan de l'entreprise, puisqu'indépendamment de toute faute contractuelle, l'exécution du contrat se trouve compromise.

C'est le Code de commerce qui régit une telle situation. Il permet, sous réserve de conditions, à l'entreprise de poursuivre l'exécution des contrats en cours. Le déclenchement d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation n'est donc pas un motif valable à la résiliation ou à la résolution du contrat²⁰⁰⁷. Toutefois, en cas de sauvegarde ou de redressement judiciaire, si le tribunal organise la cession du fonds, la cession des contrats est susceptible de concerner aussi ceux conclus avec l'administration²⁰⁰⁸. Enfin en de telles hypothèses, il est accordé à l'administrateur un droit d'option, c'est-à-dire le droit de décider lesquels des contrats en cours devront être maintenus ou non. Dans le cas où il

²⁰⁰⁷ C. de commerce, art. L. 622-13, L. 621-28 et L. 641-10.

²⁰⁰⁸ V. L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, préc., n° 477.

opérerait pour l'abandon, le contrat est réputé être résilié et cesse ainsi de produire ses effets pour l'avenir. Cette résiliation doit être, *in fine*, constatée par le juge-commissaire. Dans le cas, où une telle mesure causerait un préjudice au cocontractant — une personne publique, le plus souvent dans le cadre d'un contrat administratif —, celui-ci sera en droit d'en demander, devant le juge, la réparation²⁰⁰⁹.

Ces solutions, qui ne contreviennent en rien aux caractéristiques de la transaction administrative, doivent pouvoir lui être appliquées. Outre que revenir sur une transaction pour l'avenir uniquement est assez difficile en pratique²⁰¹⁰, il va de soi que cela présente assez peu d'intérêt en de telles circonstances, dans la mesure où c'est généralement l'administration qui est tenue aux termes des transactions à des obligations de payer.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

La transaction administrative ne met pas nécessairement les parties à l'abri de toute difficulté, ni même de tout litige. C'est là une contrepartie de la souplesse que ce mode de règlement des litiges offre aux parties. Certes, la transaction administrative bénéficie de la force obligatoire des contrats, consacrée par l'article 1134 du Code civil. Pour autant, comme tout contrat, sa bonne exécution, c'est-à-dire son exécution spontanée et conforme à la volonté des parties telle que manifestée par les clauses contractuelles, est parfois compromise. Elle risque d'être mal exécutée, voire inexécutée, du fait des parties ou de circonstances extérieures.

Pour surmonter ces risques, les parties sont loin d'être démunies et jouissent même d'une remarquable liberté d'action. De la même manière qu'elles ont eu le choix du mode de règlement de leur litige initial, elles disposent de plusieurs moyens d'action. Il y a tout d'abord, l'action en responsabilité contractuelle, qui permet de prendre acte des manquements et d'en obtenir réparation. Il y a surtout des procédés, qui tendent à remédier aux difficultés, de manière à obtenir l'exécution du contrat. Leur diversité est elle que l'action en responsabilité contractuelle apparaît *in fine* comme l'ultime moyen d'action face à ces difficultés d'exécution.

²⁰⁰⁹ *Ibid*

²⁰¹⁰ Pour les raisons précédemment évoquées, présent chapitre, pp. 558-559.

Les parties peuvent initialement sécuriser leur transaction, c'est-à-dire anticiper les éventuelles difficultés d'exécution et en déterminer à l'avance le traitement juridique. Il s'agit, par exemple, de prévoir des indemnités importantes en cas de retard d'exécution de manière à dissuader toute réticence à cet égard. Aussi intéressantes soient-elles, ces garanties ne sont cependant pas absolues. Cela tient d'abord à la pertinence de ces clauses, car il existe nécessairement des difficultés qui n'ont pas été prévues. C'est aussi dû à la nature de ces clauses, qui résultent d'accords de volontés, et sont par conséquent, susceptibles d'être inexécutées ou contestées en justice par une des parties, voire les deux. Si, effectivement, des difficultés surviennent que les clauses sont impuissantes à régler, les parties ont alors le choix de se tourner vers des mesures consensuelles ou au contraire dotées de la puissance publique. Elles peuvent tâcher de s'accorder pour modifier ou mettre fin à la transaction. Fruit elle-même d'un accord de volontés, la mesure alors arrêtée n'offre cependant pas aux parties l'assurance de régler définitivement l'incident, pour les mêmes raisons évoquées. Quant aux procédés non consensuels, ne laissant pas place au dialogue, ils permettent, à la discrétion de la partie qui y recourt, de poursuivre différents objectifs, comme l'exécution forcée du contrat ou sa modification. L'anéantissement du contrat n'est, quant à lui, prononcé qu'en des hypothèses assez rares.

Il ne faut pas se méprendre sur la portée des risques liés à la mauvaise exécution et l'inexécution des transactions administratives. Ces risques ne leur sont pas spécifiquement attachés et concernent tout acte juridique, c'est-à-dire tous les contrats et même les décisions de justice, dont l'exécution n'est pas toujours aisément assurée. Quoi qu'il en soit, c'est là une circonstance de nature à détourner des parties litigantes de ce mode de règlement des litiges, lesquelles préféreront s'en remettre directement au juge étatique.

CONCLUSION DU TITRE II

Sans doute y a-t-il de l'excès dans chacune des deux perceptions de la transaction qui la présentent tantôt comme « le plus heureux » des modes de résolution des litiges, tantôt comme un « traquenard ». La vérité se situe certainement entre la vision idéaliste et le jugement négatif. A la souplesse, la maîtrise de l'issue du litige, la rapidité que la transaction offre aux parties s'ajoutent l'apaisement, la pacification des rapports. Comment ne pas y voir, dès lors, le mode le plus parfait de règlement des litiges ? Dans la majorité des cas, l'acte transactionnel se déroule sans incident, c'est-à-dire que la transaction est conclue dans le respect des règles de droit et de l'intérêt de toutes les parties, et exécutée conformément à ce qui a été convenu. Mais, il en est d'autres, bien moins heureux, dont témoigne la jurisprudence. Dans ces hypothèses, les avantages de la transaction, souplesse, rapidité et liberté deviennent des pièges, tandis que sa vocation pacifiste se trouve dévoyée au profit d'un rapport de force déséquilibré, qui, *in fine*, ne fait qu'alimenter le contentieux juridictionnel. C'est que la nature contractuelle de la transaction emporte nécessairement des risques.

Il y a quelques années, C. Jarrosson présentait la transaction administrative comme étant moins sûre que la transaction de droit civil²⁰¹¹. En la matière, il apparaît cependant que sur bien des points que le droit administratif offre davantage de garanties que le droit civil, qu'il s'agisse de la conclusion ou de l'exécution des transactions. Les principes posés par les arrêts *Mergui* et *SA Entreprise Renaudin*, permettent de protéger les intéressés, personnes publiques comme personnes privées, lors de la conclusion des transactions. Il est ainsi contraire à l'ordre public qu'une partie ait à supporter des obligations manifestement disproportionnées au regard de ce qu'elle doit. Le risque n'est donc pas tant pour les parties de se trouver liées par une transaction déséquilibrée, que celui de devoir supporter une contestation juridictionnelle alors que la transaction est légale, ce risque étant accru s'agissant d'un contrat administratif, puisque les tiers sont aussi susceptibles d'agir. Quant à l'exécution des transactions, nombre de procédés permettent de la favoriser, à l'instar de l'homologation, voire de la forcer.

²⁰¹¹ C. JARROSSON, « Remarques sur la circulaire du 6 février 1995 relative au développement de la transaction en matière administrative », *Rev. de l'arbitrage* 1995, p. 439.

Mais on ne saurait nier que la transaction administrative n'est pas un procédé absolument sûr. Quelle que soit la matière, l'acte de transaction présente inévitablement des risques. C'est là la contrepartie des avantages qui sont les siens. En droit administratif, il y a les risques de conclure une transaction légale, mais désavantageuse, de conclure une transaction illégale, mais jamais dénoncée, de conclure une transaction légale, mais contestée par des parties ou des tiers, et de devoir, enfin, relancer une procédure, faute d'exécution conforme du contrat. Tous peuvent contribuer à dissuader les parties d'y recourir, celles-ci préférant encore l'incertitude — somme toute relative — de l'issue du litige, la longueur et les coûts de la procédure juridictionnelle. Parfois, estimeront-elles, il vaut mieux un mauvais procès qu'une transaction, qu'elle soit bonne ou mauvaise. La tranquillité qu'évoquait R. Troplong à propos de la transaction passera au contraire par le procès²⁰¹².

²⁰¹² Pour R. Troplong, « On ne perd pas en transigeant ; car, quelque sacrifice que l'on s'impose, on gagne en retour le premier de tous les biens, la tranquillité : *Melior est certa pax quam operata victoria* », R. TROPLONG, *Droit civil expliqué suivant les articles*, préc., comm. de l'article 2044, n° 1.

CONCLUSION DE LA PARTIE II

Les efforts des pouvoirs publics en faveur du recours à la transaction administrative rencontrent des limites à la fois importantes et disparates. En droit administratif, le procédé transactionnel s'est développé là où il le pouvait et même là où il le devait. S'il est vrai que la justice étatique n'a pas nécessairement vocation à connaître de tous les litiges, pourquoi lui soumettre ceux qui ne soulèvent aucune difficulté particulière, c'est-à-dire ceux dans lesquels aucune des parties ne conteste le déroulement des faits à l'origine du dommage, ni les responsabilités de chacune et les conséquences à en tirer au regard de règles de droit bien établies ? La justice étatique pourrait alors être réservée aux contentieux qui ne reçoivent pas de solution juridique évidente, ou pour lesquels les parties ne parviennent pas à s'accorder. En l'occurrence, la transaction administrative s'est considérablement déployée dans le cadre de litiges fréquents, bien identifiés, aux solutions juridiques clairement établies, à l'instar des litiges contractuels ou de la responsabilité hospitalière. Dans ces domaines, le recours à la transaction s'impose désormais avec quasiment autant d'évidence que le recours au juge étatique. S'il faut saluer cette progression, cela ne doit pas faire oublier que le procédé transactionnel demeure un mode secondaire de règlement des litiges. Compte tenu du contexte dans lequel il intervient et de ses caractéristiques propres, il ne saurait se développer davantage. C'est pourquoi, les efforts des pouvoirs publics ne sont pas vains.

La vigueur d'un procédé se mesure nécessairement à l'aune du contexte général dans lequel il évolue. Or, le système juridique français ne permet pas un plein ancrage de la transaction administrative. S'il existe des systèmes juridiques favorables aux modes négociés et plus généralement aux modes alternatifs de règlement des litiges, à l'instar du système américain, ce n'est pas le cas en France, où le juge étatique prime de longue date. Le réflexe est bel et bien toujours juridictionnel et non transactionnel.

Le regain d'intérêt pour les modes alternatifs de règlement des litiges en général et la transaction en particulier ne signifie pas qu'il puisse être faire table rase de la culture juridique française. Or, le droit français s'inscrit dans la tradition romano-germanique de droit écrit, codifié ; il est attaché à une certaine conception de la justice, qui passe par la recherche de la

vérité et fait primer le juge étatique. Ces éléments influent nécessairement sur les comportements et la perception de la transaction.

Il a été montré que l'histoire de la résolution des litiges est surtout celle de la centralisation et de l'étatisation de la justice. Dans cette perspective, les modes alternatifs de règlement des litiges, bien qu'aussi anciens que la justice étatique, ont fini par être marginalisés au cours des siècles. Comment imaginer alors qu'en quelques décennies le procédé transactionnel puisse s'imposer avec évidence en droit français ? Ce n'est guère envisageable. Ce n'était du reste pas l'ambition du Conseil d'Etat, qui plus raisonnablement entendait développer davantage la transaction. Elle demeure aujourd'hui ce mode de règlement des litiges mal connu qui inspire de la méfiance, plus encore quand une personne publique est partie au litige. Les transactions n'ont pas pu se laver de la suspicion de consacrer des accords déséquilibrés, voire même illégaux. Pourtant, c'est faire un mauvais procès aux transactions administratives, qui loin de constituer des zones de non-droit, se révèlent assez protectrices des intérêts des parties.

S'ajoute à ces éléments historiques et sociologiques, un autre obstacle lié également au système français, mais de nature juridique : « l'allergie traditionnelle au consensualisme »²⁰¹³ en droit administratif. L'ordre public y est quantitativement important, ce qui exclut du procédé transactionnel de nombreuses matières, et restreint les concessions qui pourraient être accordées. C'est là une autre limite importante à son développement.

Par ailleurs, les caractéristiques de la transaction administrative n'emportent pas nécessairement l'adhésion. Par sa nature contractuelle et sa nature administrative, la transaction comporte des risques.

Alors même que la conclusion des transactions est régie par des règles aussi protectrices des parties que celles posées par les arrêts *Mergui* et *SA Entreprise Renaudin*, et que ces contrats bénéficient comme tout autre contrat administratif du mouvement récent en faveur de leur stabilité, maîtriser l'issue du litige présente *a contrario* des risques. Il y a celui de se trouver engagé par une transaction en réalité désavantageuse, celui de voir l'accord bon ou mauvais contesté devant le juge étatique par l'autre partie ou même des tiers, ou encore celui de conclure une transaction illégale et non dénoncée.

Quant à l'exécution des transactions administratives, elle est susceptible, elle aussi, de donner lieu à des incidents et déconvenues. La force obligatoire des contrats est parfois

²⁰¹³ P. YOLKA, *Traité de droit administratif*, t. II, préc., p. 587.

impuissante à garantir une exécution spontanée et conforme du contrat. Il se peut que les parties n'exécutent pas leurs obligations telles qu'arrêtées par la transaction, par mauvaise foi, délibérément, ou en raison de l'ambiguïté du contrat. Il arrive aussi que des évènements extérieurs aux parties en perturbent l'exécution. Certes, de multiples solutions permettent de remédier à ces difficultés, mais toutes supposent nécessairement de nouvelles procédures.

La transaction n'offre donc pas la garantie de régler définitivement le litige. Tout ce qui fait l'attrait de ce procédé s'en trouve alors compromis : la liberté par la maîtrise de l'issue du litige, le rapprochement des parties par la négociation, la rapidité et le moindre coût, laissent place à des nouvelles contestations, voire de nouveaux litiges, à des procédures juridictionnelles et à des frais nouveaux, etc. Si dans la majorité des cas, les transactions se déroulent sans incident, ces risques n'en existent pas moins, conduisant nombre de parties, qui voient la transaction comme un pari risqué, à saisir directement le juge étatique.

Toutes ces limites à la fois exogènes et endogènes expliquent que la transaction administrative demeure aujourd'hui un mode secondaire de règlement des litiges. Il est vrai que celles-ci ne présentent pas toutes nécessairement un caractère définitif et qu'elles sont susceptibles d'évoluer — comme la méconnaissance qui est parfois la sienne. Mais un tel changement paraît difficilement pouvoir se réaliser à court terme. En l'état, la transaction administrative est parvenue à s'imposer dans le paysage juridique français, ce qui constitue déjà un bilan assez honorable.

CONCLUSION GENERALE

Sans doute l'existence d'une justice accessible, rapide et peu onéreuse constitue-t-elle un idéal, que chaque système juridique de toute époque s'est employé à garantir, sans y parvenir. La redécouverte actuelle des modes alternatifs de règlement des litiges s'inscrit dans un contexte particulier, marqué notamment par l'encombrement des tribunaux et l'influence réciproque des systèmes juridiques résultant de la mondialisation des échanges. Le droit français a ainsi opportunément reconsidéré ces procédés, en vogue aux Etats-Unis, qui permettent de régler des litiges sans faire intervenir le juge étatique. Et c'est bien de redécouverte qu'il est question en droit français, puisque ce qui est aujourd'hui qualifié d'« alternatif » est, en réalité, aussi ancien que la justice étatique. L'adjectif est lui-même révélateur, puisque ces procédés ne sont alternatifs que par rapport à la justice étatique, qui, dans cette perspective, prime. Il s'agit d'une alternative non pas à l'Etat de droit et à ses règles et principes, mais au juge étatique. L'Etat, en se construisant, a cherché à imposer sa justice, ce qui impliquait, d'une part, de contrôler ce qui autrefois relevait de la justice privée et, d'autre part, d'en restreindre les occurrences. C'est ainsi que ces procédés, initialement privés, sont devenus alternatifs.

Opportuniste, la redécouverte des modes alternatifs de règlement des litiges n'en est pas moins fort intéressante. En effet, ceux-ci présentent par eux-mêmes des avantages certains, qui méritent d'être mis en avant. C'est le cas de la transaction, contrat par lequel les parties à un litige s'entendent pour y mettre fin, en s'accordant des concessions réciproques. Le juge étatique n'est donc pas supposé intervenir, ce qui permet aux intéressés de régler à leur convenance le litige, rapidement et à moindre coût. En outre, parce qu'elle implique un rapprochement des parties litigantes, la transaction contribue à la pacification sociale. Pourquoi, enfin, faudrait-il que la justice étatique se charge de régler tous les litiges ? Que doit-il en être en droit administratif ? Autrement dit, la transaction administrative, encouragée par les pouvoirs publics, peut-elle effectivement se développer en droit français ?

La reconnaissance du droit de transiger pour les personnes publiques, par le Code civil de 1804 pour les communes et départements, et, par le juge administratif en 1893 pour l'Etat, appelait encore un certain nombre de précisions, que les pouvoirs publics et le Conseil d'Etat plus particulièrement, ont accepté d'apporter. Chercher à encourager le recours à la transaction par les personnes publiques supposait nécessairement d'en clarifier à la fois les éléments de définition et le régime juridique : quelle transaction et à quelles conditions, en somme.

S'il est coutume de regarder l'avis *L'Hay-les-Roses* rendu par le Conseil d'Etat le 6 décembre 2002 comme l'acte de naissance de la transaction administrative, cette analyse n'est pas tout à fait exacte. Plutôt qu'un acte de naissance, l'avis constitue l'aboutissement d'une jurisprudence ancienne, consistant à préciser et encadrer le droit pour les personnes publiques de transiger. Il marque la consécration d'une transaction administrative, là où il n'existait auparavant que des règles particulières pour les transactions des personnes publiques. En effet, avant 2002, des décisions de justice avaient contribué de manière importante à caractériser les transactions des personnes publiques. Ainsi, l'interdiction faite aux personnes publiques de payer des sommes qu'elles ne doivent pas, posée par l'arrêt *Mergui* du 19 mars 1971, revient à interdire les transactions manifestement disproportionnées au regard des responsabilités des personnes publiques. *In fine*, cela implique que les transactions des personnes publiques soient conclues au regard des règles de droit en vigueur, et notamment de la jurisprudence. Celles-ci servent de référence dans l'acte de transiger. Une telle règle, bien loin de constituer une limite à la liberté de transiger, doit être regardée comme un élément de définition des transactions, puisqu'elle contribue à déterminer ce qu'elles sont, c'est-à-dire des contrats comprenant des concessions réciproques établies à partir des droits de chacune des parties. Ce faisant, pareils contrats apparaissent comme des alternatives au juge étatique, mais non au droit positif. Loin d'être des zones de non-droit, ils sont au contraire pleinement intégrés au système juridique, l'Etat intervenant en amont. Quelques années plus tard, la règle équivalente à celle de l'arrêt *Mergui* fût consacrée pour les personnes privées par l'arrêt *SA Entreprise Renaudin*.

Le 6 décembre 2002, dans le cadre de la demande d'avis qui lui était présentée, le Conseil d'Etat juge que les conclusions aux fins d'homologation des transactions conclues en dehors de toute instance juridictionnelle doivent, sauf circonstances exceptionnelles, être rejetées, celles-ci disposant par elles-mêmes de la force exécutoire en vertu de l'article 2052 du Code civil. Surtout, il prend soin de préciser que le juge administratif est compétent pour

connaître des transactions portant sur des litiges qui auraient relevé de sa compétence. C'est ainsi que le Conseil d'Etat consacre de manière prétorienne l'existence d'une transaction administrative, contrat administratif « par détermination de la jurisprudence à raison de [son] objet »²⁰¹⁴, c'est-à-dire de la nature des litiges en cause, et non de la qualité des parties concernées.

Comme la transaction de droit privé, la transaction administrative est caractérisée par trois éléments : l'existence d'un litige — relevant du juge administratif, donc —, un accord de volontés et des concessions réciproques. Cette unité de définition entre le droit privé et le droit administratif ne doit pas surprendre ; elle s'inscrit dans la continuité du droit romain, qui comprenait la transaction comme un contrat permettant d'« aller au-delà du litige »²⁰¹⁵, c'est-à-dire de construire un nouvel horizon contractuel à partir des concessions réciproques et de l'extinction du litige. Il importait de conserver ces éléments de définition, qui tous forment l'intérêt et la spécificité de ce procédé par rapport aux autres modes de résolution des litiges. Leur appréhension fait, en revanche, l'objet de quelques adaptations de façon à tenir compte des problématiques du droit administratif que soulèvent nécessairement les litiges administratifs. Il apparaît à cet égard que la plupart de ces adaptations tiennent à la présence d'une personne publique au contrat — ces personnes publiques sont, en effet, le plus souvent impliquées dans les litiges relevant du juge administratif —, créant ainsi une unité entre toutes les transactions des personnes publiques qu'elles relèvent du droit administratif ou du droit privé. Il est toutefois une règle spécifiquement attachée à la transaction administrative, l'interdiction de faire supporter aux personnes privées des sommes qu'elles ne doivent pas, pendant de l'arrêt *Mergui* pour les personnes privées, sans équivalent en droit privé. C'est donc une transaction largement inspirée de la transaction de droit privé et faiblement dérogoire au droit commun que le Conseil d'Etat a façonnée.

Si certaines questions restent en suspens, la transaction administrative bénéficie aujourd'hui d'une définition et d'un régime juridique relativement établis. Ceux-ci ont été diffusés dans les ministères et les administrations, par voies de circulaires et d'instructions administratives, particulièrement détaillées et pédagogiques. Pas moins de deux circulaires ont été consacrées à la transaction administrative depuis 2009²⁰¹⁶, sans compter l'article L. 423-1 du futur Code des relations entre le public et l'administration consacré spécifiquement à la transaction.

²⁰¹⁴ La formule est empruntée, on s'en souvient, à B. PLESSIX, « Transaction et droit administratif », in *La transaction dans toutes ses dimensions*, préc., p. 136.

²⁰¹⁵ Conformément à l'origine étymologique du mot « transaction ». V. sur ce point, *supra*, p. 397.

²⁰¹⁶ V. les circulaires du 7 septembre 2009 et du 6 avril 2011, préc.

Ces mesures ont incontestablement porté leurs fruits. La transaction est un mode de règlement des litiges reconnu et sollicité. Elle s'est imposée pour le règlement de litiges aux caractéristiques précises : les litiges ne faisant intervenir que des droits subjectifs, qui sont relativement fréquents et à l'égard desquels les règles de droit sont bien établies, à l'instar des litiges contractuels et de la responsabilité hospitalière. Le progrès est considérable, si l'on songe qu'en 1993, il était fait état du peu de transactions conclues dans le contentieux contractuel²⁰¹⁷.

Toutefois, un plus grand développement encore de la transaction administrative ne semble pas envisageable, du moins à court terme, tant les entraves sont importantes. Celles-ci sont nombreuses, de nature hétéroclite et pour certaines, difficilement remédiables. Il apparaît tout d'abord que la culture juridique française se prête mal à un développement massif des modes alternatifs de règlement des litiges. Par ses traditions, valeurs, mœurs et principes, le système juridique français accorde une place prégnante à la justice étatique. La représentation de la justice est celle d'une justice étatique et professionnelle, érigée en service public, attachée à la recherche de la vérité, sans négociation ni marchandage. Ceci explique les réticences que rencontre la transaction administrative, dont la progression n'en est alors que plus remarquable. Il y a donc peu de chance que naisse un réflexe transactionnel. Et quand bien même aurait lieu une révolution des esprits et des mœurs, le recours à la transaction administrative demeurerait nécessairement limité par l'ordre public, exclusif de toute négociation et quantitativement conséquent en droit français.

Enfin, indépendamment de ces considérations, les caractéristiques propres de la transaction administrative la condamnent à demeurer un mode secondaire de règlement des litiges. Par sa nature contractuelle et qui plus est de contrat administratif, celle-ci n'offre pas la garantie de régler définitivement les litiges en cause. La transaction est le plus parfait des modes de règlement des litiges, quand le litige est simple — c'est-à-dire que les faits et les responsabilités de chacun sont clairs et non contestés —, que les parties sont loyales et qu'aucun événement imprévisible compromettant la bonne exécution du contrat ne survient. Il reste que, sauf homologation, les transactions administratives ne bénéficient que de la force obligatoire des contrats, et non de la force exécutoire des décisions de justice, et que, malgré le mouvement engagé par le juge administratif en faveur de la stabilité des contrats, elles peuvent être contestées en justice par les parties et par des tiers. Pour toutes ces raisons,

²⁰¹⁷ *Régler autrement les conflits, préc.*, p. 68.

certaines parties litigantes choisissent de s'en remettre directement au juge étatique. En dépit de tous les avantages de la transaction administrative, elles préfèrent encore un mauvais procès à une mauvaise transaction.

C'est pourquoi, il est probable que la transaction administrative demeure, en droit français, un mode secondaire de règlement des litiges. Mais secondaire ne signifie pas nécessairement mineur. Il importe que ce procédé soit reconnu là où il présente le plus d'intérêt, c'est-à-dire relativement aux litiges simples qui ne mettent en cause que des droits subjectifs. A cet égard, si des progrès sont encore envisageables, le bilan de la transaction administrative est, pour l'essentiel, très honorable. Il ne mérite ni excès d'honneur, ni indignité, comme le veut la formule.

Indépendamment des considérations comptables liées à l'encombrement des tribunaux, la transaction administrative représente une alternative bienvenue au juge étatique. Quand la situation prétransactionnelle s'y prête, elle constitue effectivement un mode idéal de règlement des litiges. La maîtrise de l'issue du litige offerte aux parties, de même que la pacification sociale à laquelle elle contribue, font de la transaction un procédé tout à fait remarquable qu'il convient de valoriser en tant que tel. En l'occurrence, les pouvoirs publics sont parvenus à un équilibre assez satisfaisant : l'encouragement de la transaction administrative passe par la valorisation de ses avantages, la protection en amont de l'intérêt des parties et la garantie, en certaines hypothèses, de pouvoir saisir le juge une fois la transaction conclue. Chercher à la développer massivement pourrait lui faire perdre son intérêt, voire la dénaturer. Il serait regrettable, par exemple, de l'imposer aux parties, de multiplier les commissions de conciliation composées majoritairement de magistrats professionnels, de lui appliquer les règles du droit au procès équitable, ou encore de généraliser l'homologation, en somme de la juridictionnaliser. Pour reprendre l'observation formulée par D. Chabanol, la transaction administrative, « instaure [comme les autres modes alternatifs de règlement des litiges], entre les parties un climat qui vaut largement que l'expérience en soit tentée »²⁰¹⁸.

²⁰¹⁸ D. CHABANOL, « Le boulevard périphérique de Lyon : une aventure juridique enfin terminée ? », préc., p. 22.

BIBLIOGRAPHIE

TRAITES ET MANUELS GENERAUX

APPLETON J., *Traité élémentaire de contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 1927.

AUBY J.-M., DRAGO R., *Traité de contentieux administratif*, Paris, LGDJ, 1984, t. I.

AUBY J.-M., DRAGO R., *Traité de contentieux administratif*, Paris, LGDJ, 1975, t. I.

ARGENTRE B. (d'), *Coustumes générales du pays et duché de Bretagne*, Allin, 1661, Question XXVIII, n° 1995.

BEUDANT C., LEREBOURS-PIGEONNIERE P., *Cours de droit civil français*, Tome XII, 2^e éd. par R. Rodière et A. Percerou, Paris, Rousseau, 1947.

BRISSON J.-F., ROUYERE A., *Droit administratif*, Paris, Montchrestien, coll. Pages d'amphi, 2004.

BONNARD R., *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, Paris, Delagrave, coll. Bibliothèque de l'Institut international de droit public, 1934.

BOUSSARD S., LEBERRE C., *Droit administratif des biens*, Paris, LGDJ, coll. Manuel, 2014.

BROYELLE C., *Contentieux administratif*, Paris, LGDJ, coll. Manuel, 2^e éd., 2013.

CARBONNIER J., *Droit civil, 1 : Introduction*, PUF, Quadrige, 1^e éd., 2004.

CHAPUS R., *Droit administratif général*, t. I, Montchrestien, coll. Domat droit public, 15^e éd., 2001.

CHAPUS R., *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit public, 13^e éd., 2008.

COLSON J.-P., *Droit public économique*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. Manuel, 7^e éd., 2014.

COURREGES A., DAEL S., *Contentieux administratif*, Paris, PUF, coll. Thémis droit, 4^e éd., 2013.

DEROUSSIN D., *Histoire du droit des obligations*, Paris, Economica, coll. Corpus histoire du droit, 2007.

DUGUIT L., *Droit constitutionnel*, L. DUGUIT, *Droit constitutionnel*, II, Paris, E. de Boccard, 2^e éd., 1923.

FARCY J.-C., *L'histoire de la justice française de la Révolution à nos jours*, PUF, Droit et justice, 2001.

FAVENNE-HERRY F., VERKINDT P.-Y., *Droit du travail*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 2009.

FOULQUIER N., *Droit administratif des biens*, Paris, Lexisnexis, coll. Manuel, 3^e éd., 2015.

GAUDEMET J., *Droit privé romain*, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 2^e éd. 2000.

GHESTIN J., *La formation du contrat*, t. II, Paris, LGDJ, 4^e éd., 2013.

GHESTIN J., JAMIN C., BILLIAU M., *Les effets du contrat*, Paris, LGDJ, 3^e éd., 2001.

GUETTIER C., *Droit des contrats administratifs*, PUF, coll. Thémis droit, 3^e éd., 2011.

GONOD P., MELLERAY F., YOLKA P., *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz, coll. Traités, 2011.

HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Sirey, 12^e éd., 1933.

HERON J., LE BARS T., *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 6^e éd., 2015.

LAFERRIERE E., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault et cie, 1887, t. I.

LAMARQUE J., NEGRIN O., AYRAULT L., *Droit fiscal général*, Paris, Litec, coll. Manuel, 2009.

LASCOMBE M., VANDENDRIESSCHE X., *Finances publiques*, Dalloz, Connaissance du droit, 8^e éd., 2013.

LAUBADERE A. (de), MODERNE F., DELVOLVE P., *Traité des contrats administratifs*, t. I, Paris, LGDJ, 2^e éd., 1983.

LAUBADERE A. (de), DELVOLVE P., MODERNE F., *Traité des contrats administratifs*, t. II, Paris, LGDJ, 2^e éd., 1984.

LEGRAND P., SAMUEL G., *Introduction au Common Law*, La Découverte, coll. Repères, 2008.

MALAURIE P., L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Paris, LGDJ, coll. Lextenso, 6^e éd., 2013.

MALAURIE P., AYNES L., GAUTIER P.-Y., *Les contrats spéciaux*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, 7^e éd., 2014.

MALINVAUD P., FENOUILLET D., *Droit des obligations*, Paris, LexisNexis, coll. Manuel, 12^e éd., 2012.

MARTINEZ J.-C., DI MALTA P., *Droit budgétaire*, Paris, Litec, 2^e éd., 1988.

MERLE R., VITU A., *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, Paris, éd. Cujas, 5^e éd., 2001.

MOULIN R., BRUNET P., *Droit public des interventions économiques*, Paris, LGDJ, coll. Droit des affaires, 2007.

NICINSKI S., *Droit public des affaires*, Montchrestien, coll. Domat droit public, 4^e éd., 2014.

PACTEAU B., *Contentieux administratif*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 3^e éd., 2013.

PLANIOL M., RIPERT G., *Traité pratique de droit civil français*, t. XI, 2^e éd. par A. Rouast, R. Savatier, J. Lepargneur et A. Besson, Paris, LGDJ, 1954.

PONT P., *Des petits contrats*, t. II, Paris, Cotillon, 1867.

PRADEL J., *Procédure pénale*, Paris, éd. Cujas, 17^e éd., 2013.

RICHER L., *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, coll. Manuel, 9^e éd., 2014 et 4^e éd., 2004.

ROYER J.-P., JEAN J.-P., DURAND B., DERASSE N., DUBOIS B., *Histoire de la justice en France*, PUF, Droit fondamental, 4^e éd., 2010.

SAINT-BONNET F., SASSIER Y., *Histoire des institutions avant 1789*, Montchrestien, coll. Domat Droit public, 4^e éd., 2011.

SAUTEL G., HAROUEL J.-L., *Histoire des institutions publiques depuis la Révolution française*, Précis, Dalloz, 8^e éd., 1997.

TERRE F., SIMLER P., LEQUETTE Y., *Droit civil, les obligations*, Paris, Dalloz, coll. Précis droit privé, 2013.

TROPLONG R., *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du code*, Bruxelles, Société typographique belge, 1846.

YOLKA P., *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, coll. Systèmes, 2013.

DICTIONNAIRES, ENCYCLOPEDIES, RECUEILS

ALBISSON, rapport fait au Tribunat au nom de la section de législation, sur le titre XV, livre III du Code civil, séance du 28 ventôse an XII, in *Recueil complet des discours prononcés lors de la présentation du Code civil*.

ALLAND D., RIALS S., *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy PUF, coll. Quadrige, 2010.

BARBOT A., BOUCAUD-MAITRE A., DELAIGUE P., « Justice », in *Dictionnaire d'histoire du droit et des institutions publiques*, Ellipses, 2^e éd., 2007.

BIGOT-PREAMENEU, « Exposé des motifs de la loi sur les transactions », in *Recueil complet des discours prononcés lors de la présentation du Code civil*, Paris, Firmin Didot Frères, 1838, t. I, p. 719.

CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris, PUF, coll. Quadrige, 10^e éd., 2013.

DUBOIS J., MITERRAND H., DAUZAT A., *Dictionnaire étymologique et historique du français*, Larousse, 1998.

GAFFIOT F., *Dictionnaire latin-français*, Paris, Hachette, 2010.

LE PETIT ROBERT, *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Le Robert, 2011.

RAPPORTS, ETUDES, MONOGRAPHIES

ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *La vérité et le droit*, Journées canadiennes, t. 38, Paris, Economica, 1987.

ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Le contrat*, Paris, Société de Législation comparée, t. 55, 2008.

BOURRY D'ANTIN M., PLUYETTE G., BENSIMON S., *Art et techniques de la médiation*, Lexis-Nexis, coll. Pratique professionnelle, 2004.

CARNONNEAU T. E., « Rapport Louisianais », in *La vérité et le droit*, Association Henri Capitant, t. 38, Paris, Economica, 1989, p. 707.

CHABANOL D., *La pratique du contentieux administratif*, Paris, Lexis-nexis, coll. Droit & Professionnels Procédures, 10^e éd., 2013.

CHEVALLIER J., *L'Etat post-moderne*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso éd., coll. Droit et société, série politique 35, 4^e éd., 2014.

CADIET L. (dir.), T. CLAY, E. JEULAND, *Médiation et arbitrage, Alternative à la justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives*, Litec, coll. Pratique professionnelle procédure, 2005.

CONSEIL DE L'EUROPE, « Les solutions alternatives aux litiges entre les autorités administratives et les personnes privées : conciliation, médiation et arbitrage », Actes conf. multilatérale de Lisbonne, 1999.

CONSEIL D'ETAT, *Régler autrement les conflits : conciliation, médiation, arbitrage en matière administrative*, Paris, La documentation française, 1993.

CONSEIL D'ETAT, *Responsabilité et socialisation du risque*, Paris, La documentation française, 2005.

CONSEIL D'ETAT, *Les recours administratifs préalables obligatoires*, O. Schrameck (dir.), Paris, La documentation française, 2007.

CONSEIL D'ETAT, *Personnes morales de droit public recours à l'arbitrage*, D. Labetoulle (dir.), 2007, www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/.

CONSEIL D'ETAT, *La contractualisation comme moyen d'action et de production de normes*, Paris, La documentation française, 2008.

CONSEIL D'ETAT, Rapport d'activité 2010 des Tribunaux administratifs et Cours administratives d'appel, site internet du Conseil d'Etat.

CONSEIL D'ETAT, Rapport d'activité 2011 des Tribunaux administratifs et Cours administratives d'appel, site internet du Conseil d'Etat.

CONSEIL D'ETAT, Rapport d'activité 2012 des Tribunaux administratifs et Cours administratives d'appel, site internet du Conseil d'Etat.

CONSEIL D'ETAT, Rapport d'activité 2013 des Tribunaux administratifs et Cours administratives d'appel, site internet du Conseil d'Etat.

CONSEIL D'ETAT, Rapport d'activité 2014 des Tribunaux administratifs et Cours administratives d'appel, site internet du Conseil d'Etat.

COTTERELL R., *The sociology of law : an introduction*, London, Butterworths, 1984.

DAUCHY S., DEMARS-SION V., DEPERCHIN A., LE MARCH'ADOUR T. (dir.), *La résolution des conflits. Justice publique et justice privée : une frontière mouvante*, CHJ-CNRS, Mission « Droit et justice », 2008.

DESRAYAUD A., *Eléments de commentaire du discours préliminaire du Code civil*, Saint-Maur, Nouvelles, 2006.

DUBREUIL C.-A. (dir.), *L'ordre public : actes du colloque, 15 & 16 décembre 2011*, Paris, Ed. Cujas, coll. Actes et Etudes, 2013.

FENET P.-A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, Videcoq, 1836, t. II, III et XV.

GARAPON A., *Le gardien des promesses*, Odile Jacob, 1996.

GARAPON A., PAPADOPOULOS I., *Juger en Amérique et en France. Culture juridique française et Common Law*, Odile Jacob, 2003.

GUILLAUME-HOFNUNG M., *La médiation*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 6^e éd., 2011.

JEANNARD S., *Le recours administratif dans le système juridique français*, Paris, LGDJ, coll. Systèmes Droit, 2013.

KIRAT T., SERVERIN E. (dir.), *Le droit dans l'action économique*, CNRS Editions, 2000.

LAMY, *Droit de l'exécution forcée*, étude n° 205-5.

LAMY, *Voies d'exécution forcée*, étude 610.

MALLET-BRICOUT B., NOURISSAT C. (dir.), *La transaction dans toutes ses dimensions*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006.

MEZARD J., *Les contrôles de l'Etat sur les collectivités territoriales*, Rapport d'information fait au nom de la délégation aux collectivités territoriales du Sénat, n° 300, 25 janvier 2012.

MINISTERE DE LA JUSTICE, *Rapports annuels de performances, annexe au projet de loi de règlement des comptes et rapports de gestion pour l'année 2011*, www.performance-publique.budget.gouv.fr.

MINISTERE DE L'ECONOMIE ET DES FINANCES, *Rapport d'activité 2009 de la direction des affaires juridiques*, site internet du ministère.

MINISTERE DE L'EDUCATION NATIONALE, *Rapport d'activité 2011 du médiateur du ministère de l'Education nationale*, site internet du ministère.

MODERNE F., *Les quasi-contrats administratifs*, Sirey, coll. Droit public, 1995.

NOURY A., *Les alternatives au règlement par les juridictions étatiques des litiges intéressant l'administration*, étude Faculté de droit de Lille-CNRS, 2001.

PAPADOPOULOS I., *Plaider coupable. La pratique américaine, le texte français*, PUF, Droit et Justice, 2004.

RACINE J.-B., *Pluralisme des modes alternatifs de résolution des conflits, pluralisme du droit*, J.-B. Racine (dir.), Lyon, L'Hermès, coll. Bibliothèque de droit, 2002.

REDOR M.-J. (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics, ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit et justice, 2001.

SERVERIN E., LASCOUMES P., LAMBERT T., *Transactions et pratiques transactionnelles : sujets et objets des transactions dans les relations conflictuelles de droit privé et de droit public*, Paris, Economica, 1987.

TOUZARD H., BASTOUNIS M., BENHARDA-PIGET I., *Les représentations sociales du règlement des litiges, le cas des modes alternatifs*, Université Paris V, Mission de recherche Droit et justice, avril 2001.

VERCLYTTE S. (dir.), *La déconcentration en France : histoire et actualité*, Paris, La documentation française, 1997.

VINCI N., *Guide de la transaction en droit administratif*, Territorial éd., coll. L'essentiel sur, 2012.

WEBER M., *Sociologie du droit*, trad. J. Grosclaude, PUF, coll. Quadriges, 2013.

THESES ET MEMOIRE

ARNAUD A.-J., *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de philosophie du droit, 1969.

BAYLE G., *L'enrichissement sans cause en droit administratif*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 111, 1973.

BENABENT E., *L'exécution en nature des contrats des personnes publiques*, thèse Paris II, 1979.

BERNARD P., *La notion d'ordre public en droit administratif*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 42, 1962.

BLUMANN C., *La renonciation en droit administratif français*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1974.

BOILLOT C., *La transaction et le juge*, PUF Clermont-Ferrand, coll. Thèses, 2003.

BOULAN F., *La transaction en droit privé positif*, thèse Aix Marseille, 1971.

BOURDON P., *Le contrat administratif illégal*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, t. 131, 2014.

BOURSIER M.-E., *Le principe de loyauté en droit processuel*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, t. 23, 2003.

BOYER L., *La transaction en droit privé : contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, Paris, Sirey, 1947.

BRENET F., *Recherches sur l'évolution du contrat administratif*, thèse Poitiers, 2002.

BRISSON F., *Les recours administratifs en droit public français : contribution à l'étude du contentieux administratif non juridictionnel*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 185, 1996.

CAMOUS E., *Règlements non juridictionnels des litiges de la consommation. Contribution critique à l'analyse des modes alternatifs de règlement des conflits*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 362, 2002.

CANEDO M., *Le mandat administratif*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 216, 2001.

CASTAN N., *Justice et répression en Languedoc à l'époque des Lumières*, Paris, Flammarion, coll. Science, 1980.

CHAIANEU G., *La transaction dans le domaine des marchés publics*, C. Maugüe (dir.), mémoire de DEA, Paris II, 2003.

DELAUNAY B., *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés : contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 172, 1993, p. 695 et s.

DEGRE M.-C., *Les Comités consultatifs de règlement amiable des marchés*, thèse Paris II, 1982.

DIEMER M.-O., *La juridiction gracieuse en droit administratif*, thèse Bordeaux IV, 2013.

DUPRE J.-F., *La transaction en matière pénale*, Paris, Litec, 1977.

ECKERT R., *La transaction pénale du XIIe au XVe siècle. Etude de droit savant, de législation et de coutume*, Thèse Strasbourg, 2009.

FARDET C., *L'homologation en droit public*, thèse, Paris II, 1996.

FOLLIOT L., *Pouvoirs des juges administratifs et distinction des contentieux en matière contractuelle*, thèse Paris II, 1994.

GHOZI A., *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 166, 1980.

GOUTAL J.-L., *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 171, 1981.

HOEPFFNER H., *La modification du contrat administratif*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 260, 2009.

HOURSON S., *Les conventions d'administration*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 277, 2014.

HUBRECHT H.-G., *Les contrats de service public*, thèse Bordeaux, 1980.

IKONOMOU A., *Les modes non juridictionnels de règlement des litiges administratifs*, thèse Paris II, 1993.

JARROSSON C., *La notion d'arbitrage*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 198, 1987.

KAPSALI V., *Les droits des administrés dans la procédure administrative non contentieuse*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 291.

LAUDE A., *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, PUAM, 1992.

LEPELLETIER F., *De la transaction en droit romain et en droit français*, thèse dactylographiée, Faculté de droit de Caen, 1890.

LEWY P., *La transaction en droit public français*, thèse Paris XIII, 2001.

LLORENS F., *Contrats d'entreprise et marché de travaux publics, contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 139, 1981.

LOMBARD F., *La cause dans le contrat administratif*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, t. 77, 2008.

LUCAS-PUGET A.-S., *Essai sur la notion d'objet du contrat*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 441, 2005.

MAHOUACHI M., *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, PUAM, 2002.

MALAURIE P., *Les contrats contraires à l'ordre public. Etude de droit civil comparé français : France, Angleterre, URSS*, Reims, Matot-Braine, 1953.

MARCUS L., *L'unité des contrats publics*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de thèses, t. 96, 2010.

MAYOUX S., *Les conventions d'abandon amiable du contrat*, Poitiers, PUJ Université de Poitiers-LGDJ, 2012.

MERLE R., *Essai de contribution générale de l'acte déclaratif*, thèse Toulouse, 1948.

MUNOZ F., *La conciliation : du droit privé au droit public*, thèse Paris I, 1997.

NOGUELLOU R., *La transmission des obligations en droit administratif*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 241, 2004.

NORMAND J., *Le juge et le litige*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1965.

OUM OUM J. F., *La responsabilité contractuelle en droit administratif*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 270, 2014.

PATRIKIOS A., *L'arbitrage en matière administrative*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 189, 1997.

PEQUIGNOT G., *Contribution à la théorie générale du droit des contrats administratifs*, Paris, Pédone, 1945.

PERRIER J.-B., *La transaction en matière pénale*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, t. 61, 2014.

PLESSIX B., *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, éd. Panthéon-Assas, 2003.

POULET L., *Transaction et protection des parties*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 452, 2005.

POUYAUD D., *La nullité des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 158, 1991.

PREVEDOUROU E., *Les recours administratifs obligatoires, étude comparée des droits allemand et français*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 180, 1994.

RAYSSAC R., *La transaction en matière administrative*, thèse Tours, 1999.

SAILLANT E., *L'exorbitance en droit public*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, t. 109, 2011.

SCHWARTZENBERG R.-G., *L'autorité de chose décidée*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 93, 1969.

ARTICLES DE DOCTRINE ET ENTRETIENS

AMSELEK P., « Le service public et la puissance publique. Réflexions autour d'une étude récente », *AJDA* 1968, p. 492.

AMSELEK P., « Les refus des comptables publics d'exécuter les ordres de paiement et le juge de l'excès de pouvoir », *AJDA* 1973, p. 172.

ANCEL P., « Force obligatoire et contenu obligationnel », *RTD Civ.* 1999, p. 771.

ANTOINE J., « La mutabilité née de faits nouveaux extérieurs aux parties », *RFDA* 2004, p. 80.

AUBY J.-B., « Eloge de la transaction », *Dr. Adm.* 2003, repère 1, p. 3.

AUBY J.-B., « Les problèmes posés par le développement du contrat en droit administratif comparé », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur de Michel Guibal*, Montpellier, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, coll. Mélanges, 2006, t. I, p. 411.

AUBY J.-M., « La transaction en matière administrative », *AJDA* 1956, p. 1.

BEDUSCHI-ORTIZ A., « La notion de loyauté en droit administratif », *AJDA* 2011, p. 944.

BERGEAL C., « Le traitement des problèmes juridiques au ministère de la Défense », *Dr. Adm.* 2006, entretien 1.

BON P., « Le préfet face à l'exécution par une collectivité territoriale d'un jugement la condamnant pécuniairement », *RFDA* 2006, p. 341.

BORGEAT L., GIROUX I., « Droit et administration publique : entre tradition et postmodernité », in *Administration publique du Canada*, 1997, vol. 40, n° 2, p. 307.

BOUCHER J., BOURGEOIS-MACHUREAU B., « Les conséquences indemnitaires de la nullité des contrats administratifs : la morale et l'équité », *AJDA* 2008, p. 1092.

BOYER G., « Le pacte extinctif d'action en droit civil romain », *Rec. de législation de Toulouse*, 1937, p. 53 et s., et 1937, p. 33.

BRACONNIER S., BRENET F., « L'homologation : fiche pratique », *Contrats-marchés publics* 2009, p. 3.

BRACONNIER S., CHEYSSON B., SIMONNET Y., « L'exécution des décisions condamnant une personne publique à payer une somme d'argent », *Contrats-marchés publics* 2014, ét. 10, p. 48.

BRECHON-MOULENES C., « De la loyauté de l'autorité publique cocontractante », *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, p. 439.

CASTAINGS C., « Regards croisés droit public-droit privé, les procédures civiles et administratives confrontées aux mêmes exigences du management de la justice », *AJDA* 2009, p. 913.

CADIET L., « Des modes alternatifs de règlement des conflits en général et de la médiation en particulier », in *La médiation*, Société de législation comparée, Paris Dalloz/SLC, 2009, p. 13.

CADIET L., « Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit », in *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies d'une autre justice*, P. Chevalier, Y. Desdevises,

P. Milburn (dir.), Mission de recherche « Droit et justice », La Documentation française, 2003, p. 257.

CAILLOSSE J., « Interrogations méthodologique sur le "tournant contractuel" de l'action publique. Les contrats publics entre théorie juridique et sciences de l'administration », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur de Michel Guibal*, Montpellier, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, coll. Mélanges, 2006, t. II, p. 469.

CALVES G., « Mieux connaître les contentieux de masse », *RFDA* 2011, p. 477.

CHABANOL D., « Le boulevard périphérique de Lyon : une aventure juridique enfin terminée ? », *RJEP* 2009, comm. 12, p. 19.

CHAPUS R., « Le service public et la puissance publique », *RDP* 1968, p. 235.

CHAVENT-LECLERE A.-S., « La transaction existe-t-elle en droit pénal ? », in *La transaction dans toutes ses dimensions*, B. Mallet-Bricout C. Nourissat (dir.), Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006, p. 147.

CHAVRIER G., « Quelques réflexions à propos de la transaction administrative », *RFDA* 2000, p. 556.

CHEVALIER E., « La loyauté contractuelle : portée d'une notion novatrice en droit des contrats administratifs », *JCP A* 2012, p. 2392.

COHEN D., « Justice publique et justice privée », *Arch. phil. droit*, 41, 1997, p. 153.

CLAY T., « Transaction et autres contrats relatifs aux litiges », B. Mallet-Bricout et C. Nourissat (dir.), Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006, p. 13.

CLAY T., « La simplification de la transaction et de l'arbitrage dans le Code civil », *JCP G* 2014, p. 492.

CLUZEL L., « La promotion de la qualité dans les services publics, un précédent pour la justice ? », in *Evaluer la justice*, E. Breen (dir.), PUF, Droit et justice, 2002, p. 53.

COMBARNOUS M., « L'équité et le juge administratif », *Justices*, n° 9, janvier/mars 1998, p. 77.

COULON J.-M., « Le devenir des modes alternatifs de règlement des litiges dans l'économie des systèmes judiciaires », in *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies d'une autre justice*, P. Chevalier, Y. Desdevises, P. Milburn (dir.), Mission de recherche « Droit et justice », La Documentation française, 2003, p. 247.

COUZINET P., « Un exemple de procédure de conciliation préalable obligatoire : la conciliation sportive précontentieuse », *RFDA* 1997, p. 365.

CORNU G., « Les modes alternatifs de règlement des conflits, rapport de synthèse », Rencontres internationales de droit comparé, Damas, 5-8 octobre 1996, *RIDC* 1997, n° 2, p. 313.

COSTA E., « La conciliation devant le juge administratif, l'exemple de la commission de règlement amiable de Seine-Saint-Denis », *AJDA* 2012, p. 1834.

CROZE H., FRADIN O., « Transaction et force exécutoire », in *La transaction dans toutes ses dimensions*, B. Mallet-Bricout et C. Nourissat (dir.), Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006, p. 95.

DAL FARRA T., « La transaction administrative », *Contrats publics*, mars 2007, n° 64, p. 34.

DEBBASCH R., « Le juge administratif et l'injonction : la fin d'un tabou », *JCP G* 1996, I, p. 161.

DELACOUR E., « Règlement amiable des litiges : recourir à la transaction, mais à quelles conditions ? », *Mon. TP*, 3 novembre 2001, p. 98.

DELAUNAY B., « L'interdiction de condamner une personne publique à une somme qu'elle ne doit pas. Grandeur et décadence de la jurisprudence *Mergui* », in *Liber amicorum G. Darcy : détours juridiques, le praticien, le théoricien et le rêveur*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 199.

DELVOLVE P., « L'exécution contre l'administration », *RTD Civ.* 1993, n° spécial, p. 151.

DELVOLVE P., « Contrats publics et sécurité juridique », in *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, Paris, La documentation française, 2008, p. 329.

DENOIX DE SAINT MARC R., « L'administration contractuelle », *AJDA* 2003, p. 970.

DESDEVISES Y., « Les transactions homologuées : vers des contrats juridictionnalisables ? », *D.* 2000, p. 284.

DIDRICHE O., « Les conséquences de l'arrêt *Commune de Béziers* sur les contrats passés par les collectivités territoriales », *AJCT* 2010, p. 114.

DOBKINE M., « La transaction en matière pénale », *D.* 1994, Chron., p. 137.

DRAGO R., « Etablissements publics et transaction », in *Administrer, gouverner, juger : Mélanges en l'honneur de Jean Waline*, Paris, Dalloz, 2002, p. 182.

DREYFUS J-D., « Transaction et commande publique : les frontières avec le délit de favoritisme », *AJCT* 2012, p. 243.

DROSS W., « Ordre public et transaction », in *La transaction dans toutes ses dimensions*, B. Mallet-Bricout et C. Nourissat (dir.), Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006, p. 63.

DYENS S., « Recourir à la transaction dans les collectivités territoriales », *Dr. Administratif* 2015, n° 5, prat. 5.

ECKERT G., « Les pouvoirs de l'Administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs », *Contrats-marchés publics* 2010, n° 10, p. 7.

FAGES B., « Équilibre et transaction : l'exigence de concessions réciproques », in *La transaction dans toutes ses dimensions*, B. Mallet-Bricout et C. Nourissat (dir.), Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006, p. 53.

FARCY J.-C., « Justice privée et justice publique. Approches de l'historiographie (France, XVIII^e-XX^e siècles) », in *La résolution des conflits. Justice publique et justice privée : une frontière mouvante*, S. Dauchy, V. Demars-Sion, A. Deperchin, T. Le March'adour (dir.), S. Castelain (coord.), CHJ-CNRS, Mission « Droit et justice », 2008, p. 23.

FARDET C., « La notion d'homologation », *Droits* 1998, p. 183.

FATOME E., « Les avenants », *AJDA* 1998, p. 760.

FERRAND F., « La transaction, regard comparatif », in *La transaction dans toutes ses dimensions*, in *La transaction dans toutes ses dimensions*, B. Mallet-Bricout et C. Nourissat (dir.), Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006, p. 187.

FERREIRA N., « De la nécessaire imperfection du contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales », in *L'Etat dans ses relations avec les collectivités territoriales, Journées d'études juridiques sur la centralisation française*, P. Chrétien, N. Ferreira, L. Janicot (dir.), Lextenso, coll. LEJEP, 2011, p. 129.

FLOUR J., « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Etudes offertes à Georges Ripert*, Paris, LGDJ, 1950, t. I, p. 96.

FOLLAIN A., « De la justice seigneuriale à la justice de paix », in *Une justice de proximité : la justice de paix, 1790-1958*, J.-G. Petit (dir.), PUF, Droit et justice, 2003, p. 19.

FOUCHER B., MINDU P., « Les réponses d'une juridiction de première instance confrontée aux contentieux de masse », *RFDA* 2011, p. 665.

FRYDMAN B., « Les nouveaux rapports entre droit et économie : trois hypothèses concurrentes », in *Le droit dans l'action économique*, T. Kirat, E. Serverin (dir.), *Le droit dans l'action économique*, CNRS Editions, 2000, p. 25.

GAUDEMET J., « La législation religieuse de Constantin », *Revue d'histoire de l'Eglise de France* 1947, vol. 33, n° 122, p. 33.

GAUDEMET Y., « Réflexions sur l'injonction dans le contentieux administratif », in *Le pouvoir : Mélanges offerts à Georges Burdeau*, Paris, LGDJ, 1977, p. 805.

GAUDEMET Y., « Le précontentieux : le règlement non juridictionnel des conflits dans les marchés publics », *AJDA* 1994, n° spécial, p. 87.

GAUDEMET Y., « Arbitrage et droit public », *Droit et patrimoine*, 2002, n° 105.

GAUDEMET Y., « Approche doctrinale : définition, origines, essai d'explication et perspectives des contentieux de masse », *RFDA* 2011, p. 464.

GARNOT B., « Justice, infrajustice, parajustice et extrajustice dans le France d'Ancien Régime », *Crime, Histoire et Sociétés*, 2000, vol. 4, n° 1, p. 103.

GHERARDI E., « Réflexions sur la nature juridique des transactions pénales », *RFDA* 1999, p. 905.

GONTHIER N., « Faire la paix : un devoir ou un délit ? Quelques réflexions sur les actions de pacification à la fin du Moyen Age », in *L'infrajudiciaire à l'époque contemporaine*, B. Garnot (dir.), Editions universitaires de Dijon, 1996, p. 37.

GOUTAL Y., « Conseils pour bien transiger », *AJCT* 2012, p. 239.

HAIM V., « Les comités consultatifs de règlement amiable des litiges : rôle et mission », *AJCT* 2013, p. 186.

HAURIOU M., « Les éléments du contentieux », *Rec. de législation de Toulouse*, 1905, *Rec. de législation de Toulouse*, 1907.

HASTINGS-MARCHADIER A., « Les contrats de droit privé des personnes publiques et la liberté contractuelle », *AJDA* 1998, p. 683.

JACOT N., « La notion de force majeure dans les contrats publics », in *Contrats publics : mélanges en l'honneur de Michel Guibal*, Montpellier, Presses de la faculté de droit de Montpellier, coll. Mélanges, 2006, t. I, p. 275.

JACOB R., « La décision judiciaire en Europe dans la perspective de l'histoire comparée », in *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, R. Jacob (dir.), LGDJ, coll. « Droit et société », 1996, p. 404.

JANICOT L., « L'homologation : vers une justice administrative gracieuse », *RDP* 2007, p. 907.

JANICOT L., « Ordre public et contrat administratif », in *L'ordre public : actes du colloque, 15 & 16 décembre 2011*, C.-A. Dubreuil (dir.), Paris, Ed. Cujas, coll. Actes et Etudes, 2013, p. 61.

JARROSSON C., « Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale », *Rev. Internationale de droit comparé* 1997, p. 330.

JARROSSON C., « Le contrat de transaction dans les relations commerciales internationales », *Rev. Critique de droit international privé* 1997, p. 657.

JARROSSON C., « Les concessions réciproques dans la transaction », *D.* 1997, p. 267.

JEAMMAUD A., « Genèse et postérité de la transaction », in *La transaction dans toutes ses dimensions*, B. Mallet-Bricout et C. Nourissat (dir.), Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006, p. 5.

KENFACK H., « Vent de faveur sur la transaction ? Bref retour sur la force exécutoire de la transaction devant le président du Tribunal de grande instance et le juge administratif », *AJDA* 2004, p. 242.

KENFACK H., « Transaction et autres risques de confusion (Partage, résiliation amiable, désistement d'instance, remise de dette, reçu pour solde de tout compte...), in *La transaction dans toutes ses dimensions*, B. Mallet-Bricout et C. Nourissat (dir.), Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006, p. 25.

KIRAT T., « Action juridique et calcul économique. Regards d'économie du droit », in *Le droit dans l'action économique*, T. Kirat, E. Serverin (dir.), *Le droit dans l'action économique*, CNRS Editions, 2000, p. 43.

LABETOULLE D., « L'arbitrage n'est pas un troisième ordre de juridiction », *JCP G* 2007, I, 143, p. 11.

LA MARDIERE C. (de), « La transaction, regard fiscal », in *La transaction dans toutes ses dimensions*, B. Mallet-Bricout et C. Nourissat (dir.), Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006, p. 169.

LAMARQUE J., « Le déclin du critère de la clause exorbitante », *Le juge et le droit public : Mélanges offerts à Marcel Waline*, Paris, LGDJ, 1974, p. 497.

LAVAL-MADER N., « Les évolutions du risque pénal dans la gestion publique locale », *RFDA* 2012, p. 707.

LE GARS J.-M., « La conciliation par le juge administratif », *AJDA* 2008, p. 1468.

LE GOFF R., « Les modes alternatifs de règlement des litiges, vers l'efficience juridique ? », *JCP A* 2005, p. 1286.

LE POMMELEC A., « La signification de l'ordre public en droit des obligations », in *L'ordre public : actes du colloque, 15 & 16 décembre 2011*, C.-A. Dubreuil (dir.), Paris, éd. Cujas, coll. Actes et Etudes, 2013, p. 73.

LEROUX S., « L'amour des lois en révolution : la finalité morale de la législation », in *L'amour des lois – La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, J. Boulad-Ayoud, Bj. Melkevik, P. Robert (dir.), Québec/Paris, P.U.L./L'Harmattan, 1996, p. 163.

LEVASSEUR A., « Les transactions : l'exemple de l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris », *AJDA* 1997, p. 54.

LEVIS M., « La conciliation par le tribunal administratif et le rôle du juge dans l'instruction des litiges », *AJDA* 1987, p. 499.

LYON-CAEN A., « La transaction administrative », *AJDA* 1997, p. 48.

MALLET-BRICOUT, « Vice et transaction », in *La transaction dans toutes ses dimensions*, B. Mallet-Bricout et C. Nourissat (dir.), Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006, p. 35.

MARCHAND A., « Les CCRA font peau neuve ! », *CJFI* 2011, n° 63, p. 39.

MARCHESSAUX I., « L'opposabilité du contrat aux tiers » in *Les effets du contrat à l'égard des tiers : comparaisons franco-belges*, M. Fontaine et J. Ghestin (dir.), Paris, LGDJ, 1992.

MARCOU G., « L'arbitrage des contrats de l'administration. Les enseignements du droit comparé et de l'arbitrage international pour la réforme du droit français », in *Le contrôle des marchés publics*, G. Marcou, L. Folliot-Lalliot, D. I. Gordon, S. L. Schooner, J. Schwartz et C. Yukins (dir.), Paris, Irjs éd., Bibliothèque de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne, t. 21, 2009, p. 373

MARGUERY L., « La "loyauté des relations contractuelles" en droit administratif : d'un principe procédural à un principe substantiel », *RFDA* 2012, p. 663.

MARTINAGE R., « Compromis, transaction et cession de droits en matière pénale, XVIe – XVIIIe siècles », in *La résolution des conflits. Justice publique et justice privée : une frontière mouvante*, S. Dauchy, V. Demars-Sion, A. Deperchin, T. Le March'adour (dir.), S. Castelain (coord.), CHJ-CNRS, Mission « Droit et justice », 2008, p. 65.

MELLERAY F., « Existe-t-il un critère du droit administratif ? » A propos de deux articles de Jean Rivero », in *Le Professeur Rivero ou la liberté en action*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2012, p. 55.

MELLERAY F., « La réforme de l'expertise », *AJDA* 2014, p. 1364.

MESTRE J., « Observations sur l'attitude du juge face aux difficultés d'exécution du contrat », in *Le juge et l'exécution du contrat*, Colloque I.D.A., Aix-en-Provence, 28 mai 1993, PUAM, 1993, p. 91.

MODERNE F., « Sur le nouveau pouvoir d'injonction du juge administratif », *RFDA* 1996, p. 43.

MOLLION G., « La théorie de l'accessoire dans les contrats publics », *Contrats-marchés publics* 2009, ét. 10.

MOREAU J., « De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel », *AJDA* 1965, p. 3.

NELISSE C., « Le règlement déjudiciarisé : entre la flexibilité technique et la pluralité juridique », *La revue de droit*, vol. 23, n° 1, 1992, p. 271.

NOUVEL Y., « L'autorité de la chose jugée attachée à la transaction », *Procédures* 2007, ét. 18, p. 39.

NOURY A., « Les modes alternatifs peuvent-ils prospérer dans le contentieux administratif ? », *JCP A* 2005, p. 1286.

PERROT R., « L'homologation des transactions », *Procédures*, août-septembre 1999, p. 3.

PETIT J., « Nouvelles d'une antinomie : contrat et police », in *Les collectivités locales, Mélanges en l'honneur de J. Moreau*, Paris, Economica, 2003, p. 345.

PIZZIO-DELA PORTE C., « De la transaction prévue par le Code civil à la transaction utilisée en droit du travail : réflexions sur une règle en dérive », in *1804-2004, le Code civil, un passé, un présent un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, p. 593.

PLESSIX B., « Transaction et droit administratif », in *La transaction dans toutes ses dimensions*, B. Mallet-Bricout et C. Nourissat (dir.), Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006, p. 113.

PONS S., « Réflexions sur la modification d'un élément essentiel du contrat par les parties », *LPA* 8 avril 2008, n° 71, p. 4.

PORCHY-SIMON S., « Transaction et droit de l'indemnisation », in *La transaction dans toutes ses dimensions*, B. Mallet-Bricout et C. Nourissat (dir.), Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006, p. 111.

POUYAUD D., « L'office du juge du contrat », *RFDA* 2010, p. 519.

RACINE J.-B., « Les garanties de loyauté dans les modes alternatifs de règlement des conflits », in *Pluralisme des modes alternatifs de résolution des conflits, pluralisme du droit*, J.-B Racine (dir.), Lyon, L'Hermès, coll. Bibliothèque de droit, 2002, p. 71.

RACINE J.-B., « Les incertitudes de la transaction dite homologuée (à propos de l'article 1441-1 du Nouveau Code de procédure civile) », in *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, P. Chevalier (dir.), Paris, La documentation française, coll. Perspectives sur la justice, 2003.

RADE C., « Les effets de la transaction », in *La transaction dans toutes ses dimensions*, B. Mallet-Bricout et C. Nourissat (dir.), Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006, p. 87.

RICHER L., « Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit administratif », *AJDA* 1997, p. 238.

RICHER L., « La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques », *AJDA* 2003, p. 973.

RICHER L., « Collectivités locales et modes alternatifs de règlement des litiges : identifier, organiser et résoudre le litige », *AJCT* 2012, p. 237.

ROUSSEAU X., « Entre accommodement local et contrôle étatique : pratiques judiciaires et non judiciaires dans le règlement des conflits en Europe médiévale et moderne », in *L'infrajudiciaire à l'époque contemporaine*, B. Garnot (dir.), Editions universitaires de Dijon, 1996, p. 87.

SABIANI F., « Transaction administrative : les trois ambiguïtés de l'homologation », *Dr. Adm.* 2003, chron. n° 8.

SERVERIN E., « Les marchandages sur les droits litigieux », in *Le droit dans l'action économique*, T. Kirat, E. Serverin (dir.), *Le droit dans l'action économique*, CNRS Editions, 2000, p. 111.

SERVERIN E., « La force du contrat de transaction », in *La résolution des conflits. Justice publique et justice privée : une frontière mouvante*, S. Dauchy, V. Demars-Sion, A. Deperchin, T. Le March'adour (dir.), S. Castelain (coord.), CHJ-CNRS, Mission « Droit et justice », 2008, p. 36.

SEUBE J.-B., « Contrats privés – contrats administratifs : points de convergence ? », in *Contrats publics : mélanges en l'honneur de Michel Guibal*, t. I, Montpellier, Presses de la faculté de droit de Montpellier, coll. Mélanges, 2006, p. 367.

SOLER-COUTEAUX P., LOUIS J.-J., « Du bon usage de la transaction administrative dans les contrats publics », *Contrats-marchés publics* 2000, chron. 2.

SPIRE A., « L'entonnoir du contentieux fiscal », in *Le recours à la justice administrative, pratiques des usages et usagers des institutions*, G. Contamin, E. Saada, A. Spire, K. Weidenfeld (dir.), Paris, La documentation française, 2008, p. 85.

STIRN B., « Le juge administratif et les contrats entre collectivités publiques », *AJDA* 1990, p. 141.

TERNEYRE P., « Plaidoyer pour l'exception d'inexécution dans les contrats administratifs », in *Juger l'administration, administrer la justice : mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Paris, Dalloz, 2007, p. 803.

THIBIERGE-GUELUCCI C., « Libres propos sur la transformation du contrat », *RTD Civ.* 1997, p. 380.

TULKENS F., VAN DE KERCHOVE M., « La justice pénale, justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée ? », in *Droit négocié, droit imposé ?*, P. Gérard, F. Ost et M. Van De Kerchove (dir.), Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis éd., coll. Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1996, p. 529.

UBAUD-BERGERON M., « Le juge, les parties et les tiers : brèves observations sur l'effet relatif du contrat », in *Contrats publics : mélanges en l'honneur de Michel Guibal*, t. I, Montpellier, Presses de la faculté de droit de Montpellier, coll. Mélanges, 2006, p. 575.

VEDEL G., « Remarques sur la notion de clause exorbitante », *L'évolution du droit public : études en l'honneur d'Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1956, p. 527.

VIENNOIS J.-P., « Transaction et droit de la concurrence et droit de la consommation », in *La transaction dans toutes ses dimensions*, B. Mallet-Bricout et C. Nourissat (dir.), Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006, p. 123.

ZARCA A., « Questions sur l'annulation des transactions », *AJDA* 2013, p. 506.

FASCICULES

BENOIT F.-P., « La commune-la collectivité communale », *Encyclopédie des collectivités locales*, Dalloz.

BERROD F., « Aides. (Notion) », *Répertoire de droit européen*, Dalloz.

BRENET F., « Qualification jurisprudentielle du contrat administratif », *J.-Cl. Administratif*, fasc. 603.

BOUSSARD S., « Conciliation, transaction et arbitrage », *J.-Cl. Administratif*, fasc. 1005.

CANTIE C., « Marchés publics, prévention et résolution amiable des litiges », *J.-Cl. Coll. terr.*, fasc. 781.

CHABANOL D., « Tribunaux administratifs et Cours administratives d'appel, attributions contentieuses et non contentieuses », *J.-Cl. Justice administrative*, fasc. 20.

CHAUVEL P., « Transaction », *in Répertoire de droit civil*, Dalloz.

FOLLIOT-LALLIOT L., « Exécution du contrat administratif. Obligations contractuelles et pouvoirs de l'Administration », *J.-Cl. Adm.*, fasc. 608.

GILTARD D., « L'urgence », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz.

GUETTIER C., « Chose jugée », *J.-Cl. Administratif*, fasc. 1110.

HOEPFFNER H., « Exécution du contrat administratif. Droits et obligations du cocontractant », *J.-Cl. Administratif*, fasc. 609.

JULIENNE F., « Transaction. Formation », *J.-Cl. Civil code*, fasc. 40.

LE CHATELIER G., « Transaction », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz.

MENJUCQ M., « Régime de la réparation. – Transaction », fasc. 240, *J.-Cl. Responsabilité civile et Assurances*.

PEISER G., « Incidents de procédure », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz.

PELLISSIER G., « L'autorisation de plaider », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz.

PERROT R., FRICERO N., DOUCHY-OUDOT M., « Autorité de la chose jugée. – Autorité de la chose jugée au civil sur le civil », *J.-Cl. Procédure civile*, fasc. 554.

POUMAREDE M., LE TOURNEAU P., « Responsabilité délictuelle et inexécution contractuelle », *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz.

POUYAUD D., GILBERT S., « Les contrats entre personnes publiques », *J. Cl. Administratif*, fasc. 675.

RICHER L., « Arbitrage et conciliation », *Répertoire de Contentieux administratif*, Dalloz.

ROUGEAUX J.-P., « Principes généraux de la comptabilité publique », *J.-Cl. Administratif*, fasc. 113.

ROUQUETTE R., « IV. 600, Résolution amiable des litiges », *Droit des marchés publics et contrats publics spéciaux*, coll. Moniteur Référence, t. III, p. 13.

SAÏDJ L., « Les budgets communaux », *Encyclopédie des collectivités locales*, Dalloz.

SAIDJ L., « Les agents d'exécution du budget communal », *Encyclopédie des collectivités locales*, Dalloz.

TAILLEFAIT A., « Recouvrement des créances publiques ordinaires », *J.-Cl. Administratif*, fasc. 114-10.

TERNEYRE P., « Responsabilité contractuelle », in *Répertoire de la puissance publique*, Dalloz.

THIELLAY J.-P., « Instruction. Désistement », *J.-Cl. Justice administrative*, fasc. 69.

VEAUX D., « Transaction. Formation », *J.-Cl. Notarial Répertoire*, fasc. 40.

VIER C.-L., « Contrôle de légalité des actes des autorités locales », *J.-Cl. Adm.*, fasc. 1011.

CONCLUSIONS ET NOTES D'ARRETS

CONCLUSIONS

BISSARA M., concl. sur CE, Sect., 28 septembre 1983, *Société Etablissements Prévost*, *Dr. fisc.* 1984, n° 10, comm. 480.

BOULOUIS N., concl. sur CE, Avis, 4 avril 2005, *Société Cabinet JPR Ingénierie*, *BJDCP* 2005, n° 40, p. 229.

BOULOUIS N., concl. sur CE, 31 juillet 2009, *Ville de Grenoble*, *BJDCP* 2009, n° 67, p. 460.

CASAS D., concl. sur CE, 13 octobre 2004, *Commune de Montélimar*, *JCP A* 2004, n° 1683.

CASAS D., concl. sur CE, 16 novembre 2005, *M. Auguste et commune de Nogent-sur-Marne*, *BJDCP* 2006, n° 45, p. 128.

CASAS D., concl. sur CE, 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation Guadeloupe*, *RFDA* 2007, p. 696.

CASAS D., concl. sur CE, 11 septembre 2006, *Commune de Théoule-sur-Mer*, *BJDCP* 2006, n° 49, p. 465.

COURREGES A., concl. sur CE, 30 janvier 2008, *Ville de Paris*, *Leb.*, p. 21.

DACOSTA B., concl. sur CE, 11 juillet 2008, *Société Krupp Hazemag*, *RFDA* 2008, p. 951.

DACOSTA B., concl. sur CE, 28 février 2011, *Société Ophrys*, *BJDCP* 2011, n° 75, p. 113.

DACOSTA B., concl. sur CE, 8 juin 2011, *Commune de Divonne-les-Bains*, *BJDCP* 2011, n° 78, p. 381.

DACOSTA B., concl. sur CE, 10 avril 2008, *Société Decaux et département des Alpes-Maritimes*, *JCP A* 2008, p. 2116.

DUCHON-DORIS J.-C., concl. sur CAA Marseille, 28 novembre 2000, *Sté Transmontagne*, *BJDCP* 2001, p. 431.

GALABERT M., concl. sur CE, 17 mars 1978, *SA Entreprise Renaudin*, *Leb.*, p. 140.

GAZIER F., concl. sur CE, 13 décembre 1957, *Société nationale de vente de surplus*, *D.* 1958, I, p. 517.

GLASER E., concl. sur CE, 11 février 2005, *Organisme de gestion du Cours de Sacré-Cœur*, *RFDA* 2005, p. 546.

GLASER E., concl. sur CE, 17 mai 2006, *Commune de Jonquières*, *AJDA* 2006, p. 1390.

GLASER E., concl. sur CE, 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, *RFDA* 2010, p. 506.

GUEDJ A., concl. sur TA Paris, 5 mars 2002, *Département des Hauts-de-Seine et Société Les équipements de la Colline*, *BJDCP* 2002, n° 24, p. 384.

GUYOMAR M., concl. sur CE, Ass., 7 juillet 2006, *France Nature Environnement*, *RFDA* 2006, p. 1261.

GUILLAUME C., concl. sur CE, 11 février 1972, *OPHLM contre Caisse franco-néerlandaise de cautionnement*, *AJDA* 1972, p. 245.

JARRIGE A., concl. sur TA Melun, 4 décembre 2001, *Ministre de la Défense*, *BJDCP* 2002, p. 311.

LABETOULLE D., concl. sur TC, 21 mars 1983, *Union des assurances de Paris*, *AJDA* 1983, p. 356.

LABETOULLE D., concl. sur CE, 26 octobre 1984, *Mammar*, *D.* 1985, jurispr., p. 223.

LE BROUSOIS N., concl. sur TA Paris, 28 juin 2011, *Association Anticor*, *M. Bayou et autres*, *RFDA* 2012, p. 1142.

LE CHATELIER G., concl. sur CE, Avis, 6 décembre 2002, *Syndicat intercommunal du second cycle du second degré du district de l'Hay-les-Roses*, *RFDA* 2003, p. 291.

LE CHATELIER G., concl. sur CE 17 octobre 2003, *Ministre de l'Intérieur c/ Synd. intercom. d'assainissement Le Beausset*, *BJDCP* 2004, p. 20.

LE VAVASSEUR DE PRECOURT M., concl. sur l'arrêt CE, 23 décembre 1887, *Evêque de Moulins*, *Leb.*, p. 843.

LEVIS M., concl. sur CE, 23 juin 1989, *Vériter*, *Leb.*, p. 146.

ROMIEU J., concl. sur CE, 17 mars 1893, *Chemin de fer du Nord, de l'Est et autres contre ministre de la guerre*, *S.* 1893, III, p. 119.

ROMIEU J., concl. sur CE, 4 août 1905, *Martin*, *D.* 1907, II, p. 49.

ROUGEVIN-BAVILLE M., concl. sur CE, sect., 19 mars 1971, *Mergui*, *Leb.*, p. 235.

SAUVEPLANE M., concl. sur TA Grenoble, 14 novembre 2003, *Société des Autoroutes Rhône-Alpes (AREA)*, *RFDA* 2004, p. 1179.

VALLEE L., concl. sur CE, 10 août 2005, *Ministre de l'Economie contre Mme Chatelus*, *Droit fiscal* 2006, comm. 222.

VALLEE L., concl. sur CE, 29 novembre 2002, *Communauté d'agglomération Saint-Etienne Métropole*, *RJF* 2/03, n° 228.

OBSERVATIONS, NOTES ET CHRONIQUES DE JURISPRUDENCE

AMSELEK P., « Une méthode peu usuelle d'identification des contrats administratifs : l'identification directe », note sous CE, Sect., 19 janvier 1973, *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant*, *La revue administrative* 1973, p. 633.

AGUILA Y., « L'action en justice exercée au nom de la commune par le contribuable », *RFDA* 1993, p. 104.

AUBIN E., « L'impossible négociation de l'indemnité de licenciement d'un directeur d'OPAC », note sous CE, 14 juin 2004, *Leplatre*, *AJDA* 2004, p. 2225.

BENOIT L., « Mission de conciliation des Tribunaux administratifs », note sous CAA Marseille, 28 novembre 2000, *Sté Transmontagne*, *AJDA* 2001, p. 302.

BENTOLIA P., « Licenciement d'un agent relevant de la fonction publique territoriale. Absence de valeur juridique de l'indemnité de licenciement versée en méconnaissance de l'article 46 du décret du 15 février 1988 », *JCP éd. Collectivités territoriales et Intercommunalité* 2004, comm. 163.

BERNOT J., note sous CE, 14 juin 2004, *Leplatre*, *JCP éd. Collectivités territoriales et Intercommunalité* 2005, ét. 9.

BRACONNIER S., « Contentieux des contrats : le choc de la sécurisation ? », note sous CE, 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, *AJDA* 2014, p. 945.

BRENET F., « Précisions sur l'office du juge du contrat saisi par les parties d'un litige relatif à son exécution », note sous CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, *Dr. Adm.* 2011, comm. 29.

BRENET F., « Les contrats relatifs au domaine privé peuvent être administratifs », note sous TC, 19 novembre 2010, *ONF*, *Dr. Adm.* 2011, comm. 19.

BRENET F., note sous CE, 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, *Dr. Adm.* 2014, comm. 36.

BRETONNEAU A., LESSI J., « Contentieux contractuel : la révolution rentre au port », note sous CE, 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne* *AJDA* 2014, p. 1035.

BUSSON E., « Est-il encore possible de demander l'annulation de l'acte détachable alors qu'il existe un juge de plein contentieux ? », note sous CE, 11 mai 2011, *Société Lyonnaise des eaux France*, *JCPA A* 2011, p. 2213.

CADEAU E., « Le principe de la liberté d'accès au droit à l'épreuve... de la CADA », note sous CADA, avis, 1^{er} avril 2004, réf. 2004-1039, *AJDA* 2005, p. 1257.

CANEDO-PARIS M., « Contrats administratifs et sécurité juridique : nouvelles avancées jurisprudentielles », note sous CE, 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation Guadeloupe*, *RFDA* 2007, p. 935.

CASSIA P., « Les voies de recours ouvertes contre les jugements relatifs à l'homologation des transactions », note sous CE, Avis, 4 avril 2005, *Société Cabinet JPR Ingénierie*, *AJDA* 2005, p. 1403.

CHABANOL D., note sous CE, 22 février 2008, *Tête*, *RJEP* 2009, comm. 12.

CHARLES H., DERRIDA F., note sous CE, 17 mars 1978, *SA Entreprise Renaudin*, *D.* 1979 J, p. 5.,

CHAVRIER G., note sous CE, 23 avril 2001, *Ceccaldi-Raynaud, Dr. Adm.* 2001, n° 172.

CHEVALLIER F., note sous CE, 17 mars 1978, *SA Entreprise Renaudin, AJDA* 1979, n° 4, p. 41.

DARCY G., note sous CE, 17 mars 1978, *SA Entreprise Renaudin, Revue Administrative* 1978, p. 291.

DEFFIGIER C., « L'action récursoire de l'Etat contre son agent peut être exercée après une transaction », note sous CE, 12 décembre 2008, *Ministre de l'Education nationale contre M. H.*, *AJDA* 2009, p. 895.

DELELIS P., note sous CE, 1^{er} janvier 2001, *Commune des Angles, Régie autonome des sports et loisirs de la Commune des Angles, Contrats-marchés publics* 2001, n° 245.

DELIANCOURT S., « Le contrôle du juge administratif sur le montant fixé par une convention de transaction pour des prestations réalisées hors contrat », *AJDA* 2004, p. 2280.

DELVOLVE P., note sous CE, 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation Guadeloupe, RJEP* 2007, dossier I, p. 327.

DELVOLVE P., « Le déféré préfectoral contre les contrats administratifs : du recours pour excès de pouvoir au recours de plein contentieux », note sous CE, 23 décembre 2011, *Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration, RFDA* 2012, p. 683.

DEYGAS S., obs. sous CE, 11 septembre 2006, *Commune de Théoule-sur-Mer, Procédures* 2006, comm. 256.

DONNAT F., CASAS D., « Le juge administratif peut homologuer une transaction en dehors de tout litige », chron. sur CE, *Avis, Ass.*, 6 décembre 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second degré du district de l'Hay-les-Roses, AJDA* 2003, p. 280.

DOUENCE J.-C., « Les conséquences de la non-transmission des délibérations des assemblées locales », note sous CE, *Avis*, 10 juin 1996, *Préfet de la Côte-d'Or, RFDA* 1997, p. 83.

DREIFUSS M., « Vers une meilleure effectivité du contrôle des contrats des collectivités locales. Réflexions sur un avis du Conseil d'État et ses prolongements éventuels » », note sous CE, *Avis*, 10 juin 1996, *Préfet de la Côte d'Or et autres, RDP* 1999, p. 829.

DREYFUS J.-D., « Il est interdit de renoncer aux intérêts moratoires », note sous CE 17 octobre 2003, *Ministre de l'Intérieur c/ Synd. intercom. d'assainissement Le Beausset, AJDA* 2003, p. 2267.

DREYFUS J.-D., « Une transaction dépourvue de cause légitime ne peut être homologuée », note sous TA Lyon, 25 mars 2004, *Syndicat mixte du Jura Gessien*, *AJDA* 2004, p. 1650.

DREYFUS J.-D., « Un conseil municipal doit être complètement informé pour autoriser la passation d'un contrat », note sous CE, 13 octobre 2004, *Commune de Montélimar*, *AJDA* 2004, p. 2107.

DREYFUS J.-D., « L'illicéité de l'objet d'une convention garantissant la délivrance d'un permis de construire », note sous CAA Lyon, 3 février 2005, *Mme Pachod*, *AJDA* 2005, p. 1531.

DREYFUS J.-D., « Le Conseil municipal ne peut pas donner un blanc-seing au maire pour transiger », note sous CE, 11 septembre 2006, *Commune de Théoule-sur-Mer*, *AJDA* 2006, p. 2125.

DREYFUS J.-D., « Vice du consentement et indemnisation au titre de l'enrichissement sans cause », note sous CE, 22 février 2008, *Tête*, *AJDA* 2008, p. 992.

DREYFUS J.-D., note sous CAA Bordeaux, 6 novembre 2008, *Centre hospitalier Saint-Nicolas de Blaye*, *AJDA* 2009, p. 487.

ECKERT G., « Transaction », note sous *Syndicat intercommunal du second cycle du second degré du district de l'Hay-les-Roses*, *Contrats-marchés publics* 2003, p. 31.

ECKERT G., note sous CE 17 octobre 2003, *Ministre de l'Intérieur c/ Synd. intercom. d'assainissement Le Beausset*, *Contrats-marchés publics* 2003, comm. 230.

ECKERT G., note sous CE, 11 septembre 2006, *Commune de Théoule-sur-Mer*, *Contrats-marchés publics* 2006, comm. 330.

ECKERT G., note sous CE, 22 février 2008, *Tête*, *Contrats-marchés publics* 2008, comm. 79.

ECKERT G., note sous CE, 26 mars 2008, *Sté Spie Batignolles*, *Contrats-marchés publics* 2008, comm. 93.

ECKERT G., note sous CE, 25 novembre 2009, *Commune de la Mer* *Contrats-marchés publics* 2010, comm. 41.

GAUDEMET M., DIZIER A., « A propos du recours des tiers contre le contrat administratif : nouvelle tentative de rationalisation du Conseil d'Etat », note sous CE, 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, *D.* 2014, p. 1179.

GEFFRAY E., LIEBER S.-J., « Le juge de cassation face à la transaction », chron. sur CE, 11 juillet 2008, *Société Krupp Hazemag*, *AJDA* 2008, p. 1588.

GUETTIER C., chron. sur CE, 11 février 2005, *Organisme de gestion du Cours de Sacré-Cœur*, *RDP* 2006, p. 532.

GUETTIER C., chron. sur CE, 11 février 2005, *Organisme de gestion du Cours de Sacré-Cœur*, « Mission de conciliation confiée à l'expert », *Responsabilité civile et assurances* 2005, comm. 330.

GUETTIER C., note sous CE, 16 novembre 2005, *M. Auguste et commune de Nogent-sur-Marne*, *RJEP* 2006, p. 119.

GOURDOU J., BONNEAU O., « Intérêt pour agir contre la délibération autorisant la transaction consécutive à la résolution du contrat », note sous CE, 11 mai 2011, *Société lyonnaise des eaux France*, *RJEP* 2012, comm. 2.

GOURDOU J., TERNEYRE P., note sous CE, Avis, 6 décembre 2002, *Syndicat intercommunal du second cycle du second degré du district de l'Hay-les-Roses*, *CJEG* 2003, p. 543.

GOURDOU J., TERNEYRE P., « Renouvellement de l'office du juge du contrat », note sous CE, 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, *RJEP* 2010, comm. 30.

GROPER N., MICHAUD C., « Les limites de la responsabilité des élus locaux devant la CDBF en cas de réquisition », note sous CDBF, 30 juin 2006, *SIVOM d'Étaples-sur-Mer*, n° 154-551, *AJDA* 2006, p. 2445.

HONORAT E., BAPTISTE E., chron. sous CE, 23 juin 1989, *Vériter*, *AJDA* 1989, p. 424.

JEAN-PIERRE D., « Le directeur d'un OPAC est-il soumis au "statut" des agents non titulaires de la fonction publique territoriale ? », note sous CE, 14 juin 2004, *Leplatre*, *JCP A* 2004, n° 1528.

KENFACK H., « Répartition des compétences en matière de transaction conclue par une personne publique », note sous 18 juin 2007, *Sté Briançon Bus et M. B. contre Commune de Briançon*, *JCP G* 2008, II, 10017.

LABETOULLE D., P. CABANES, chron. sous CE, 5 mai 1971, *Ville de Carpentras contre Sieur Delhomme*, *AJDA* 1971, p. 415.

LABETOULLE D., CABANES P., chron sous CE, 19 mars 1971, *Mergui*, *AJDA* 1971, p. 274.

LA TAILLE G. (de), « Du plomb à l'or : la transmutation des transactions par leur homologation », note sous CAA Bordeaux, 31 octobre 2013, *GFA Habitation Chancel*, *AJDA* 2014, p. 50.

LA TAILLE G. (de), « Damoclès et les recours contre des groupements contre les contrats », note sous CE, 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, AJDA 2014, p. 920.

LAFaix J.-F., « Renonciation aux intérêts moratoires et ordre public », note sous CE 17 octobre 2003, *Ministre de l'Intérieur c/ Synd. intercom. d'assainissement Le Beausset*, AJDA 2004, p. 1631.

LANDAIS C., LENICA F., « Le régime de la transaction pénale », AJDA 2006, p. 2053.

LANDAIS C., LENICA F., « Le renouvellement des pouvoirs de l'expert désigné par le juge administratif », chron. sur CE, 11 février 2005, *Organisme de gestion du Cours de Sacré-Cœur*, AJDA 2005, p. 652.

LE CHATELIER G., « L'impossibilité de transiger sur les intérêts moratoires », note sous CE, 17 octobre 2003, *Ministre de l'Intérieur c/ Synd. intercom. d'assainissement Le Beausset*, *Dr. Adm.* 2003, comm. 239.

LENICA F., BOUCHER J., « Recours des tiers contre les contrats et modulation dans le temps des changements de jurisprudence : "Never say never" », chron. sur CE, 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation Guadeloupe*, AJDA 2007, p. 1577.

LINDITCH F., « Le contrat de transaction est exécutoire de plein droit, sans qu'y fassent obstacle les règles de la comptabilité publique », note sous CE, Avis, Ass., 6 décembre 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second degré du district de l'Hay-les-Roses*, *JCP Entreprise et Affaires* 2003, n° 107.

LINDITCH F., « Le premier avis du Conseil d'Etat sur l'homologation des transactions », note sous CE, Avis, Ass., 6 décembre 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second degré du district de l'Hay-les-Roses*, *JCP A* 2002, n° 1340.

LINDITCH F., « Libres propos sur la jurisprudence Commune de Montélimar », note sous CE, 13 octobre 2004, *Commune de Montélimar*, *JCP A* 2004, n° 1746.

LINDITCH F., note sous CE, 16 novembre 2005, *M. Auguste et commune de Nogent-sur-Marne*, *JCP A* 2006, p. 1038.

LINDITCH F., note sous CE, 22 février 2008, *Tête*, *JCP E* 2008, p. 1831.

LLORENS F., obs. sous CAA Paris, 18 mai 2006, n° 03PA03626, *Sté Imay Graphic*, *Contrats-marchés publics* 2006, comm. 219.

LLORENS F., SOLER-COUTEAUX P., obs. sous TA Nancy, 3 octobre 2006, *Cté urbaine du Grand Nancy*, *Contrats-marchés publics* 2007, comm. 125.

LLORENS F., SOLER-COUTEAUX P., obs. sous TA Paris, 8 novembre 2006, *Ministre de la Défense*, *Contrats-marchés publics* 2007, comm. 155.

LLORENS F., SOLER-COUTEAUX P., « L'arrêt « SMIRGEOMES » et la restructuration du contentieux des contrats administratifs : la voie de la raison », obs. sous CE, 3 octobre 2008, *Smirgeomes, Contrats-marchés publics* 2008, repère 10.

LLORENS F., SOLER-COUTEAUX P., « De la loyauté dans le contentieux administratif des contrats », obs. sous CE, 28 décembre 2009, *Commune de Béziers, Contrats-marchés publics* 2010, repère 2.

LLORENS F., SOLER-COUTEAUX P., note sous CE, 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne, Contrats-marchés publics* 2014, repère 5.

LLORENS F., TERNEYRE P., « L'illégalité du contrat de droit public ou privé pour défaut de transmission de la délibération municipale au représentant de l'Etat dans le département ne peut être régularisée ultérieurement par la seule transmission au préfet », note sous CE, Avis, 10 juin 1996, *Préfet de la Côte-d'Or, RD imm.* 1996, p. 562.

MELLERAY F., « La répartition des compétences juridictionnelles en matière de transactions conclues par une personne publique », note sous TC, 18 juin 2007, *Sté Briançon Bus et M. B. contre Commune de Briançon, Dr. Adm.* 2007, comm. 156.

MELLERAY F., note sous CE, 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation Guadeloupe, RDP* 2007, p. 1402.

MELLERAY F., « Précisions sur les conséquences indemnitaires de la déclaration de nullité d'un contrat administratif », note sous CE, 10 avril 2008, *Société Decaux et département des Alpes-Maritimes, Dr. Adm.* 2008, comm. 78.

MELLERAY F., note sous CE, Ass., 11 juillet 2008, *Société Krupp Hazemag, Dr. Adm.* 2008, comm. 137.

MELLERAY F., note sous CE, 25 novembre 2009, *Commune de Mer, Dr. Adm.* 2010, comm. 21.

MENEMENIS A., note sous CE, 13 octobre 2004, *Commune de Montélimar, Dr. Adm.* 2004, n° 172.

MENEMENIS A., note sous CE, 11 septembre 2006, *Commune de Théoule-sur-Mer, Dr. Adm.* 2007, comm. 20.

MERENNE S., « La transaction portant sur un recours pour excès de pouvoir », note sous TA Cergy-Pontoise, 8 janvier 2015, *Sté Multi Development France, AJDA* 2015, p. 993.

MESA R., « Précisions sur le régime des délits de favoritisme et de prise illégale d'intérêts », note sous Cass., 29 juin 2011, *AJDA* 2011, p. 2015.

MODERNE F., note sous CE, sect., 5 janvier 1966, *Sieur Hawezack, D.* 1966, p. 317.

NICOUD F., « L'impossibilité de transiger en matière d'excès de pouvoir », note sous TA Amiens, 14 avril 2007, *Dr. Adm.* 2008, comm. 8, p. 39.

NOGUELLOU R., « L'arrêt *Société Tropic travaux signalisation* et la notion de tiers au contrat », *RDC* 2008, p. 610.

NOGUELLOU R., « La transformation du contentieux contractuel », *RDI* 2010, p. 265.

PACTEAU B., « L'homologation des transactions par le juge administratif », note sous CE, Avis, Ass., 6 décembre 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second degré du district de l'Hay-les-Roses*, *RFDA* 2003, p. 302.

PACTEAU B., « L'homologation encadre les transactions : elle ne les entrave pas », note sous CE, Ass., 11 juillet 2008, *Société Krupp Hazemag*, *RFDA* 2008, p. 961.

PELISSIER G., note sous CE, 13 octobre 2004, *Commune de Montélimar*, *Coll. Terr.* 2004, comm. 223.

PELISSIER G., note sous CAA Versailles, 18 octobre 2007, *Commune d'Eragny-sur-Oise*, *JCP A* 2007, n° 2317.

PEYRICAL J.-M., « La compétence et la responsabilité des élus locaux. Réflexions à propos d'un arrêt de la Cour de discipline budgétaire et financière », note sous CDBF, 30 juin 2006, n° 154-551, *Synd. Intercommunal à vocation multiple de la région d'Étaples-sur-Mer*, *Dr. Adm.* 2006, ét. 21.

PIETRI J.-P., note sous CAA Marseille, 28 novembre 2000, *Sté Transmontagne*, *Contrats-marchés publics* 2001, comm. 123.

PIETRI J.-P., « Office du juge des référés précontractuels », note sous CE, 3 octobre 2008, *Smirgeomes*, *Contrats-marchés publics* 2008, comm. 264.

PIETRI J.-P., « Absence de contrat et responsabilités non contractuelles », obs. sous CAA Paris, 2009, *Société H. Chevalier*, *Contrats-marchés publics*, 2009, comm. 191.

PLESSIX B., chron. sur CE, 17 mai 2006, *Commune de Jonquières*, *JCP G* 2006, I 170, p. 1756.

PLESSIX B., chron. sur CE, 11 septembre 2006, *Commune de Théoule-sur-Mer*, *JCP G* 2006, I 201.

PLESSIX B., chron. sur CE, 10 avril 2008, *Société Decaux et département des Alpes-Maritimes*, *JCP G* 2008, I, 149.

PLESSIX B., chron. sur CE, 11 juillet 2008, *Société Krupp Hazemag*, *JCP G* 2008, I 191.

PLESSIX B., chron. sur CE, 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, JCP G 2010, doct. 365.

POUJADE B., « La responsabilité des ordonnateurs en droit public financier : état des lieux », *AJDA* 2005, p. 703.

POUYAUD D., « Un nouveau recours contentieux : le recours en contestation de la validité du contrat à la demande du concurrent évincé », note sous CE, 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation Guadeloupe*, RFDA 2007, p. 923.

POUYAUD D., note sous CE, 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, RFDA 2010, p. 519.

ROUAULT M.-C., obs. sous CE, 11 septembre 2006, *Commune de Théoule-sur-Mer*, JCP G 2006, act. 446.

RICHER L., « Légalité de la vente de terrains communaux à des entreprises pour le franc symbolique », note sous CE, 3 novembre 1997, *Commune de Fougerolles*, AJDA 1997, p. 1010.

SALVAGE DE LANFRANCHI F., « Autorisation de plaider : des conditions strictes d'application de nouveau confirmées », note sous CE, 26 juillet 2011, *Bayou*, AJDA 2011, p. 2293.

SESTIER J.-F., note sous CE, 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, JCP A 2014, p. 2152.

SESTIER J.-F., « L'abandon de la jurisprudence *Peyrot* », note sous TC, 9 mars 2015, *Mme Rispal contre Société Autoroutes du Sud de la France*, JCP A 2015, p. 2156.

SPITZ E., « La transaction ne requiert pas une homologation par le juge », note sous TA Paris, 2 avril 2003, *Lion*, AJDA 2003, p. 1286.

TERNEYRE P., note sous CE, Sect., 28 septembre 1983, *Société Etablissements Prévost, Petites affiches*, 2 avril 1984, p. 8.

TERNEYRE P., note sous CE, 13 octobre 2004, *Commune de Montélimar*, RFDA 2004, p. 1229.

TESSON F., obs. sous CE, 9 juillet 2015, *Football club des Girondins de Bordeaux*, JCP A 2015, act. 629.

THERY P., obs. sous CE, Avis, 4 avril 2005, *Société Cabinet JPR Ingénierie*, RTD Civ. 2006, p. 145.

TISSIER A., note sous Cass., req., 2 juin 1908, S. 1909, I, 305.

TOUZEAU L., « Contre les plaideurs. Ou comment préserver le caractère exceptionnel de l'autorisation de plaider », *Dr. Adm.* 2012, ét. 7.

WALINE M., note sous CE, sect., 19 mars 1971, *Mergui*, *RDP* 1972, p. 234.

ZARCA A., note sous CE, 10 février 2014, *SA Gecina*, *AJDA* 2014, p. 1900.

ZIMMER W., note sous CE, 10 novembre 2004, *Entreprise Paul Milet*, N° 256031, *Contrats-marchés publics* 2005, comm. 14.

COMMENTAIRES DE TEXTES

CLAY T. (dir.), *Chron. de droit judiciaire privé*, *JCP G*, 2012, doct. 690.

JARROSSON C., « Remarques sur la circulaire du 6 février 1995 relative au développement de la transaction en matière administrative », *Rev. de l'arbitrage* 1995, p. 435.

LABETOULLE D., « Bande à part ou éclairer ? ». Commentaires de l'ordonnance du 18 juillet 2013 relative au contentieux de l'urbanisme, *AJDA* 2013, p. 1897.

LINDITCH F., « Une nouvelle circulaire pour encourager le recours à la transaction en matière de commande publique ». Commentaire 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, *JCP A* 2009, p. 2235.

NOGUELLOU R., « La transaction en matière administrative ». Commentaire 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, *Dr. Administratif* 2009, n°10, alerte 61.

NOYER B., MELLERAY F., « Une nouvelle étape de la réforme des juridictions administratives. Commentaire du décret n° 2010-164 du 22 février 2010 relatif aux compétences et au fonctionnement des juridictions administratives », *Dr. Adm.* 2010, ét. 10.

INDEX THEMATIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros des pages)

Acte détachable : 109 et s., 479 et s., 485 et s., 498. V. aussi contentieux de la transaction.

Action récursoire : 260, 263 et s.

Aides publiques : 147, 444 et s.

Approbation : 125, 211, 220-221, 259, 277, 289, 294, 298.

Assistance d'un conseil : 195 et s., 346, 356, 363 et s., 392, 533.

Arbitrage : 1, 4 et s., 7 et s., 14, 100, 119, 333, 342, 344, 346, 414, 440.

Astreinte : 305, 565, 567, 569 et s., 579-580.

Autorisation de plaider : 504, 507 et s.

Autorité de la chose jugée : 30, 34, 235 et s., 241, 287-288, 290, 293, 335, 419, 556, 561 et s.

Autorité de la chose transigée : 244 et s.

Avenant : 70, 226-227., 372, 554 et s. V. aussi modification des transactions.

Cause : 136 et s., 143-144.

Champ de la transaction : 81 et s., 404 et s., 427 et s.

Changements de circonstances : 588 et s., 594 et s.

Clauses conditionnelles : 242, 541 et s.

Clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité : 546 et s.

Clause pénale : 545, 547 et s.

Comptables publics : 35, 274 et s., 281 et s., 296-297, 372, 377 et s., 575 et s., 584.

Concessions réciproques

Nécessité : 127 et s., 162-163, 165-165, 314, 320, 608-609.

Licéité : 136 et s., 162-163, 165-166, 301 et s., 530, 533. V. aussi contentieux de la transaction et homologation.

Nature : 145 et s.

Quantum : 150 et s.

Conciliation-médiation

Commission de conciliation : 174, 180, 191-192, 203, 384, 389, 392 et s., 461-462, 611.

Définition : 7 et s.

Judiciaires : 183 et s., 460-461.

Non judiciaires : 180 et s., 460-461.

Règles applicables, v. discussions.

Confidentialité : 16, 201 et s., 455.

Consensualisme/formalisme : 121-122, 123 et s., 223, 320, 558.

Consentement

Définition : 116 et s.

Nécessité de l'échange des consentements : 116 et s., 557.

Expression du consentement : 207 et s. V. aussi expression du consentement des collectivités publiques

Vices du consentement : 156, 194, 198, 248, 513 et s. V. aussi contentieux de la transaction

Contentieux de la transaction

Action des parties : 455, 463 et s., 502-503, 511-512, 526 et s., 535.

Action des tiers : 455, 460, 478 et s., 503 et s., 512-513, 535.

Contrainte au paiement (procédure de) : 573-574.

Contrat judiciaire : 285, 287-288, 291.

Critère de qualification des transactions administratives : 24, 31 et s., 36-37, 52, 85, 86 et s., 92 et s., 97 et s., 102 et s., 106 et s., 114, 319 et s., 608-609.

Délits de prise illégale d'intérêts et de favoritisme : 161, 371 et s., 379-380, 383-384.

Désistement : 241 et s., 251.

Discussions en vue de la conclusion d'une transaction : 7, 175 et s., 178-179, 179 et s., 183 et s., 186, 190, 191-192, 392 et s., 398-399, 611. V. aussi loyauté et confidentialité.

Droit de transiger

Champ des litiges ouverts à la transaction : 405 et s., 417 et s., 427 et s., 448-449.

Ouverture du droit de transiger : 74 et s., 406.

Reconnaissance du droit de transiger aux personnes publiques : 22-23.

Egalité des parties

Dans les discussions en vue d'une transaction : 168, 171, 193 et s., 231, 317-318, 387, 451.

Dans l'exécution des transactions : 168, 279, 315, 317-318, 321, 554, 558-559. V. aussi modification, résiliation et pouvoirs exorbitants du droit commun.

Effet déclaratif des transactions : 253 et s., 255 et s., 315.

Effet extinctif des transactions : 7, 130, 233, 234 et s., 240 et s., 314-315, 542, 558-559, 609.

Effet relatif des transactions : 245 et s., 250 et s., 258 et s., 314-315, 478.

Enrichissement sans cause : 69-70, 155 et s., 160-161, 371.

Exception d'inexécution : 550 et s.

Exécution des obligations pécuniaires : 281 et s., 366 et s., 573-574.

Expertises : 148, 152 et s., 178, 185, 186-187, 196, 229. V. aussi référé-expertise.

Expression du consentement des collectivités publiques : 123 et s., 207 et s., 457 et s.

Force exécutoire : 125, 269, 270 et s., 276-277, 285 et s., 305, 309 et s., 315, 455, 556, 565 et s., 610. V. aussi homologation.

Force majeure : 539, 593 et s.

Force obligatoire des contrats : 227, 235, 237 et s., 261, 269, 270 et s., 278 et s., 311-312, 315, 537, 559, 565 et s., 598, 604, 610.

Formalisme : 20, 121 et s., 124 et s., 171-172, 200, 216, 220, 223-224, 231, 318, 320, 455 et s., 558. V. aussi consensualisme.

Forme des transactions : 121 et s., 222 et s., 226 et s., 229, 339, 555.

Homologation : 24, 34 et s., 85, 233, 285 et s., 292 et s., 297 et s., 310 et s., 315, 321, 378, 437, 446-447, 461-462, 472 et s., 542-543, 556-557, 565 et s., 575, 581, 610-611.

Imprévision : 593 et s.

Imputation des crédits : 366 et s.

Indemnisation :

En cas d'absence de contrat valide : 154 et s.

En cas de difficultés d'exécution d'un contrat valide : 159 et s.

Indivisibilité des transactions : 278, 591.

Inexécution/mauvaise exécution des transactions : 239, 538, 545 et s., 548, 551, 559, 562, 584, 587, 599.

Injonction : 312, 569 et s., 579-580, 583, 586.

Intérêts moratoires : 304, 425-426, 560.

Jugement d'expédient : 285, 288 et s., 292.

Jurisprudence (référence à la) : 150, 151 et s.

Justice étatique : 1-2, 4-5, 15, 42, 119, 327-328, 331, 332 et s., 348 et s., 387 et s., 451, 603-604, 607, 610.

Law and economics : 355 et s.

Libéralités : v. protection des deniers privés et publics.

Liquidation judiciaire : 597-598.

Litige

Définition/nécessité : 4 et s., 51, 53 et s., 63 et s., 113-114, 245 et s.

Né ou à naître : 67 et s.

Litige administratif : 78 et s., 114.

Litiges ouverts à la transaction : 74 et s., 417 et s., 427 et s.

V. aussi contentieux de la transaction.

Loyauté

Contentieux contractuel : 196, 464, 468 et s., 472, 476.

Obligation de comportement: 152-153, 196 et s., 278 et s., 315, 453, 610.

Mode alternatif de règlement des litiges : 3 et s., 12 et s., 333 et s., 340 et s. V. justice étatique.

Modification des transactions : 279-280, 339-340, 553 et s. V. aussi pouvoirs exorbitants du droit commun.

Médiation : v. conciliation.

Non-lieu à statuer : 241 et s.

Objet de la transaction : 51, 52 et s., 113-114, 143-144, 166, 279-280, 301-302, 314, 443-444, 609. V. aussi pouvoirs exorbitants du droit commun.

Offre de transaction : 205-206.

Opposabilité aux tiers : 260 et s.

Ordre public

Contrôle du juge administratif : 301 et s.

Restrictions au champ des litiges ouverts à la transaction : 404, 405, 412 et s., 417 et s., 448, 610.

Restrictions dans le contenu des concessions réciproques : 404, 434, 435 et s., 438 et s., 441 et s., 448.

Pouvoirs exorbitants du droit commun : 167-168, 278 et s., 315, 439-440, 554, 559. V. aussi modification et résiliation.

Preuve : 223-224, 227.

Protection des deniers privés : 137 et s., 150 et s., 162, 165-166, 193-194, 201, 300 et s., 435 et s., 511 et s., 609.

Protection des deniers publics : 23-24, 65 et s., 137 et s., 150 et s., 162-163, 406, 435 et s., 501, 511-512, 535-536, 600, 609.

Recours administratif : 4-5, 7-8, 11, 176, 299.

Rédaction des transactions : 227 et s., 363.

Redressement judiciaire : 597-598.

Référés

Conservatoire : v. expertises.

Provision : 312, 580-581.

Référé-expertise : 185, 187 et s., 191-192.

Suspension : 312, 482, 491 et s., 497-498, 507, 513.

Résiliation : 244, 279-280, 439, 465, 468 et s., 481, 502, 552, 557, 588 et s., 592 et s., 597-598.

Résolution : 484, 544, 587 et s., 597.

Responsabilité contractuelle : 69-70, 159-160, 275, 465, 469, 50, 539, 546-547, 561, 564, 598.

Responsabilité hospitalière : 152, 181, 325, 392, 433, 449, 452, 603.

Révocation : 557 et s., 560.

Services préfectoraux

Assistance aux collectivités : 360-361.

Contrôle de légalité : 215, 298, 305, 308, 364-365, 382, 459, 494, 498.

Situation prétransactionnelle

Droit privé : 53 et s.

Droit administratif : 60 et s., 113-114.

Sujétions imprévues : 592-593, 596.

Transactions administratives entre personnes privées : 102 et s.

Transactions de droit privé entre personnes publiques : 106 et s.

Transaction fiscale : 23, 40, 81, 113, 432, 534.

Transaction pénale : 39 et s., 81, 113, 335 et s.

Travaux non conformes : 70, 159-160.

Travaux supplémentaires : 160-161.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	1
§I. LE CHAMP DE L'ETUDE : LES MODES ALTERNATIFS DE REGLEMENT DES LITIGES	3
A. La délimitation des modes alternatifs de règlement des litiges	3
a. Le dénominateur commun	4
b. La diversité	6
B. L'engouement pour les modes alternatifs de règlement des litiges	12
§II. L'OBJET DE L'ETUDE : LA TRANSACTION ADMINISTRATIVE	18
A. L'existence d'une transaction administrative	19
a. L'adaptation discrète de la transaction pour les litiges des personnes publiques	20
1. La reconnaissance du droit de transiger pour les personnes publiques	20
2. L'élaboration de règles propres aux transactions des personnes publiques	23
3. L'utilisation parcimonieuse de la transaction par les personnes publiques	25
b. La volonté d'encourager le recours à la transaction par les personnes publiques	26
1. Les mesures d'encouragement	27
2. Les insuffisances du régime juridique des transactions des personnes publiques	30
c. L'avis L'Haÿ-les-Roses, la consécration d'une transaction administrative	33
B. La délimitation de la transaction administrative	37
§III. L'OBJECTIF DE L'ETUDE	41
PREMIERE PARTIE	45
LA CONSECRATION DE LA TRANSACTION ADMINISTRATIVE	45
TITRE I	49
LA QUALIFICATION DE TRANSACTION ADMINISTRATIVE	49
CHAPITRE I	51
L'ELEMENT LITIGIEUX DANS LA TRANSACTION ADMINISTRATIVE	51
SECTION I. LE REGLEMENT DES LITIGES ADMINISTRATIFS, OBJET DE LA TRANSACTION ADMINISTRATIVE	52

§I. LA SITUATION PRETRANSACTIONNELLE DANS LA TRANSACTION DE DROIT PRIVE	53
A. L'exigence d'un litige	53
B. L'évolution de l'exigence d'un doute dans la situation litigieuse	55
a. L'exigence classique d'une situation juridique douteuse	55
b. La contestation de l'exigence d'un doute	57
c. L'actuelle réhabilitation de l'exigence du doute	59
§II. LA SITUATION PRETRANSACTIONNELLE DANS LA TRANSACTION ADMINISTRATIVE.....	60
A. L'exigence d'une situation litigieuse dépourvue de doute	60
a. La référence à l'article 2044 du Code civil dans la définition de la situation prétransactionnelle	61
b. Les caractéristiques de la situation prétransactionnelle.....	63
1. L'exigence d'un litige	63
2. L'exclusion du doute.....	65
c. Le règlement des litiges nés ou à naître.....	67
1. Le règlement des litiges nés	68
2. La prévention des litiges à naître	72
B. L'exigence d'un litige susceptible d'être porté en justice	74
C. L'exigence d'un litige relevant de la juridiction administrative	78
a. La correspondance entre litige administratif et litige relevant de la juridiction administrative.....	79
b. La détermination du champ de la transaction administrative	81
SECTION II. LE REGLEMENT DES LITIGES ADMINISTRATIFS, CRITERE DE LA NATURE JURIDIQUE DE LA TRANSACTION ADMINISTRATIVE.....	85
§I. LE CRITERE DE LA NATURE DU LITIGE DANS LA QUALIFICATION DES TRANSACTIONS	86
A. Les anciens critères de qualification	86
B. L'actuel critère de qualification	92
a. L'analyse du Conseil d'Etat.....	92
1. Le critère de la nature du litige initial	92
2. La méthode de l'identification directe	94
b. L'analyse du Tribunal des conflits.....	97
§II. L'ARTICULATION DES CONSIDERATIONS MATERIELLES ET ORGANIQUES DANS LA QUALIFICATION DES TRANSACTIONS	102
A. L'application du critère matériel par delà la nature juridique des parties.....	102
a. Le cas des transactions administratives conclues entre personnes privées	102
b. Le cas des transactions de droit privé conclues entre personnes publiques	106

B.	L'irréductibilité des règles liées à la qualité des parties.....	109
a.	Le mécanisme de la détachabilité, limite au critère matériel dans le contentieux des transactions de droit privé des personnes publiques	109
b.	Les règles applicables à toutes les transactions des personnes publiques.....	112
	CONCLUSION DU CHAPITRE I	113
	CHAPITRE II.....	115
	LA DIMENSION CONTRACTUELLE DE LA TRANSACTION ADMINISTRATIVE	115
	SECTION I. L'ÉCHANGE DES CONSENTEMENTS DANS LA TRANSACTION ADMINISTRATIVE	116
§I.	LA NECESSITE D'UN ECHANGE DES CONSENTEMENTS	116
§II.	LA CARACTERISATION DE L'ÉCHANGE DES CONSENTEMENTS.....	120
A.	Le consensualisme dans la transaction de droit privé	121
B.	Les limites du consensualisme dans la transaction administrative.....	123
	SECTION II. LES CONCESSIONS RECIPROQUES DANS LA TRANSACTION ADMINISTRATIVE	126
§I.	LA NECESSITE DE CONCESSIONS RECIPROQUES.....	127
A.	L'exigence de concessions réciproques dans la transaction de droit privé	127
a.	Une exigence jurisprudentielle.....	127
b.	Une exigence consubstantielle au procédé transactionnel	129
B.	La consécration des concessions réciproques dans la transaction administrative	132
a.	Les concessions réciproques, « élément essentiel » de la transaction administrative.....	132
b.	Les concessions réciproques, la cause de la transaction administrative	136
1.	La contribution des principes posés par les arrêts <i>Mergui</i> et <i>SA Entreprise Renaudin</i> à la conception objective de la cause.....	137
2.	L'exigence de concessions réciproques licites, traduction de la conception subjective de la cause	143
§II.	LA CONSISTANCE DES CONCESSIONS RECIPROQUES	145
A.	La nature des concessions réciproques.....	145
B.	Le quantum des concessions réciproques.....	150
a.	Le procédé par analogie	151
b.	Le mode d'emploi jurisprudentiel	153
1.	Le cas de l'absence de contrat valide	154
2.	Le cas des difficultés d'exécution d'un contrat valide.....	159
	CONCLUSION DU CHAPITRE II	162
	CONCLUSION DU TITRE I	165
	TITRE II.....	167
	LE REGIME DE LA TRANSACTION ADMINISTRATIVE.....	167

CHAPITRE I	171
LA PASSATION DES TRANSACTIONS ADMINISTRATIVES	171
SECTION I. LA PHASE DE DISCUSSION DES TRANSACTIONS ADMINISTRATIVES	172
§I. LA MISE EN ŒUVRE DES DISCUSSIONS.....	173
A. La mise en œuvre spontanée	173
B. La mise en œuvre obligatoire.....	175
§II. LE DEROULEMENT DES DISCUSSIONS.....	178
A. L'implication des parties au litige.....	178
a. Les discussions directes entre les parties au litige	178
b. Le recours à un tiers conciliateur ou médiateur	179
1. Les procédures de conciliation-médiation non judiciaires.....	180
2. Les procédures de médiation-conciliation judiciaires.....	183
c. Le cas particulier des expertises.....	185
1. L'incidence du rapport d'expertise dans la recherche d'une solution transactionnelle	186
2. La consécration d'une forme originale de conciliation : le référé-expertise	187
B. Les actes de clôture	191
C. Les règles gouvernant la recherche d'une solution transactionnelle	193
a. L'équilibre des parties	193
1. L'assistance d'un conseil	195
2. La loyauté des parties.....	196
b. La confidentialité des échanges	201
SECTION II. LA CONCLUSION DES TRANSACTIONS ADMINISTRATIVES	205
§I. LES REGLES RELATIVES A L'ENGAGEMENT DES PARTIES.....	205
A. La rencontre de l'offre et de l'acceptation.....	205
B. L'expression du consentement des collectivités publiques	207
a. Le consentement de l'Etat.....	209
b. Le consentement des collectivités territoriales	210
1. Les communes.....	211
2. Les départements et régions.....	217
c. Le consentement des établissements publics.....	218
1. Les règles communes à tous les établissements publics.....	219
2. Les règles spécifiques à chaque type d'établissements publics.....	220
§II. LA FORMALISATION DES TRANSACTIONS ADMINISTRATIVES.....	222

A.	La forme des transactions administratives	222
a.	La forme écrite	223
b.	Les transactions conclues sous forme d'avenants	226
B.	La rédaction des transactions administratives.....	227
	CONCLUSION DU CHAPITRE I	230
	CHAPITRE II.....	233
	LES EFFETS DE LA TRANSACTION ADMINISTRATIVE.....	233
	SECTION I. L'EXTINCTION DU LITIGE.....	234
	§I. LE FONDEMENT DE L'EFFET EXTINGTIF DE LA TRANSACTION ADMINISTRATIVE	234
A.	L'autorité de la chose jugée évoquée par l'article 2052 du Code civil.....	235
B.	L'effet obligatoire des contrats, véritable fondement de l'effet extinctif	237
	§II. LA REALISATION DE L'EFFET EXTINGTIF	240
A.	L'incidence de la transaction administrative sur les recours juridictionnels	241
B.	L'étendue de l'autorité de chose transigée dans la transaction administrative.....	244
a.	La relativité de l'objet du litige réglé.....	245
b.	La relativité des parties au contrat.....	250
	SECTION II. LA MISE A LA CHARGE DES PARTIES DE DROITS ET OBLIGATIONS	252
	§I. LA RECONNAISSANCE DE DROITS ET OBLIGATIONS ENTRE LES PARTIES	252
A.	La nature déclarative de la transaction administrative.....	253
a.	L'analyse de la nature de la transaction de droit privé.....	253
b.	L'analyse de la nature de la transaction administrative.....	255
B.	La sphère d'application de la transaction administrative	257
a.	L'effet relatif des droits et obligations résultant de la transaction administrative.....	258
b.	Les effets des droits et obligations résultant de la transaction administrative sur les tiers	260
1.	L'opposabilité aux tiers.....	260
2.	Le mécanisme de l'action récursoire.....	263
	§II. L'OBLIGATION D'EXECUTER LE CONTENU DE LA TRANSACTION ADMINISTRATIVE	269
A.	La force obligatoire de la transaction administrative.....	270
a.	La seule force obligatoire des contrats pour les transactions non homologuées.....	270
b.	Les effets de la force obligatoire des contrats sur l'exécution des obligations transactionnelles	278
1.	Les principes gouvernant l'exécution des obligations transactionnelles	278
2.	L'exécution des obligations transactionnelles pécuniaires	281
B.	L'octroi de la force exécutoire à la transaction administrative.....	285

a.	L'octroi de la force exécutoire par le procédé de l'homologation.....	285
1.	L'homologation, procédé privilégié.....	286
2.	L'admission restrictive de l'homologation	292
b.	Le régime juridique de l'homologation	297
1.	Les règles de compétence et de recevabilité	298
2.	L'instruction menée.....	301
3.	La nature juridique de la décision rendue et les voies de recours.....	305
c.	L'intérêt de l'homologation.....	310
	CONCLUSION DU CHAPITRE II	314
	CONCLUSION DU TITRE II	317
	CONCLUSION DE LA PARTIE I.....	319
	PARTIE II.....	323
	LA PLACE SECONDAIRE DE LA TRANSACTION ADMINISTRATIVE	323
	TITRE I.....	327
	LES ENTRAVES EXTERIEURES A LA TRANSACTION ADMINISTRATIVE.....	327
	CHAPITRE I.....	331
	LES ENTRAVES EXTRA-JURIDIQUES.....	331
	SECTION I. LA PRIMAUTE SOCIO-HISTORIQUE DE LA JUSTICE ETATIQUE DANS LA RESOLUTION DES LITIGES.....	332
	§I. LA PRIMAUTE HISTORIQUE DE LA JUSTICE ETATIQUE DANS LA RESOLUTION DES LITIGES	332
	A. La résolution des litiges avant 1789	333
	B. La résolution des litiges après 1789	340
	§II. LA PRIMAUTE DE LA JUSTICE ETATIQUE DANS LA TRADITION JURIDIQUE FRANCAISE	348
	A. Quelques observations comparées sur le rapport à la règle de droit.....	349
	B. Quelques observations comparées sur la conception de la justice et de la vérité	352
	C. Quelques observations comparées sur l'approche économique de la justice.....	355
	SECTION II. LES RETICENCES DANS LA PRATIQUE DE LA TRANSACTION ADMINISTRATIVE	361
	§I. LES RETICENCES DES PARTIES A L'EGARD DU PROCEDE TRANSACTIONNEL.....	361
	A. Les réticences de l'administration.....	362
	a. Les difficultés internes à l'administration	363
	1. L'insuffisance de moyens	363
	2. Le faux problème de l'imputation des crédits.....	366
	b. La crainte des poursuites juridictionnelles.....	370

1. Le champ des transactions donnant lieu à des poursuites juridictionnelles	371
2. Les risques pour les comptables publics	377
3. Les risques pour les élus	380
B. Les réticences des personnes privées	385
a. L'attachement à la justice étatique	387
b. La méconnaissance du procédé transactionnel	388
§II. L'INCLINATION POUR UN CADRE FORMALISE DE CONCLUSION DES TRANSACTIONS ADMINISTRATIVES	392
A. La formalisation des discussions en vue d'un règlement transactionnel.....	392
B. Les risques de dénaturation des modes non juridictionnels de règlement des litiges	396
CONCLUSION DU CHAPITRE I	400
CHAPITRE II	403
LES ENTRAVES JURIDIQUES	403
SECTION I. LES RESTRICTIONS DANS LE CHAMP DES LITIGES OUVERTS A LA TRANSACTION ADMINISTRATIVE	404
§I. LES RESTRICTIONS DE L'ORDRE PUBLIC.....	405
A. Les seules restrictions de l'ordre public	405
B. La soumission de la transaction administrative aux restrictions de l'ordre public	412
a. Les restrictions de l'ordre public à l'égard des contrats administratifs	412
b. Les restrictions de l'ordre public à l'égard de la transaction administrative	417
§II. LE CHAMP DES LITIGES OUVERTS A LA TRANSACTION ADMINISTRATIVE	427
SECTION II. LES RESTRICTIONS DANS LE CONTENU DES CONCESSIONS RECIPROQUES.....	434
§I. LES RESTRICTIONS DE L'ORDRE PUBLIC.....	434
A. Les seules restrictions de l'ordre public	435
B. Les implications de l'ordre public.....	438
§II. LA PORTEE INCERTAINE DES RESTRICTIONS DE L'ORDRE PUBLIC	441
CONCLUSION DU CHAPITRE II	448
CONCLUSION DU TITRE I	451
TITRE II.....	453
LES ENTRAVES INTRINSEQUES A LA TRANSACTION ADMINISTRATIVE	453
CHAPITRE I.....	455
LES ENTRAVES LIEES A LA FORMATION DE LA TRANSACTION ADMINISTRATIVE	455
SECTION I. LA CONTESTATION DE LA PROCEDURE DE PASSATION.....	456
§I. LES IRREGULARITES POSSIBLES.....	457
§II. LA SANCTION DES IRREGULARITES.....	460

A.	Le contentieux des parties	463
a.	Les bouleversements introduits par l'arrêt <i>Commune de Béziers</i>	463
1.	L'enjeu de l'évolution : le dépassement de la logique binaire validité ou nullité du contrat	464
2.	Le nouvel office du juge du contrat : la priorité à la stabilité contractuelle	468
b.	Le cas des irrégularités affectant la passation des transactions administratives	472
1.	Plaidoyer en faveur de l'application de la jurisprudence <i>Commune de Béziers</i>	472
2.	Les cas d'application et de non-application de la jurisprudence <i>Commune de Béziers</i>	476
B.	Les voies de recours ouvertes aux tiers.....	478
a.	Les voies de recours des tiers « intéressés ».....	478
1.	Les voies de droit ouvertes aux tiers par l'arrêt <i>Département de Tarn-et-Garonne</i> ... 479	
2.	Les cas d'application et de non-application de la jurisprudence <i>Département de Tarn-et-Garonne</i>	485
b.	Les voies de recours des tiers « administratifs ».....	493
	SECTION II. LE MAINTIEN DES TRANSACTIONS ADMINISTRATIVES DEFAVORABLES	499
	§I. LES REGLES RELATIVES A LA PROTECTION DU CONSENTEMENT	500
A.	La protection résultant des arrêts <i>Mergui</i> et <i>SA Entreprise Renaudin</i>	500
a.	La protection des deniers des personnes publiques résultant de l'arrêt <i>Mergui</i>	501
1.	Les actions ouvertes aux parties	502
2.	Les actions ouvertes aux tiers	503
b.	La protection des deniers des personnes privées résultant de l'arrêt <i>SA Entreprise Renaudin</i>	511
B.	La protection résultant de la théorie des vices du consentement.....	513
a.	Le traitement des vices du consentement dans le livre XV du Code civil	513
b.	Le traitement des vices du consentement dans la transaction administrative	520
1.	La transposition de la théorie des vices du consentement dans le contentieux des contrats administratifs	521
2.	Le contentieux des vices du consentement dans les transactions administratives....	525
	§II. LES LIMITES DE LA PROTECTION DU CONSENTEMENT	530
A.	La question de l'effectivité des mesures de protection	530
B.	La limite inhérente au procédé contractuel.....	533
	CONCLUSION DU CHAPITRE I	535
	CHAPITRE II.....	537
	LES ENTRAVES LIEES A L'EXECUTION DE LA TRANSACTION ADMINISTRATIVE	537

SECTION I. LES SOLUTIONS CONSENSUELLES.....	540
§I. LES SOLUTIONS ARRETEES DANS LA TRANSACTION.....	540
A. L'organisation des relations contractuelles.....	541
B. La sanction et la réparation des manquements aux obligations contractuelles.....	545
a. Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité	546
b. La clause pénale	547
§II. LES SOLUTIONS ARRETEES APRES LA CONCLUSION DE LA TRANSACTION.....	550
A. Les solutions concernant la vie du contrat.....	550
a. Le maintien de la transaction administrative.....	550
1. Provoquer l'exécution de la transaction : l'exception d'inexécution.....	550
2. Faire évoluer la transaction : la modification conventionnelle.....	553
b. La révocation de la transaction	557
B. Les solutions concernant l'indemnisation des parties	559
SECTION II. LE RECOURS AUX AUTORITES ETATIQUES.....	562
§I. LA MULTIPLICATION DES MOYENS D'EXECUTION DE LA TRANSACTIONS ADMINISTRATIVE.....	563
A. Obtenir l'exécution des transactions homologuées.....	565
a. Inciter à l'exécution : la procédure administrative	568
b. « Faire pression » en vue de l'exécution : les procédures juridictionnelles.....	569
c. Forcer l'exécution : les procédures financières.....	573
B. Obtenir l'exécution des transactions simples	575
a. Les moyens d'action contre les personnes publiques.....	575
b. Les moyens d'action contre les personnes privées.....	584
§II. LE MAINTIEN DES TRANSACTIONS ADMINISTRATIVES PAR LE JUGE	586
A. L'anéantissement des transactions, sanction ultime en cas de manquements.....	587
B. L'anéantissement des transactions, ultime mesure face aux changements de circonstances.....	591
a. Les changements dépourvus de tout lien avec les parties.....	592
b. Les changements non dépourvus de tout lien avec les parties	597
CONCLUSION DU CHAPITRE II	598
CONCLUSION DU TITRE II	601
CONCLUSION DE LA PARTIE II.....	603
CONCLUSION GENERALE	607

BIBLIOGRAPHIE..... 613

TABLE DES MATIERES 653