

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

droit privé ; peu utilisé en droit public, il tend à se développer dans les litiges contractuels publics à l'initiative d'ailleurs du juge administratif qui incite Administration et administrés à recourir à ce mode de règlement. Il s'agit probablement d'un indice supplémentaire à l'usage de plus en plus fréquent de principes et méthodes de droit privé par l'administration, tendant à lisser les séparations classiques entre droit public et droit privé. D'où une question adjacente pour la discussion et une ouverture dans la conclusion : quel sera le droit public de demain et que restera-t-il de ses principes fondateurs ?

- Intérêt de la transaction- idem que plus bas.

- Nature de la transaction. En principe la transaction est considérée comme un contrat de droit privé ; cependant étant conclue par une personne publique, elle est souvent tenue pour contrat administratif et la jurisprudence en tout état de cause la qualifie comme telle. Débat sur ce point ?

Pourquoi recourir à une transaction :

Eviter le contentieux ; *Dalloz contentieux des contrats administratifs ; prévenir et régler autrement les conflits.*

- Trouver un mode de règlement amiable qui permet en outre de réduire les délais ; éventuellement la rapidité de ce mode alternatif de procédure permet aussi de réduire le volume des intérêts moratoires inhérents à toute procédure contentieuse ; un contentieux devant le TA se juge aujourd'hui en moyenne dans un délai de 2 à 3 ans.

Assurer la discrétion ? Sur ce point la confidentialité n'est pas forcément assurée compte tenu du fait que toute transaction doit être au préalable validée par l'assemblée délibérante de la collectivité qui se prononce en outre sur le protocole d'accord. De plus ces actes doivent être transmis au contrôle de légalité.

La méthodologie anglo-saxonne se développe : « la transaction n'est plus considérée comme un aveu de faiblesse ou de renoncement » - *Dalloz- contentieux des contrats administratifs.*

I - LES RÈGLES EN MATIÈRE DE TRANSACTION

a) Les règles de fond

Développement sur l'articulation du mécanisme : il s'agit en effet de procéder à la régularisation de contrats publics illégaux- cf Actualité de la commande publique et des contrats publics- nov.2002 les effets de la rupture du contrat administratif.

Dans les faits, il est possible de constater la rareté de la jurisprudence dans ce domaine qui a néanmoins posé quelques principes. Celui de l'indemnisation a été posé par l'arrêt CE 23 Mai 1979- Commune de Fontenay- les Fleury

- Il convient en effet de : d'abord se situer sur le terrain de la responsabilité quasi- contractuelle de façon à arrêter la notion de **dépense utile**, c'est-à-dire effective et certaine- En pratique il faut souligner l'importance des justificatifs produits par les prestataires- débat sur ce point et sur les limites financières de ce principe car l'indemnisation ne doit pas assurer à l'ancien cocontractant une rémunération supérieure à celle à laquelle il aurait pu prétendre en application des clauses du contrat.

- Quelques exemples de dépenses utiles cf. *Dossier précité les effets de la rupture du contrat administratif-Actualité commande publique- novembre 2002* : sont ainsi considérés comme dépenses utiles les travaux exécutés, les études sans

lesquelles les travaux n'auraient pas pu être faits, les dépenses d'exploitation et le financement qui ont permis les études et les travaux.

- Ensuite éventuellement il sera temps de déterminer une somme supplémentaire sur la base de la réparation du préjudice subi du fait de l'interruption définitive du contrat ; l'analyse se situe alors sur le terrain de la responsabilité quasi-délictuelle, avec ses avantages et inconvénients : cf article précité ; toutefois la notion de perte de bénéfices présente des limites au regard notamment du plafond de l'indemnisation admis. Dans le cadre des marchés, certaines questions n'ont pas de réponse absolue comme par exemple les incidents de réalisation et la possibilité pour le cocontractant d'interrompre l'exécution du marché avant la constatation de sa nullité.

De même le partage de responsabilité éventuel joue dans les deux sens.

Le non respect de ces principes fondamentaux, et notamment de fixer arbitrairement une somme correspondant intégralement au montant du marché réalisé et payé, est qualifié d'erreur de droit et sanctionné de nullité par le juge ; c'est le sens de l'arrêt en CE 08/12/1995 Commune de St Tropez.

b) Les règles de forme

La procédure à respecter est classique du droit des collectivités territoriales cf. *Dalloz contentieux des contrats administratifs* : compétence de l'autorité signataire, et respect des formalités habituelles : délibération préalable de l'assemblée délibérante, transmission au contrôle de légalité pour acquiescer le caractère d'acte exécutoire, accompagnée de la transaction. Ainsi il s'agit bien d'une procédure écrite.

Il est enfin possible de recourir au Tribunal Administratif afin de donner plus de force à la transaction et d'entériner le montant de l'indemnité. Dans ce cas, la transaction acquiert l'autorité relative de la chose jugée.

Dans cette hypothèse soit le juge administratif donne acte (accord judiciaire) soit il « sanctionne » le dispositif par un jugement d'expédient.

Cependant dans son avis rendu le 6 décembre 2002, le conseil d'état a posé les principes du recours à cette validation :

- le tribunal a la faculté et non l'obligation de répondre favorablement à la requête ;

- la procédure peut être écrite ou orale mais contradictoire dans tous les cas ;
- les termes du protocole transactionnel ne doivent pas contrevenir à des règles de comptabilité publique ou d'ordre public ;

- la requête ne peut intervenir qu'après approbation par le Conseil municipal et transmission au contrôle de légalité ;

- si d'aventure le tribunal n'homologuait pas le protocole, la transaction serait annulée et les parties reviendraient au point de départ.

II - EFFETS DE LA TRANSACTION

L'annulation du marché a pour effet de « détruire » rétroactivement l'acte, qui ainsi ne fait plus naître d'autre obligation entre les parties.

De même, dans l'hypothèse d'un commencement d'exécution, le prestataire se trouve dans l'obligation de remettre la chose en son état initial.

Cf. Dalloz Contentieux des contrats administratifs.

III - DISCUSSION PAR RAPPORT À LA PRATIQUE DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES SUR CE POINT

En premier lieu il y a restitution de la chose : l'annulation d'un marché fait en effet disparaître le titre de paiement. L'acheteur public est alors fondé à réclamer à l'entreprise le reversement des sommes déjà versées.

Deux voies sont envisageables :

Action en répétition de l'indu.

Il semble toutefois que les collectivités n'utilisent pas forcément cette procédure dans marchés publics.

Cf. Dalloz contentieux des contrats administratifs.

Emission d'un titre exécutoire correspondant aux sommes versées en exécution des prestations ou des travaux ; en parallèle l'ordonnateur émet le mandat correspondant à l'indemnité allouée, sur la base du non enrichissement sans cause. Plusieurs circulaires récentes des 14 août 1987 et du 06 mai 2002 traitent de ces questions relatives aux écritures de régularisation des marchés.

Dans tous les cas l'annulation rétroactive du marché n'ouvre plus droit à la garantie décennale ou contractuelle, ce qui sans nul doute soulève des difficultés, sauf bien évidemment les cas où la question est réglée dans un protocole transactionnel.

b) Étude pratique

1 - Très peu de collectivités sont confrontées à ce cas d'espèce. Les quelques collectivités du département interrogées et mises en situation sont des communes de 20 000 à 40 000 habitants.

2 - Quand la situation s'est présentée, les collectivités ont plus favorisé l'émission d'un titre que l'action en répétition de l'indu.

3 - En revanche, les deux modalités de mise en œuvre sont rencontrées : protocole transactionnel et/ou validation par le Tribunal Administratif. Il est intéressant de souligner les raisons qui ont motivé ce dernier choix : l'autorité relative de la chose jugée permet d'éviter, aux yeux des décideurs publics, des contestations internes c'est-à-dire entre les parties et externes : sont essentiellement visés par la formule, le trésorier, le contrôle de légalité et celui éventuel du juge des comptes.

4 - Pour mémoire le recours au CCRA a pu intervenir mais il convient alors de souligner que le délai de résolution n'a pas été respecté (plus de un an au lieu des 6 mois prescrits- collectivité hors département).

5 - La détermination du montant de la somme reversée est délicate à régler en pratique et matérialise bien les limites à la notion de dépenses utiles et la qualité des pièces justificatives (matérielles et financières).

6 - La remise en l'état ou le laissé en l'état : la nuance est subtile ; néanmoins elle doit être mise en lien avec l'absence de garantie décennale sur les ouvrages ainsi réalisés et les problèmes rencontrés sur le terrain si des malfaçons venaient à apparaître ultérieurement.

CONCLUSION

Deux réflexions doivent être engagées à la lumière de ces expériences

De quelle marge de manœuvre réelle disposent les Collectivités Territoriales en la matière ?

A partir et au delà même de cette seule question, vers quel droit public s'achemine-t-on pour demain ?