

**LA TRANSACTION DANS L'AVIS  
JURIDICTIONNEL DU CONSEIL D'ÉTAT  
RENDU EN ASSEMBLÉE  
LE 6 DÉCEMBRE 2002**

Par

Jean-Yves CHÉROT

*Professeur à la Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille*

**1 - L'avis cherche à faciliter le recours à la transaction pour régler les suites indemnitaires de l'annulation d'un marché public ou d'une convention de délégation de service public.**

La transaction vient assez naturellement en contrepoint et en complément de cette journée d'étude sur les nouvelles procédures d'urgence. Il ne serait pas étonnant que les nouvelles procédures d'urgence facilitent de façon complètement nouvelle un véritable dialogue entre l'administration et les requérants qui conduise naturellement les parties vers la transaction pour régler leur litige au fond.

L'actualité des contentieux publics montre la volonté du Conseil d'État de faciliter le recours à la transaction comme l'avait déjà montré le rapport « Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative » adopté par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 4 février 1993 (La documentation française, 1993163 pages). Cette volonté s'est manifestée en dernier lieu dans l'important avis juridictionnel rendu en Assemblée le 6 décembre 2002, Syndicat intercommunal des établissements du second degré du district de l'Hay-Les-Roses (1) et c'est cet avis que l'on voudrait présenter. L'avis juridictionnel du 6 décembre 2002 cherche à faciliter le recours à la transaction, spécialement dans le cas des suites indemnitaires de l'annulation d'un marché public.

La transaction en matière administrative est développée et semble fonctionner assez bien dans certains domaines (2). Tel est le cas pour la réparation des préjudices

(1) Chr. *AJDA* 2003, p. 280 ; concl. Le Chatelier, *BJDCP* n° 26, janvier 2003 ; note Florian Linditch *JCP/A*, 2002, n° 1340

(2) Il n'existe aucun texte, ni aucun principe qui fasse obstacle par principe à ce que les personnes publiques, l'État, collectivités locales ou établissements publics recourent à la transaction (CE, 17 mars 1893, Chemin de fer du Nord, S. 1894, 3, p. 119 avec les concl. Romieu). Au contraire l'article 2045, al. 3 du Code civil autorise les communes et les établissements publics à transiger sous réserve de l'autorisation du Premier ministre (ce régime de tutelle est devenu, pour les communes, incompatible avec les dispositions de la loi du 2 mars 1982). Il faut rappeler la différence d'attitude du droit sur la compétence des personnes publiques à participer à une transaction ou à une convention d'arbitrage. Alors que, dans la transaction, la solution au litige est contenue dans la convention elle-même, dans l'arbitrage, la convention se borne à renvoyer la solution à la décision d'un ou de plusieurs arbitres qui rendront une sentence de nature juridictionnelle. Dans la transaction, les parties se bornent à chercher une solution en dehors de la juridiction administrative, dans l'arbitrage, les parties s'en remettent à une

nés du refus d'exécution d'une décision juridictionnelle ordonnant une expulsion ou pour la réparation des préjudices en matière hospitalière. Mais, en revanche, on observe un petit nombre de transactions lorsqu'il faut régler des difficultés relatives à l'exécution d'un marché public ou d'une convention de délégation de service public dès lors que la validité du contrat public est en cause. Les règles de passation des marchés et des conventions de délégation de service public font obstacle à toute possibilité de régularisation du contrat avec la personne titulaire du marché ou délégataire du service public. Bien que le Conseil d'État, distinguant régularisation interdite et transaction autorisée, ait admis la pertinence d'une résiliation négociée d'un contrat de délégation de service public comportant une indemnisation transactionnelle après que le juge a annulé une délibération autorisant sa passation (CE, 14 mai 2001, Avrillier), la frontière paraît à beaucoup très fragile.

Une circulaire n° 324/97 de la direction de la comptabilité publique rappelant que « le recours à la transaction ne peut (...) régulariser l'irrégularité commise par une collectivité qui s'est exonérée des règles prévues au code des marchés publics », ce qui est juste, prévoit, ce qui l'est moins que « le comptable ne peut effectuer le paiement des sommes dues sur la présentation d'une transaction aux lieu et place d'un marché public ».

La différence entre les transactions en matière de responsabilité hospitalière et en matière d'exécution de travaux publics passés dans le cadre de marchés publics nuls ou annulés vient de ce que, dans le premier cas, les règles permettant le calcul de l'indemnisation sont bien établies alors que, dans le second cas, la méthodologie de calcul de l'indemnité transactionnelle n'est pas établie de façon complète, de telle sorte qu'il y a un risque de passer d'une convention de transaction à un marché de régularisation. Ce risque peut conduire à bloquer le recours à la transaction.

## 2 - Un rappel : l'étendue du contrôle du juge administratif sur les transactions.

Avant d'aller plus loin, il est utile de rappeler que le juge administratif a conçu la transaction de façon spécifique en acceptant d'exercer sur le contenu de la transaction un contrôle plus poussé que celui qu'exerce le juge judiciaire. La convention de transaction a certes une autorité de chose jugée et a un effet extinctif. Une des parties ne pourrait pas saisir le juge du litige qui a été ainsi réglé (CE, 22 juillet 1992, Société Nationale de construction, *LPA* 8 janvier 1993, n° 4, p. 12). Mais cela ne met pas en cause la possibilité pour le préfet de déférer pour illégalité la convention de transaction conclue par une collectivité locale devant le juge administratif, ni la possibilité pour le contribuable local de demander au juge l'autorisation de plaider pour défendre les intérêts de la collectivité (3). Or, lorsqu'il

intervention juridictionnelle autre que celle que l'intervention des juridictions étatiques. Le recours à l'arbitrage est donc prohibé vertu des principes généraux du droit car on considère que les personnes publiques ne peuvent elles-mêmes écarter l'intervention des juridictions étatiques au profit des juridictions arbitrales, sauf dispositions législatives ou contenues dans les traités.

(3) Le juge administratif va rejeter presque systématiquement les demandes d'autorisation de plaider émanant de contribuables locaux désirant attaquer les transactions au titre de l'article L. 2132-5 du CGCT selon lequel « tout contribuable inscrit au rôle de la commune a droit d'exercer, tant en demande qu'en défense, à ses frais et risque, avec l'autorisation du tribunal administratif, les actions qu'il croit appartenir à la commune et que celle-ci, préalablement appelée à en délibérer, a refusé ou négligé d'exercer ». Le Conseil d'État va juger en général que l'action envisagée ne présente pas un intérêt suffisant pour la commune et qu'elle n'a pas de chance de succès. Dans une affaire portée devant lui récemment, il juge qu'« un contribuable ne peut être autorisé à demander en justice la nullité d'une transaction conclue entre la ville et une compagnie de gestion de la distribution et de l'assainissement dès lors que, si l'action aboutit, la ville se ferait rembourser l'indemnité transactionnelle versée mais serait tenue soit de résilier les conventions et de payer une indemnité de résiliation plus importante, soit

est ainsi saisi, le juge administratif exerce un contrôle de l'erreur de droit. L'article 2052 du Code civil invite le juge à un contrôle mesuré sur la transaction puisque selon ce texte, « les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort. Elles ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion ». Le juge judiciaire accepte de vérifier l'objet de la transaction, de vérifier que la transaction comporte bien des concessions réciproques, qu'elle ne fait pas suite à une procédure irrégulière ou qu'elle ne viole pas le droit communautaire de la concurrence (Cass. Com., 26 mars 1979, *JCP* 1979, II 19249). Mais le juge administratif va plus loin. Il exerce un contrôle de l'erreur de droit en acceptant de vérifier que la transaction ne le conduit pas à condamner les personnes publiques à payer une somme qu'elles ne doivent pas (CE, 19 mars 1971, Mergui, *Rec.*, p. 235 concl. Rougevin-Baville, *AJDA* 1971, chr. D. Labetoulle et Cabanes, *RDP* 1972, p. 234, note Marcel Waline).

D'où la nécessité, en matière administrative, d'une méthodologie précise dans le calcul de l'indemnisation transactionnelle et cela spécialement en matière de calcul de l'indemnité transactionnelle à la suite du constat d'illégalité d'un contrat public. Le contrat n'existant plus, il faut se situer en dehors des stipulations contractuelles pour assurer la transaction. On peut déduire d'une jurisprudence bien établie quelques règles sûres permettant de poser les principes de base du recours à la transaction en matière d'exécution de marché public. La transaction ne doit pas servir purement et simplement à régulariser la nullité d'un contrat ou une procédure de passation défectueuse. Il faut, au cas où une annulation aurait été prononcée par le juge, respecter la chose jugée lors de l'annulation du contrat.

Il faudra que la transaction respecte les règles suivantes.

1/ Le restant des travaux à effectuer ne peut faire l'objet de la transaction. Il faut une procédure de publicité pour passer un nouveau marché dans lequel les travaux restant à exécuter seront réalisés. La transaction ne peut porter que sur le règlement des prestations déjà effectuées par l'entreprise.

2/ Si la situation née de l'annulation du contrat n'est pas irréversible, le seul moyen d'assurer l'exécution de la chose jugée sera pour l'administration de restituer la prestation. Par exemple dans une hypothèse de marché de fournitures non consommables, il conviendra de restituer les marchandises ce qui est le seul moyen pour assurer l'exécution de la chose jugée.

3/ Le montant de l'indemnité transactionnelle doit respecter les principes établis par la jurisprudence pour calculer les sommes dues aux personnes ayant exécuté un marché public en dehors de tout marché régulier (voy., CE, 8 décembre 1995, Ville de Saint-Tropez, *Rec.*, p. 432, *AJDA* 1996, p. 448, note Victor Haïm, *D.* 1996, somm., p. 319 obs. Terneyre). Doit être indemnisé l'enrichissement sans cause de l'administration ou l'appauvrissement sans cause du contractant (sur la base de la plus petite de ces sommes) ; ensuite, en tenant compte d'un éventuel partage de responsabilité, doivent être indemnisés les préjudices subis par l'entreprise du fait de la faute de l'administration, notamment le manque à gagner. En tout état de cause, le contractant ne peut recevoir plus que le prix prévu au contrat initial.

Ce cadre général laisse place à une application délicate. Il est d'ailleurs des questions non encore tranchées par la jurisprudence. Par exemple, la doctrine administrative considère que la transaction ne peut faire revivre les garanties post-

de saisir le juge d'une action en nullité de ces conventions, laquelle risquerait d'aboutir à ce que la ville soit condamnée à payer une indemnité plus importante que celle versée dans le cadre de la transaction » (CE, 29 décembre 2000, M. Comparat, *BJDCP* n° 17, juillet 2001, p. 337, *D.* 2001, p. 828).

contractuelles (4), ce qui ne paraît pas devoir être la solution en droit, surtout pour des garanties légales.

### 3 - Retour à la lecture de l'avis.

Tenant compte du risque de confondre la convention de transaction avec un marché public de régularisation qui paralyse trop souvent le recours à la transaction, le Conseil d'État dans son avis du 6 décembre 2002, cherche à assurer une certaine régulation juridictionnelle de la transaction pour régler les suites indemnitaires de l'annulation ou du constat d'illégalité d'un contrat en admettant par exception la recevabilité des demandes d'homologation de ces transactions. L'avis juridictionnel du 6 décembre 2002 est important car le Conseil d'État cherche les moyens de lever les réticences du recours à la transaction et d'accroître son efficacité en déclarant recevables les demandes d'homologation de transaction et cela en dehors des cas où la transaction met fin à un litige qui a été porté devant le juge administratif. C'est l'objet principal de l'avis.

*« En vertu de l'article 2052 du code civil, 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 »*

Par suite, 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.

*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 »*

On passera rapidement sur la condamnation par le Conseil d'État de l'attitude des comptables publics qui, confondant transaction et régularisation d'un marché irrégulier, refusent de payer les sommes dues à la suite d'une transaction en demandant la communication du marché. Le Conseil d'État rappelle également implicitement que ce n'est pas aux comptables publics d'apprécier la légalité d'un acte administratif et donc d'une transaction.

On observera surtout que l'avis du 6 décembre 2002 ouvre une recevabilité exceptionnelle de la demande d'homologation d'une convention de transaction lorsque cela lui apparaît utile pour promouvoir l'utilisation de la transaction. La transaction est exécutoire de plein droit. Il n'est pas nécessaire d'en demander l'homologation à un juge. Mieux, en principe, une telle demande d'homologation est irrecevable. La demande est dépourvue d'objet en raison de ce que le contrat de transaction est lui-même revêtu de l'autorité de juge jugée. Mais, le Conseil crée des exceptions à cette règle pour des raisons d'intérêt général.

Reprenons les termes de l'avis : « 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

(4) Le protocole transactionnel n'étant pas un marché de régularisation, le ministre interrogé dit que l'administration ne pourrait pas inscrire dans la transaction l'équivalent des garanties post-contractuelles, Réponse ministérielle n° 7961 JOAN Q., 6 avril 1998, p. 1922, DA, mai 1998, p. 15.

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 ».

Les premier et deuxième cas (« situation créée par une annulation ou la constatation d'une illégalité qui ne peuvent donner lieu à régularisation ») visent de façon transparente les hypothèses des marchés publics ou de conventions de délégation de service public nuls car passés en violation des règles de passation et donc dans des cas où la régularisation de la procédure est impossible. Le risque de confondre la transaction avec une telle régularisation et les difficultés que cela peut engendrer justifient, eu égard à l'intérêt du recours à la transaction, de permettre l'intervention du juge.

Dans le deuxième cas (« situation créée par la constatation d'une illégalité »), le Conseil d'État n'a pas précisé qu'il s'agit d'une constatation d'illégalité faite par les juges dans le contexte d'une exception d'illégalité, ou s'il peut s'agir d'une constatation d'illégalité faite par les parties elles-mêmes, hors tout contentieux. Il convient, me semble-t-il, dans la logique de l'interprétation utile de l'avis, de retenir l'hypothèse la plus large.

Le troisième cas (lorsque l'exécution de la transaction se heurte à des difficultés particulières) vise principalement les transactions qui ne seraient pas exécutées par l'une des parties. Si une des parties à la transaction se heurte à un refus d'exécuter ses obligations contractuelles, elle pourra saisir le juge administratif en lui demandant d'homologuer la transaction. L'homologation a alors un intérêt majeur car elle permet de fonder une demande d'astreinte. Celle-ci n'est recevable que si elle ne concerne l'inexécution d'une décision de justice. Comme cela ressort de cette analyse, et cela clôt également un débat, la demande d'homologation, pour être recevable, n'a pas à être faite par les deux parties.

Le Conseil d'État, créant une nouvelle voie de droit de façon complètement prétorienne, définit également dans l'avis du 6 décembre 2002 les conditions de recevabilité de la demande d'homologation et construit les règles de procédures applicables à cette voie de droit puisqu'il s'agit d'une voie de droit nouvelle que le juge construit sans texte. La demande d'homologation ne peut porter que sur un contrat conclu. Lorsque ce contrat doit être soumis à l'approbation de l'assemblée délibérante d'une collectivité territoriale ou d'un ou plusieurs des conseils d'un établissement public, le juge ne peut être saisi qu'après cette approbation.

Les contrats de transaction soumis au contrôle de légalité ne peuvent faire l'objet d'une demande d'homologation avant d'avoir été transmis au représentant de l'État.

Mais, la demande d'homologation n'est pas soumise aux procédures dont l'accomplissement serait nécessaire avant que le juge puisse être saisi de conclusions tendant au règlement du litige que la transaction prévient ou éteint.

Le Conseil d'État dit enfin que le juge fait application de celles des règles de procédure qui ne sont pas incompatibles avec une telle demande. Les demandeurs à l'homologation d'une transaction 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. Pour exercer le contrôle qui lui incombe, le juge dirige une instruction contradictoire, écrite ou orale. La demande d'homologation est communiquée à toute personne qui aurait eu la qualité de partie dans une telle instance. Lorsque le contrat de transaction doit être adressé au représentant de l'État pour l'exercice du contrôle de légalité, la demande d'homologation portant sur ce contrat lui est communiquée.

#### 4 - Les autres précisions et apports de l'avis.

Le Conseil d'Etat rappelle dans l'avis du 6 décembre 2002 l'étendue du contrôle exercé par le juge administratif sur la transaction en cas de demande d'homologation recevable : « Lorsque cette condition est remplie - 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 - 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 ». Il précise que les transactions sont de nature administrative lorsqu'elles ont pour objet de régler ou de prévenir des litiges pour le jugement desquels la juridiction administrative serait compétente (5). Il déduit également de cette analyse, point important qui distingue l'homologation judiciaire et l'homologation devant le juge administratif, que si l'homologation demandée n'est pas accordée pour un motif de fond « la non-homologation entraîne la nullité de la transaction ».

(5) Dans un premier temps, les transactions passées par les personnes publiques étaient considérées comme relevant du droit privé comme si le recours à cette institution du Code civil emportait par principe application du droit privé. D'ailleurs l'application des critères jurisprudentiels du contrat administratif conduisait à les classer dans les contrats de droit privé faute pour la transaction d'avoir pour objet une mission de service public ou de comporter des clauses exorbitantes du droit commun. La seule exception semblait ne concerner que les transactions portant sur l'exécution d'un marché de travaux publics (CE, 9 mai 1884, Ville de Nîmes, Rec., p. 304), puis les transactions relatives aux dommages causés par les travaux publics (CE, 5 mai 1971, Commune de Carpentras, *AJDA* 1971, II, p. 415 et chr. p. 403). Dans son rapport de 1993, « Régler autrement les conflits », le Conseil d'Etat avait observé que « c'est un contrat civil ; sauf exception, son contentieux relève donc des juridictions judiciaires. Le Conseil d'Etat tempère toutefois ce principe lorsque la transaction est liée étroitement à un contrat administratif ou lorsqu'elle intervient en matière de dommages de travaux publics ». Mais la solution de l'arrêt Commune de Carpentras était implicite de telle sorte qu'on pouvait l'interpréter dans un sens extensif (voy. sous cet arrêt, la chr. *AJDA*) et considérer avec certains auteurs que la nature juridique des transactions dépend du litige qu'elles tentent d'éviter ou de régler, comme si devait s'appliquer en la matière la théorie de l'accessoire.

## LES MODES ALTERNATIFS DE RÈGLEMENTS : À LA RECHERCHE DE L'EFFICACITÉ-TRANSACTION, MÉDIATION

Par

Madame M. CABOUR

Responsable juridique du Centre de Gestion de la Fonction Publique Territoriale  
des Bouches-du-Rhône

### INTRODUCTION

Le recours éventuel à des modes alternatifs de règlement des litiges est envisageable en fonction du moment où naît la contestation ; bien évidemment alors les conséquences en sont différentes :

- avant la signature du marché
- après la signature du marché mais avant son commencement d'exécution
- après son commencement ou après son achèvement.

Distinction entre suspension et annulation ;

**Suspension** : provisoire jusqu'à un jugement sur le fond sauf dans le domaine du référé- suspension.

**Annulation** : décision de justice ayant acquis l'autorité de la force jugée : l'acte est annulé rétroactivement et est censé n'avoir jamais existé –

Distinction entre transaction et conciliation

**Conciliation** :

Définition : mode de résolution des conflits par lequel les parties font appel à un tiers ;

Moyens ; procédure ; conséquences – notamment propositions et non décisions -. Cf. *Dalloz Arbitrage et conciliation et contentieux des contrats administratifs*.

Les différentes sortes de conciliation : informelle et formelle – ; cf. *Dalloz contentieux des contrats administratifs*. Dans ce secteur il faut souligner le rôle non négligeable des services préfectoraux, qui en cas de désaccord entre les parties procède au choix définitif du conciliateur.

Intérêt Comité Consultatif de Règlement Amiable des litiges-

- composition
- procédures et délais de décision
- intérêt de l'interruption des délais de prescription

**Transaction** :

- définition- : contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou à naître. Art. 2044 code civil Cf. *Dalloz* ; ce mode de règlement est très utilisé en