

INSTRUCTION

N° 10-009-M0 du 12 avril 2010

NOR : BCR Z 10 00033 J

LE RECOURS À LA TRANSACTION POUR LA PRÉVENTION
ET LE RÈGLEMENT DES LITIGES PORTANT SUR L'EXÉCUTION
DES CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE

ANALYSE

Diffusion de la circulaire du 7 septembre 2009 et précisions sur l'étendue
des contrôles du comptable en matière de transaction

Date d'application : 01/03/2010

MOTS-CLÉS

COMMANDE PUBLIQUE ; TRANSACTION ; RÈGLEMENT AMIABLE ; LITIGE

DOCUMENTS À ANNOTER

Néant

DOCUMENTS À ABROGER

Néant

DESTINATAIRES POUR APPLICATION

RGP	TPG	DOM	RF	T								

DIRECTION GÉNÉRALE DES FINANCES PUBLIQUES

*Sous-direction de la gestion comptable et financière des collectivités locales
Bureau CL-1A*

SOMMAIRE

1. LES PRINCIPES GÉNÉRAUX DE LA TRANSACTION.....	3
1.1. Définition et objet de la transaction	3
1.2. Conditions de validité de la transaction	4
1.2.1. L'objet de la transaction doit être licite.....	4
1.2.2. Les règles de compétence propres aux personnes publiques doivent être respectées	4
1.2.3. Des concessions réciproques doivent être consenties et l'administration ne peut pas payer plus qu'elle ne doit	5
1.2.4. La transaction donne lieu au paiement d'une indemnité et non d'un prix	5
2. L'EXÉCUTION DE LA TRANSACTION PAR LE COMPTABLE PUBLIC	6
2.1. La transaction est exécutoire de plein droit.....	6
2.2. Les contrôles du comptable public.....	6
2.3. Le comptable ne peut être mis en cause devant le juge pénal pour avoir procédé au paiement d'une somme issue d'une transaction ou d'un marché de régularisation.	7

LISTE DES ANNEXES

ANNEXE N° 1 : 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.	8
ANNEXE N° 2 : Les articles 2044 et suivants du code civil.....	21
ANNEXE N° 3 : La circulaire du 6 février 1995 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits.....	23
ANNEXE N° 4 : Avis du Conseil d'État n° 249153 du 6 décembre 2002.	35

L'exécution des marchés publics, délégations de service public et autres contrats administratifs peut susciter des litiges souvent longs et complexes où les responsabilités sont partagées entre les contractants. L'annulation d'un contrat administratif par le juge administratif est également source potentielle de difficultés entre les parties.

Afin de résoudre amiablement ces conflits, le recours à la transaction est encouragé de manière générale par les pouvoirs publics (cf. Circulaire du Premier ministre du 6 février 1995) et par le Conseil d'État.

Différents arrêts ou avis de principe sont intervenus sur le champ d'application de la transaction en droit administratif, sur la force juridique de ce contrat (question de l'homologation), sur l'évaluation de l'indemnité transactionnelle. Dans son rapport de 2008, le Conseil d'État a toutefois constaté que les administrations restaient réticentes à utiliser la solution transactionnelle. Il a rappelé tout l'intérêt que pouvait représenter cette démarche dans la résolution des conflits, même si elle ne peut constituer un mode courant de gestion des achats et contrats par l'administration.

Suite aux précisions apportées par la jurisprudence et à la volonté croissante d'encourager le recours à la transaction, la circulaire du 7 septembre 2009 présente les règles qui régissent la conclusion et l'exécution des transactions en matière de contrats de la commande publique. Elle figure en annexe n° 1 de la présente instruction qui a pour objet de rappeler les principes généraux de la transaction avant d'explicitier l'attitude à tenir par les comptables publics amenés à en assurer l'exécution financière. Des éléments d'analyse sont également apportés par ce document sur les marchés et avenants dits "de régularisation".

1. LES PRINCIPES GÉNÉRAUX DE LA TRANSACTION

1.1. DÉFINITION ET OBJET DE LA TRANSACTION

La transaction est définie aux articles 2044 et suivants du code civil. L'article 2044 précise que « *la transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître* ». Elle a pour objet d'indemniser le cocontractant de l'administration lorsque le paiement des prestations exécutées par celui-ci ne se rattache à aucun support contractuel valide.

Il en va ainsi lorsque des prestations sont commandées à un prestataire en dehors de tout contrat ou en dehors des prescriptions d'un contrat existant, c'est-à-dire en dépassement des quantités ou du montant prévu, ou au-delà de la durée du marché.

La transaction peut aussi intervenir dans le cas où un contrat a été annulé par le juge administratif. Compte tenu du caractère rétroactif de l'annulation, le contrat annulé est réputé n'avoir jamais été conclu, n'avoir jamais produit d'effet juridique et n'avoir jamais fait naître d'obligation à l'égard des contractants. Dans ces conditions, l'anéantissement des effets de l'acte atteint de nullité entraîne l'obligation théorique pour les parties de se restituer respectivement ce qu'elles ont reçu en vertu du contrat. Or, en réalité, la restitution des prestations effectuées s'avère le plus souvent impossible, car les contrats ont été exécutés en tout ou en partie et il y a eu versement d'acomptes, d'où la nécessité d'une indemnisation.

La collectivité dont le contrat a été annulé doit donc verser une indemnité à l'entreprise (cf. infra). Cette indemnité est déterminée soit par le juge administratif, dans le cadre d'un recours en plein contentieux engagé par l'une des deux parties, soit par une transaction conclue entre l'organisme public et l'entreprise concernée.

Il faut enfin noter que la transaction peut avoir 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 (exemple d'une délégation de service public : Conseil d'État, 29 décembre 2000, Comparat, Lebon p. 658).

1.2. CONDITIONS DE VALIDITÉ DE LA TRANSACTION

1.2.1. L'objet de la transaction doit être licite

L'Article 6 du code civil rappelle qu' « *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ».

Les règles relatives à l'organisation de l'État, des services publics et des établissements publics sont d'ordre public et ne peuvent donner lieu à transaction. On ne peut renoncer aux prérogatives de puissance publique et aux compétences dévolues à une personne publique par la loi (pouvoir de police du maire, gestion du domaine publique). On ne peut transiger sur des questions relatives à la légalité des actes administratifs.

Les parties à une transaction ne peuvent ainsi transiger sur le montant des intérêts moratoires dus en exécution d'un marché public (Conseil d'État, 17 octobre 2003, Ministre de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Syndicat intercommunal d'assainissement le Beausset, la Cadière, le Castellet, Lebon p. 411).

Il est précisé que la transaction n'a pas pour effet de modifier la nature juridique de la créance. Ainsi, le retard pris dans le versement des sommes arrêtées par une transaction portant sur la créance née de l'exécution d'un marché public, ouvre de plein droit le bénéfice d'intérêts moratoires dans les conditions prévues par le code des marchés publics (CMP).

A contrario, le retard pris dans le versement des sommes arrêtées par une transaction portant sur la créance qui n'est pas née de l'exécution d'un marché public n'ouvre pas droit au bénéfice d'intérêts moratoires prévus par le CMP. Dans ce cas, l'opérateur économique peut solliciter le versement des intérêts au taux légal des sommes allouées en application de l'article 1153 du code civil.

Il est enfin rappelé que les clauses du contrat doivent préciser le litige que la transaction vise à prévenir ou régler. Si tel n'est pas le cas, une partie s'expose au risque de ne pouvoir s'opposer à une action en justice engagée par l'autre partie après la signature de la transaction (Conseil d'État, 30 janvier 2008, Ville de Paris, n° 299675).

1.2.2. Les règles de compétence propres aux personnes publiques doivent être respectées

Comme le rappelle la circulaire du 7 septembre 2009, les collectivités territoriales et les établissements publics locaux disposent de la capacité de transiger. Si les statuts d'un établissement public de l'État peuvent l'autoriser à transiger ou à recourir à la transaction dans certains domaines, dans le silence des statuts, un décret du Premier ministre doit autoriser la signature de la transaction envisagée par l'établissement public (Conseil d'État, 23 avril 2001, Ceccaldi-Raynaud, n° 215552).

Les collectivités territoriales et établissements publics locaux peuvent transiger librement depuis la loi du 2 mars 1982 (Conseil d'État, Section des Travaux publics, avis n° 359996, 21 janvier 1997 : EDCE 1998, p. 184). La signature des transactions qu'ils sont appelés à conclure nécessite en principe l'autorisation préalable de l'organe délibérant de l'entité considérée. Les règles propres à certains organismes publics autorisent toutefois l'organe délibérant à accorder une délégation de compétence à l'autorité exécutive pour la conclusion des transactions. Si tel n'est pas le cas, une délibération préalable autorisant la signature de chaque contrat est nécessaire.

L'organe délibérant doit 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 (Conseil d'État, 11 septembre 2006, Commune de Théoule-sur-Mer, Lebon p. 395). Toutefois, la jurisprudence n'exige pas que l'organe délibérant examine un projet de contrat finalisé.

La signature de la transaction ne peut intervenir avant que la délibération de l'organe délibérant qui l'autorise n'ait acquis un caractère exécutoire. Cela implique, pour les collectivités et établissements soumis au contrôle de légalité, que cette délibération ait été réceptionnée par les services préfectoraux (Conseil d'État, Avis, 10 juin 1996, Préfet de la Côte-d'Or, Lebon p. 198). Les conventions relatives aux transactions sont transmises au contrôle de légalité si les contrats auxquels elles s'attachent sont eux-mêmes transmissibles au sens des articles L. 2131-2, L. 3131-2 et L. 4141-2 du CGCT.

Il est précisé que la personne qui signe au nom du cocontractant de l'administration doit être régulièrement habilitée à cette fin.

1.2.3. Des concessions réciproques doivent être consenties et l'administration ne peut pas payer plus qu'elle ne doit

La circulaire précise que la nature et l'étendue des concessions réciproques des parties doivent être mentionnées dans la transaction. Les préjudices couverts par la transaction doivent être clairement identifiés dans celle-ci. Les raisons de droit et de fait pour lesquelles la partie concernée estime devoir en assurer la réparation doivent être détaillées.

Le juge sanctionne les transactions ne comportant manifestement pas d'équilibre dans les concessions réciproques des parties (Conseil d'État, Sect., 19 mars 1971, Mergui, Lebon p. 235, concl. M. Rougevin-Baville).

Par ailleurs, l'administration ne peut pas payer plus qu'elle ne doit en vertu d'un principe général du droit (Conseil d'État Sect., 19 mars 1971, Mergui). Si l'administration transige pour régler un litige où sa responsabilité est mise en cause, elle ne peut accorder une indemnité que si sa responsabilité est établie et pour les seuls chefs de préjudice indemnisables.

1.2.4. La transaction donne lieu au paiement d'une indemnité et non d'un prix

Les parties à la transaction ne peuvent fixer le montant de l'indemnité en se bornant à reprendre le montant du marché entaché de nullité (Conseil d'État, 8 décembre 1995, Commune de Saint-Tropez).

L'indemnisation peut reposer sur deux fondements :

- le principe de la responsabilité quasi-contractuelle qui correspond à la notion d'enrichissement sans cause ;
- le principe de la responsabilité quasi-délictuelle.

1.2.4.1. Notion d'enrichissement sans cause

Seules les dépenses utilement exposées au profit de l'administration par son cocontractant peuvent faire l'objet d'une indemnisation sur le terrain de l'enrichissement sans cause. Ces dépenses utiles concernent les dépenses directes et indirectes, comme les achats de marchandises et les frais de personnel, exposées par le titulaire pour la fourniture de prestations auxquelles l'administration a consenti et qui lui sont objectivement utiles. Le bénéfice auquel pouvait prétendre le cocontractant ne peut être pris en compte sur ce fondement.

Si le contrat a été obtenu dans des conditions de nature à vicier le consentement de l'administration aucune indemnité n'est due (CE, 22 février 2008, Tête).

1.2.4.2. Cas de responsabilité quasi-délictuelle de l'administration

La responsabilité quasi-délictuelle peut permettre au cocontractant d'obtenir une indemnisation complémentaire dans la limite du prix du marché (indemnisation du bénéfice, d'un préjudice commercial ou moral,...)

Aucune indemnité n'est due sur le terrain quasi-délictuel si le cocontractant a commis une faute grave en se prêtant à la conclusion d'un marché dont il ne pouvait ignorer l'illégalité (cas d'un marché négocié sans publicité, ni mise en concurrence : Conseil d'État, 10 avril 2008, Société Decaux et Département des Alpes-maritimes).

2. L'EXÉCUTION DE LA TRANSACTION PAR LE COMPTABLE PUBLIC

2.1. LA TRANSACTION EST EXÉCUTOIRE DE PLEIN DROIT

En vertu de l'article 2052 du code civil, les transactions ont entre les parties l'autorité de la chose jugée en dernier ressort et sont exécutoires de plein droit. L'avis du Conseil d'État du 6 décembre 2002, Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de L'Haÿ-les-Roses (Lebon p. 433) précise, à cet égard, que la transaction *"est exécutoire de plein droit sans qu'y fassent obstacle, notamment, les règles de la comptabilité publique"*.

Les comptables ne peuvent donc pas exiger l'homologation de la transaction par le juge administratif pour pouvoir procéder au paiement des sommes issues de la transaction.

2.2. LES CONTRÔLES DU COMPTABLE PUBLIC

Les comptables publics ne sont fondés à refuser d'exécuter les paiements prévus par les transactions que pour l'un des motifs limitativement énumérés par les articles 12 et 13 du décret n° 62-1587 du 29 décembre 1962 modifié portant règlement général sur la comptabilité publique (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).

Au titre du contrôle de la validité de la créance, le comptable public doit s'assurer de la production des pièces justificatives, au nombre desquelles figure le contrat de transaction signé et, le cas échéant, transmis au représentant de l'État (cf. § 1.2.2 supra). Selon les personnes morales de droit public concernées, la transmission d'autres pièces doit être requise par le comptable, telle la délibération de l'organe délibérant habilitant l'autorité exécutive à signer ce contrat ou, lorsqu'est en cause un litige concernant un marché public, les documents permettant de retracer l'exécution financière du marché ou l'avis rendu par le comité consultatif de règlement amiable des litiges ayant examiné le différend.

Les comptables publics doivent s'assurer de la cohérence des pièces justificatives produites (par exemple, identité des montants figurant dans le contrat de transaction et dans la délibération autorisant l'exécutif à signer la transaction le cas échéant).

En revanche, il ne leur appartient pas de vérifier la présence, la réalité et l'équilibre des concessions consenties par les parties à la transaction. De même, il ne leur appartient pas de vérifier que la transaction donne lieu au paiement d'une indemnité et non d'un prix. En effet, les missions qui leur sont assignées ne les autorisent pas à contrôler la légalité et l'opportunité des contrats qui leur sont présentés (Conseil d'État, 5 février 1971, Balme, Lebon p. 105 ; Conseil d'État, 10 février 1997, Ibo, Lebon p. 751 ; Cour des comptes, 28 mai 1952, Marillier, Rec. Valentigney : Grands arrêts juridictions financières, n° 15).

2.3. LE COMPTABLE NE PEUT ÊTRE MIS EN CAUSE DEVANT LE JUGE PÉNAL POUR AVOIR PROCÉDÉ AU PAIEMENT D'UNE SOMME ISSUE D'UNE TRANSACTION OU D'UN MARCHÉ DE RÉGULARISATION.

Les contrats de transaction peuvent avoir pour objet de prévenir ou de régler les litiges consécutifs à des manquements à des obligations de publicité et de mise en concurrence. La conclusion de ces contrats ne peut, en aucun cas, avoir pour effet de régulariser les irrégularités commises. La circonstance que de tels manquements puissent être réprimés au titre du délit de favoritisme (cf. article 432-14 du code pénal) ne prive pas le recours à la transaction de sa légalité. La transaction permet d'éviter ou de terminer un contentieux indemnitaire mais ne saurait faire obstacle aux poursuites pénales auxquelles s'exposent les personnes ayant méconnu les dispositions du code des marchés publics ou d'autres textes du droit de la commande publique.

En tout état de cause, la circulaire du 7 septembre 2009 précise 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 de manquements à des obligations en matière de publicité et de mise en concurrence. Ils ne peuvent 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. »*

Par ailleurs, concernant les marchés de régularisation, la Direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers a confirmé que même si la conclusion d'un tel marché était constitutive du délit de favoritisme, non seulement la caractérisation du délit de complicité de recel de favoritisme impose que soit rapportée la preuve d'un élément intentionnel, mais en outre le comptable public pourra invoquer le fait justificatif tiré de l'ordre de la loi. L'article 122-4 du code pénal dispose en effet que *« n'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par les dispositions législatives ou réglementaires »*.

Dès lors, s'il lui est produit un marché de régularisation ou une transaction qui lui paraît irrégulière, le comptable n'est pas fondé à suspendre le paiement au seul motif de l'irrégularité de l'acte ou d'un risque éventuel de délit de favoritisme.

Cependant, dans de telles circonstances, il convient que le comptable informe le Directeur départemental ou régional des finances publiques à qui il appartient ensuite de décider d'alerter le Préfet sur l'irrégularité relevée. Le cas échéant, ce dernier mettra également en œuvre les dispositions de l'article 40 du code de procédure pénale afin de transmettre au Procureur de la République les informations dont il dispose portant sur des faits susceptibles de constituer des infractions pénales.

Il est demandé aux comptables publics de bien vouloir informer le bureau CL1A de la direction générale de toutes les difficultés qu'ils pourraient rencontrer dans l'application de la présente instruction.

LE CHEF DU SERVICE DES COLLECTIVITÉS LOCALES

Frédéric IANNUCCI

ANNEXE N° 1 : 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.

JORF n° 0216 du 18 septembre 2009

Texte n° 27

CIRCULAIRE

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

NOR: ECEM0917498C

Paris, le 7 septembre 2009.

La ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi et le ministre du budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'État à Mesdames et Messieurs les ministres et ministres délégués, Mesdames et Messieurs les secrétaires d'État, Monsieur le haut-commissaire

(Copie à Mesdames et Messieurs les préfets, Mesdames et Messieurs les administrateurs généraux des finances publiques.)

La circulaire du Premier ministre du 6 février 1995 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits (JO 15 fév. 1995, p. 2518) a encouragé la conclusion des transactions pour une meilleure satisfaction des intérêts publics. 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.

L'intérêt de la transaction est manifeste dans le domaine contractuel. L'exécution des marchés publics, délégations de service public et autres contrats administratifs est à l'origine de litiges souvent longs et complexes où les responsabilités sont partagées, la durée des contentieux augmentant, souvent dans des proportions importantes, les intérêts moratoires dus par les parties. La multiplication des cas où des contrats sont annulés ou déclarés nuls par le juge pose le problème du paiement des prestations effectuées par le cocontractant de l'administration, en raison, depuis quelques années, de l'élargissement progressif des possibilités offertes aux concurrents évincés de contester les contrats conclus.

ANNEXE N° 1 (suite)

Malgré l'intérêt qui s'attache à la transaction et les encouragements de la circulaire du 6 février 1995, le développement souhaité du recours à la transaction se traduit aujourd'hui par un relatif échec. Dans son rapport public 2008, le Conseil d'État constate que les administrations restent réticentes devant la solution transactionnelle.

Les conditions dans lesquelles il peut être envisagé de transiger semblent mal appréhendées par les personnes publiques. Le contenu souhaitable et la portée exacte des contrats de transaction paraissent également méconnus. Les transactions sont fréquemment perçues comme induisant des risques importants, notamment sur le plan pénal. Le comportement des comptables publics est présenté comme un obstacle à l'exécution de ces contrats : des comptables exigeraient à tort leur homologation par le juge ou l'émission d'un ordre de réquisition par l'ordonnateur. Pourtant, depuis plusieurs années, la direction générale des finances publiques a rappelé aux comptables publics que de telles exigences n'étaient juridiquement pas fondées. Certains acheteurs en viennent à « détourner » de son objet la procédure de référé provision (article R. 541-1 du code de justice administrative), en incitant leur cocontractant à se pourvoir en référé afin d'obtenir une décision juridictionnelle autorisant le versement à ce dernier de l'indemnisation auquel il a droit.

Depuis 1995, le juge administratif a pourtant précisé le régime de la transaction, en rappelant que ce contrat a, entre les parties, l'autorité de la chose jugée et est exécutoire de plein droit. Les conditions du recours à la transaction peuvent être aujourd'hui mieux cernées, en particulier lorsqu'est en jeu l'indemnisation du titulaire d'un contrat entaché de nullité. La jurisprudence a mis en lumière les modalités d'élaboration et de rédaction des transactions.

Le recours à la transaction ne peut constituer un mode courant de gestion des achats et contrats par l'administration. Cependant, son développement est une nécessité pour la préservation des intérêts publics. L'objet de la présente circulaire est de présenter les règles qui régissent la conclusion et l'exécution des transactions en matière de contrats de la commande publique.

Les administrations se référeront utilement à l'annexe à la circulaire du Premier ministre du 6 février 1995 pour une présentation des lignes directrices du régime des transactions administratives.

1. Cas dans lesquels le recours à la transaction est justifié

1.1. Indemnisation des parties en l'absence de contrat valide

Le contrat de transaction constitue, à défaut de contrat, un titre juridique permettant le paiement des prestations effectuées. Il peut être le support de l'indemnisation de l'une des parties en cas de nullité du contrat.

ANNEXE N° 1 (suite)

1. 1. 1. Paiement de prestations fournies par le titulaire du marché

Les prestations exécutées par les titulaires des marchés publics ne peuvent faire l'objet d'un paiement si elles ne se rattachent pas à un support contractuel valide. Or, il arrive que des travaux, fournitures ou services soient commandés au prestataire en dehors de tout contrat ou en dehors des prescriptions d'un contrat existant, c'est-à-dire en dépassement des quantités ou du montant prévu, ou au-delà de la durée du marché. Le titulaire du marché a également pu fournir des prestations ne présentant aucun lien avec l'objet du contrat. Un marché de régularisation ne peut être signé pour couvrir ces irrégularités (CE, 27 mai 1998, commune d'Agde, Lebon, p. 1019), de même qu'un marché complémentaire ou un avenant si les prestations ont déjà été exécutées.

La nullité des marchés ou de leurs avenants s'oppose également au règlement du prix convenu. Cette nullité peut résulter d'une décision du juge administratif prononçant l'annulation du contrat ou déclarant son invalidité, ou annulant la décision de le signer ou la délibération qui autorise sa signature. On prendra garde cependant que l'annulation d'un acte détachable du contrat n'emporte pas nécessairement la nullité de ce contrat, que seul le juge du contrat peut constater. Il appartient au juge de l'exécution, saisi d'une demande d'un tiers d'enjoindre à une partie au contrat de saisir le juge compétent afin d'en constater la nullité, de prendre en compte la nature de l'acte annulé ainsi que le vice dont il est entaché et de vérifier que la nullité du contrat ne portera pas, si elle est constatée, une atteinte excessive à l'intérêt général (CE, 10 décembre 2003, Institut de recherche pour le développement, Lebon, p. 501).

Dans ces différentes hypothèses, le cocontractant ne perd pas toutefois le droit au paiement des prestations effectuées, à titre d'indemnisation, sur le fondement de la responsabilité quasi-contractuelle ou de la responsabilité quasi-délictuelle de l'administration (CE, 19 avril 1974, Sté Entreprise Louis Segrette, Lebon, p. 1052).

1. 1. 2. Réparation des dommages subis par les parties

Lorsque le contrat est nul, la personne publique ne peut réparer, sur le fondement de la responsabilité contractuelle, les dommages subis par son cocontractant dans l'exécution de ses engagements. Elle ne peut procéder au versement de sommes dues à celui-ci sur la base des stipulations arrêtées (par exemple : subventions prévues par une convention de délégation de service public).

La nullité du contrat fait également obstacle à la réparation, sur le terrain contractuel, des préjudices subis par l'administration du fait de la mauvaise exécution par le cocontractant de ses obligations. Elle s'oppose à la mise en œuvre de la garantie décennale des constructeurs (CE Sect., 29 janvier 1982, Martin, Lebon, p. 44) ou à l'invocation de fondements de responsabilité dérivés de l'exécution des contrats, telle la garantie de bon fonctionnement. Les personnes publiques sont alors fondées à rechercher la responsabilité quasi-contractuelle ou quasi-délictuelle de leurs cocontractants (CE, 22 février 2008, Schmeltz et Orselli, n° 286174).

1. 2. Résolution des difficultés d'exécution des contrats

La transaction peut avoir 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 (cas d'une délégation de service public : CE, 29 décembre 2000, Comparat, Lebon, p. 658).

ANNEXE N° 1 (suite)

2. Négociation des transactions

2. 1. Analyse préalable de la situation de droit et de fait

2. 1. 1. L'administration doit s'interroger sur les risques qu'elle encourt en cas d'action contentieuse ou de poursuite de l'instance, afin de déterminer s'il peut être envisagé de transiger et, dans l'affirmative, afin d'appréhender les conditions de conception de l'accord transactionnel.

2. 1. 2. Cette analyse des risques doit conduire à définir les concessions susceptibles d'être accordées au cocontractant, de même que les engagements pouvant être attendus de celui-ci. Si son comportement peut être regardé comme fautif, cette circonstance doit amener la personne publique à exiger des concessions importantes de sa part, tout au moins s'il est envisagé d'indemniser un préjudice sur le fondement de la responsabilité contractuelle ou quasi-délictuelle. La circonstance que l'irrégularité de la procédure de passation du contrat puisse être imputée à l'opérateur ne peut en revanche être prise en compte pour la détermination de la réparation due au titre de l'enrichissement sans cause (CE, 22 février 2008, Tête, n° 266755). Aucun abattement ne peut donc être pratiqué sur l'indemnisation à laquelle peut prétendre le cocontractant.

2. 2. Implication des autorités de contrôle

2. 2. 1. Les autorités chargées du contrôle financier au sein des services de l'État et de ses établissements publics doivent être informés de la préparation des transactions. Chargées notamment de la prévention des risques financiers, ces autorités pourront exprimer leur avis sur les engagements devant figurer dans le contrat.

2. 2. 2. L'expertise technique des comptables publics, appelés à intervenir au titre de leurs fonctions de conseil, peut également être précieuse.

2. 3. Association éventuelle des assureurs

Aux termes 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. L'aveu de la matérialité d'un fait ne peut être assimilé à la reconnaissance d'une responsabilité ». Ces dispositions ne font pas obstacle au développement des transactions administratives. 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.

2. 4. Négociations et procédure contentieuse

Le Conseil d'État a admis qu'un contrat de transaction peut être conclu à tout stade de la procédure contentieuse engagée, y compris pendant l'instruction d'un recours en appel ou en cassation (CE, Ass., 11 juillet 2008, Société Krupp Hazemag, n° 287354).

ANNEXE N° 1 (suite)

La circonstance que le cocontractant de la personne a engagé une action contentieuse (cas fréquent de l'action engagée à titre conservatoire) ne doit en aucun cas être un obstacle à la conclusion d'une transaction.

2. 5. Conduite d'une conciliation efficace

2. 5. 1. Une transaction réussie est souvent le résultat d'une démarche coordonnée des parties dans le but de se concilier. Les administrations doivent s'appuyer sur leurs propres services et solliciter, lorsque cela apparaît utile, le concours d'un conseil spécialisé.

Lorsque l'origine exacte de dommages, ou leur étendue, n'apparaît pas clairement, une expertise peut être nécessaire. Les entités publiques, comme leurs cocontractants, peuvent solliciter du tribunal administratif compétent le prononcé d'une expertise contradictoire en référé. Le coût prévisible des opérations d'expertise doit être comparé aux enjeux liés au litige auquel l'administration devrait faire face. Le travail de l'expert permet souvent un rapprochement des parties et favorise l'engagement de négociations efficaces, avant même que celui-ci ne dépose son rapport. Le juge administratif peut, d'ailleurs, confier à l'expert, d'office ou à la demande des parties, une mission de conciliation (CE, 11 février 2005, Organisme de gestion du cours du Sacré-Cœur et autres, Lebon, p. 65).

2. 5. 2. La qualité des résultats de la conciliation peut exiger, lorsque la nature ou la complexité d'un litige le justifie, que les parties s'appuient sur un conciliateur ou une mission collégiale de conciliation.

Sollicité par les parties, le tribunal administratif compétent peut désigner un ou plusieurs conciliateurs ou procéder à une conciliation directe par ses soins.

Les marchés de services relatifs à la conciliation sont exclus du champ d'application du code des marchés publics, en application des dispositions du 12° de son article 3. Les administrations peuvent ainsi choisir un ou plusieurs conciliateurs parmi des experts ou professionnels du droit sans être tenues de procéder à une publicité et une mise en concurrence.

2. 5. 3. Dans le domaine des marchés publics, la saisine du comité national ou des comités consultatifs régionaux, interrégionaux et interdépartementaux de règlement amiable des différends ou litiges doit être privilégiée. Composés de magistrats administratifs et de représentants des acheteurs et des opérateurs économiques, ces comités ont pour mission de rechercher des éléments de droit ou de fait en vue d'une solution amiable et équitable aux différends (article 127 du code des marchés publics et article 1er du décret n° 2001-797 du 3 septembre 2001). La qualité et l'autorité des avis rendus par ces instances indépendantes doivent conduire les parties à s'entendre et à formaliser une transaction équilibrée et fiable.

2. 5. 4. La sécurisation du contrat de transaction constitue une donnée déterminante dans la discussion des parties. Le cocontractant de l'administration doit être sensibilisé par celle-ci aux conséquences d'un protocole mal rédigé ou signé dans la précipitation.

ANNEXE N° 1 (suite)

3. Rédaction des transactions

3. 1. Prévenir les contestations en fiabilisant les clauses des contrats

Une attention particulière doit être accordée à la conception des transactions. En effet, la rigueur et la précision avec lesquelles sont rédigés ces contrats permettent d'éviter de nombreuses contestations et de préserver les intérêts de l'administration en cas de contentieux.

3. 1. 1. Les clauses du contrat doivent faire mention des éléments suivants :

- le litige que la transaction vise à prévenir ou régler. Si tel n'est pas le cas, la partie concernée s'expose au risque de ne pouvoir s'opposer à une action en justice engagée par l'autre partie après la signature de la transaction (CE, 30 janvier 2008, ville de Paris, n° 299675) ;

- la nature et l'étendue des concessions réciproques des parties. Les préjudices couverts par la transaction doivent être clairement identifiés dans celle-ci. Les raisons de droit et de fait pour lesquelles la partie concernée estime devoir en assurer la réparation doivent être détaillées ;

- les modalités d'évaluation des dommages et les opérations de liquidation des sommes comprises dans l'accord. Les parties peuvent utilement annexer au contrat de transaction l'ensemble des documents auxquels celui-ci fait référence.

Le juge administratif contrôle le contenu de ces clauses et vérifie les points suivants :

- les parties doivent consentir effectivement à la transaction ;
- l'objet de la transaction doit être licite ;
- l'administration ne doit pas accorder une libéralité à son cocontractant ;
- aucune règle d'ordre public ne doit être méconnue.

À la différence du juge judiciaire, il sanctionne les transactions ne comportant manifestement pas d'équilibre dans les concessions réciproques des parties (CE, Sect., 19 mars 1971, Mergui, Lebon, p. 235, concl.M. Rougevin-Baville).

3. 1. 2. Les marges de manœuvre des parties dans l'élaboration d'un compromis sont importantes : si les engagements souscrits ne doivent pas révéler une libéralité accordée par la collectivité publique à son cocontractant, ces engagements ne doivent pas nécessairement être équivalents, ni de même nature (CE, Ass., 11 juillet 2008, Société Krupp Hazemag). Seul un déséquilibre manifeste serait sanctionné par le juge.

La lecture des stipulations du contrat doit toutefois permettre de vérifier que les parties ont tenu compte des règles de droit applicables au différend en cause. Lorsque la transaction constitue le support de l'indemnisation de l'une des parties, celles-ci ne peuvent s'écarter du respect des principes du droit de la responsabilité.

ANNEXE N° 1 (suite)

Les parties peuvent mettre en œuvre les règles applicables de manière adaptée. Ainsi, par exemple, si l'étendue exacte de préjudices peut être difficilement justifiée, le montant de l'indemnité à verser peut être établi en tenant compte de la nature et de l'importance des concessions consenties par la personne qu'il convient d'indemniser. En revanche, l'indemnisation d'un préjudice inexistant ou découlant d'un fait ou d'une faute non imputable à l'administration n'est pas envisageable.

3. 1. 3. Les transactions ne peuvent porter sur :

- les conditions dans lesquelles l'administration doit exercer les prérogatives qui lui sont dévolues, notamment dans les domaines de la police administrative et de la gestion du domaine public, ni sur des questions relatives à la légalité des actes administratifs ;

- le montant des intérêts moratoires dus en exécution d'un marché public (CE, 17 octobre 2003, ministre de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c / Syndicat intercommunal d'assainissement le Beausset, la Cadière, le Castellet, Lebon, p. 411) ;

- la commande de nouvelles prestations au cocontractant si l'attribution de ces prestations implique la mise en œuvre préalable d'obligations de publicité et de mise en concurrence ;

- l'application des garanties contractuelles ou « postcontractuelles » afférentes aux marchés publics valides (par exemple, la garantie décennale des constructeurs).

3. 1. 4. Des sanctions financières peuvent être prévues dans la transaction afin d'inciter la partie concernée à respecter les engagements souscrits (CE, Ass., 11 juillet 2008, Société Krupp Hazemag), notamment le délai dans lequel un paiement doit être exécuté.

3. 2. Calcul de l'indemnisation du titulaire en l'absence de marché public valide

3. 2. 1. Les parties à la transaction ne peuvent fixer le montant de l'indemnité en se bornant à reprendre le montant du marché entaché de nullité (CE, 8 décembre 1995, commune de Saint-Tropez, Lebon, p. 431).

3. 2. 2. Seules les dépenses utilement exposées au profit de l'administration par son cocontractant peuvent faire l'objet d'une indemnisation sur le terrain de l'enrichissement sans cause. Le bénéfice auquel pouvait prétendre l'opérateur du fait de la fourniture des prestations ne peut être pris en compte. Ce mécanisme propre à la responsabilité quasi-contractuelle permet de rétablir l'équilibre entre les deux patrimoines. Aucun partage de responsabilité ne peut être opéré même si la nullité du contrat est imputable pour partie au cocontractant. En revanche, si le contrat a été obtenu dans des conditions de nature à vicier le consentement de l'administration, celle-ci étant victime d'un dol ou d'une fraude de la part du cocontractant, aucune indemnité n'est due (CE, 22 février 2008, Tête).

ANNEXE N° 1 (suite)

La notion de « dépenses utiles » couvre les dépenses directes et indirectes (par exemple, les achats de marchandises et frais de personnel) exposées par le titulaire pour la fourniture de prestations auxquelles l'administration a consenti et qui lui sont objectivement utiles. Les frais financiers engagés par le titulaire dans l'exécution du contrat ne constituent pas des dépenses utiles à l'administration, depuis la décision Société Decaux et département des Alpes-Maritimes rendue par le Conseil d'État le 10 avril 2008 (n° 244950).

3. 2. 3. Sur le fondement de la responsabilité quasi-délictuelle, l'opérateur peut obtenir le paiement des sommes correspondant aux dépenses exposées par lui pour la fourniture des prestations, autres que les dépenses utiles, et du bénéfice auquel il pouvait prétendre.

Toutefois, aucune indemnité fondée sur la faute quasi-délictuelle de l'administration n'est due si l'indemnité à laquelle l'opérateur a droit sur le terrain quasi-contractuel lui assure déjà une rémunération supérieure à celle que l'exécution du contrat lui aurait procurée (CE, 23 mai 1979, commune de Fontenay-le-Fleury, Lebon, p. 226). De même, aucune indemnité n'est due sur le terrain quasi-délictuel si le cocontractant a commis une faute grave en se prêtant à la conclusion du marché dont il ne pouvait ignorer l'illégalité (cas d'un marché négocié sans publicité ni mise en concurrence : CE, Sect., 10 avril 2008, Société Decaux et département des Alpes-Maritimes). Si le titulaire a eu connaissance de l'irrégularité de la procédure de mise en concurrence, sans solliciter sa régularisation, un partage de responsabilité doit être opéré. Il peut se traduire par l'application d'un abattement forfaitaire sur le montant de l'indemnité fondée sur la responsabilité quasi-délictuelle.

3. 3. Cas particuliers

3. 3. 1. Indemnisation du cocontractant, en cas de nullité de la délégation de service public

Les principes dégagés par la jurisprudence pour l'indemnisation du cocontractant en cas de nullité des marchés publics sont applicables aux délégations de service public. Le Conseil d'État a précisé que, dans le cas où le contrat est une concession de service public, le concessionnaire peut, au titre des dépenses utiles, susceptibles d'être indemnisées sur le terrain quasi-contractuel, être indemnisé de la valeur non amortie, à la date à laquelle les biens nécessaires à l'exploitation du service font retour à l'administration, des dépenses d'investissement qu'il a consenties, ainsi que du déficit qu'il a, le cas échéant, supporté à raison de cette exploitation, compte tenu notamment des dotations aux amortissements et des frais afférents aux emprunts éventuellement contractés pour financer les investissements. Toutefois, il doit être établi, au besoin après expertise, que ce déficit était effectivement nécessaire, dans le cadre d'une gestion normale, à la bonne exécution du service (CE, 16 novembre 2005, Auguste et commune de Nogent-sur-Marne, Lebon, p. 507).

3. 3. 2. Indemnisation de la personne publique, en cas de nullité du contrat

Dans le cas où le marché conclu est nul, le maître d'ouvrage ne peut utilement invoquer la responsabilité contractuelle du titulaire ou obtenir la mise en œuvre des garanties procédant du contrat. Toutefois, il peut prétendre à être indemnisé des préjudices liés à l'exécution du contrat, sur le fondement de la responsabilité quasi-contractuelle ou sur celui de la responsabilité quasi-délictuelle (CE, 22 février 2008, Schmeltz et Orselli). La méconnaissance des règles de l'art par un constructeur ou un manquement à ses obligations déontologiques par un maître d'œuvre peut constituer une faute quasi-délictuelle susceptible d'être invoquée.

ANNEXE N° 1 (suite)

Cette possibilité existe pour tous les contrats administratifs, lorsque l'administration ne peut se fonder sur les stipulations du contrat pour obtenir que son cocontractant répare les dommages occasionnés.

4. Conclusion des transactions

4. 1. Respect des règles de compétence propres aux personnes publiques

4. 1. 1. L'État, les collectivités territoriales et les établissements publics locaux disposent de la capacité de transiger. En vertu de l'article 2045 du code civil, les établissements publics de l'État ne peuvent transiger qu'avec l'autorisation expresse du Premier ministre (CE, 14 décembre 1998, chambre d'agriculture de La Réunion : Lebon, p. 729). Les statuts de l'établissement public peuvent l'autoriser à transiger ou à recourir à la transaction dans certains domaines. Dans le silence des statuts, un décret du Premier ministre doit autoriser la signature de la transaction envisagée par l'établissement public (CE, 23 avril 2001, Ceccaldi-Raynaud, n° 215552).

4. Conclusion des transactions

4. 1. Respect des règles de compétence propres aux personnes publiques

4. 1. 1. L'État, les collectivités territoriales et les établissements publics locaux disposent de la capacité de transiger. En vertu de l'article 2045 du code civil, les établissements publics de l'État ne peuvent transiger qu'avec l'autorisation expresse du Premier ministre (CE, 14 décembre 1998, chambre d'agriculture de La Réunion : Lebon, p. 729). Les statuts de l'établissement public peuvent l'autoriser à transiger ou à recourir à la transaction dans certains domaines. Dans le silence des statuts, un décret du Premier ministre doit autoriser la signature de la transaction envisagée par l'établissement public (CE, 23 avril 2001, Ceccaldi-Raynaud, n° 215552).

4. 1. 2. Les collectivités territoriales et établissements publics locaux peuvent transiger librement depuis la loi du 2 mars 1982 (CE, Section des travaux publics, avis n° 359996, 21 janvier 1997 : EDCE 1998, p. 184).

La signature des transactions qu'ils sont appelés à conclure nécessite en principe l'autorisation préalable de l'organe délibérant de l'entité considérée. Les règles propres à certains organismes publics autorisent l'organe délibérant à accorder une délégation de compétence à l'autorité exécutive pour la conclusion des transactions. Si tel n'est pas le cas, une délibération préalable autorisant la signature de chaque contrat est nécessaire. L'organe délibérant doit 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 (CE, 11 septembre 2006, commune de Théoule-sur-Mer, Lebon, p. 395). Toutefois, la jurisprudence n'exige pas que l'organe délibérant examine un projet de contrat finalisé.

ANNEXE N° 1 (suite)

4. 1. 3. La signature de la transaction par l'exécutif de la collectivité territoriale ou de l'établissement public ne peut intervenir avant que la délibération de l'organe délibérant qui l'autorise lorsqu'elle est requise n'ait acquis un caractère exécutoire. Cela implique, pour les collectivités et établissements soumis au contrôle de légalité, que cette délibération ait été réceptionnée par les services préfectoraux (CE, Avis, 10 juin 1996, préfet de la Côte-d'Or, Lebon, p. 198). Pour les services de l'État, sont compétents pour signer la transaction ceux qui l'étaient pour signer les contrats de la commande publique.

4. 1. 4. Les personnes publiques doivent veiller au strict respect des règles permettant aux autorités administratives de déléguer leur signature ou les pouvoirs qui leur sont dévolus.

4. 2. Vérification de l'habilitation du signataire représentant le cocontractant

4. 2. 1. La personne qui signe au nom du cocontractant de l'administration doit être régulièrement habilitée à cette fin. Il incombe aux personnes publiques de s'assurer de la qualité pour agir du signataire, quelles que soient ses fonctions au sein de l'opérateur. S'il s'agit d'un mandataire, tel un avocat, l'administration doit exiger toutes les pièces permettant de vérifier la réalité et l'étendue du mandat (CE, Sect., 5 janvier 1966, Hawezack, Lebon, p. 6).

4. 2. 2. Si le cocontractant de l'entité publique fait l'objet d'une procédure collective, l'intervention de l'administrateur judiciaire ou du juge peut, selon les cas, être nécessaire.

5. Exécution des transactions par les comptables publics

5. 1. La transaction est un titre exécutoire

En vertu de l'article 2052 du code civil, les transactions ont entre les parties l'autorité de la chose jugée en dernier ressort et sont exécutoires de plein droit (CE, Ass., Avis, 6 décembre 2002, Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de L'Hay-les-Roses, Lebon, p. 433, concl.G. Le Chatelier). Leur exécution par le comptable public suppose que celui-ci s'assure de la production des justifications exigibles, au nombre desquelles figure le contrat de transaction signé et, le cas échéant, transmis au représentant de l'État. Selon les personnes publiques concernées, la transmission d'autres pièces doit être requise par le comptable, telle la délibération de l'organe délibérant habilitant l'autorité exécutive à signer ce contrat ou, lorsqu'est en cause un litige concernant un marché public, les documents permettant de retracer l'exécution financière du marché ou l'avis rendu par le comité consultatif de règlement amiable des litiges ayant examiné le différend.

Les comptables publics ne sont fondés à refuser d'effectuer les opérations ou d'exécuter les paiements prévus par les transactions que lorsque de telles pièces n'ont pas été produites par l'ordonnateur ou pour l'un des motifs limitativement énumérés par les articles 12 et 13 du décret n° 62-1587 du 29 décembre 1962 portant règlement général sur la comptabilité publique (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).

ANNEXE N° 1 (suite)

Les comptables publics doivent s'assurer de la cohérence des pièces justificatives produites (par exemple, identité des montants figurant dans le contrat de transaction et dans le mandat de dépense). En revanche, il ne leur appartient pas de vérifier la réalité et l'équilibre des concessions consenties par les parties à la transaction. Les missions qui leur sont assignées ne les autorisent pas à contrôler la validité des contrats qui leur sont présentés (CE, 5 février 1971, Balme, Lebon, p. 105 ; CE, 10 février 1997, Ibo, Lebon, p. 751 ; Cour des comptes, 28 mai 1952, Marillier, Rec. Valentigney : Gr. arrêts jur. fin., n° 15).

Sous ces réserves, les comptables publics ne peuvent se prévaloir de l'étendue de leur responsabilité pécuniaire et personnelle pour faire obstacle à l'exécution des transactions. Ils doivent exécuter les transactions conclues par les personnes publiques, sans pouvoir exiger leur homologation par le juge administratif (TA Versailles, 16 mai 2008, commune d'Issy-les-Moulineaux, AJDA 2008, p. 1556). Ils ne peuvent non plus exiger des ordonnateurs l'émission d'ordres de réquisition.

5. 2. La transaction n'efface pas les faits susceptibles d'être sanctionnés par le juge pénal

Les contrats de transaction peuvent avoir pour objet de prévenir ou régler les litiges consécutifs à des manquements à des obligations de publicité et de mise en concurrence. La conclusion de ces contrats ne peut, en aucun cas, avoir pour effet de régulariser les irrégularités commises. La circonstance que de tels manquements puissent être réprimés au titre du délit de favoritisme (article 432-14 du code pénal) ne prive pas le recours à la transaction de sa légalité. La transaction permet d'éviter ou de terminer un contentieux indemnitaires mais ne saurait faire obstacle aux poursuites pénales auxquelles s'exposent les personnes ayant méconnu les dispositions du code des marchés publics ou d'autres textes du droit de la commande publique.

Dès lors, 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 de manquements à des obligations en matière de publicité et de mise en concurrence. Ils ne peuvent 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.

6. Homologation des transactions par le juge

6. 1. Encadrement des demandes d'homologation

6. 1. 1. Recevabilité des demandes présentées en cours d'instance

La conclusion d'une transaction en cours d'instance conduit normalement le requérant à se désister de son action. En l'absence de désistement, le juge est tenu de prononcer un non-lieu à statuer si la transaction a pour effet de régler le litige pendant (CE, 28 janvier 1994, Sté Raymond Camus et Cie, Lebon, p. 1041).

Toutefois, les parties peuvent demander au juge d'homologuer la transaction conclue postérieurement à sa saisine (CE, Sect., 19 mars 1971, Mergui). Des conclusions en ce sens peuvent être soumises au tribunal administratif, à la cour administrative d'appel ainsi qu'au Conseil d'État statuant comme juge de cassation (CE, Ass., 11 juillet 2008, Société Krupp Hazemag).

ANNEXE N° 1 (suite)

6. 1. 2. Irrecevabilité, sauf exceptions, des demandes présentées en dehors de toute instance

6. 1. 2. 1. Le Conseil d'État a jugé 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 (CE, Ass., Avis, 6 décembre 2002, Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de L'Hay-les-Roses).

Il a néanmoins admis qu'une telle demande d'homologation est recevable, notamment en matière de marchés publics et de délégations de service public, 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.

La circonstance que le contrôleur financier ou le comptable public exige qu'une demande d'homologation de la transaction soit adressée au juge ne peut constituer une difficulté particulière justifiant que le juge examine une telle demande (TA Grenoble, 2 mars 2004, Agence de maîtrise d'ouvrage des travaux du ministère de la justice et Société Dumez Rhône-Alpes, BJCP 2004, n° 35, p. 291).

La transaction emportant par elle-même des effets de droit, le recours à l'homologation par le juge administratif n'est donc pas nécessaire et doit rester exceptionnel.

6. 1. 2. 2. Le Conseil d'État a précisé le cadre de l'instance en homologation. La demande d'homologation présentée par les parties ou l'une d'entre elles 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. 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 juge fait application de celles des règles de procédure qui ne sont pas incompatibles avec la demande d'homologation. 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. 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. Le juge peut demander à toute personne de produire des observations susceptibles d'éclairer sa décision. Il peut ordonner aux parties à la transaction la production de tout élément susceptible de compléter son information et il peut refuser l'homologation au seul motif qu'il ne dispose pas des éléments d'appréciation nécessaires (TA Paris, 22 avril 2003, Sté KPMG, BJCP 2003, n° 30, p. 400). Il dispose de tous les moyens d'investigation mentionnés au titre II du livre VI du code de justice administrative.

ANNEXE N° 1 (suite et fin)

6. 2. Contrôle du juge et voies de recours

6. 2. 1. Avant d'homologuer la transaction, 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.

Si une de ces conditions n'est pas remplie, le refus d'homologation entraîne la nullité de la transaction. Si la transaction a été conclue en cours d'instance, le juge ne peut alors que rejeter la demande d'homologation et est amené à statuer sur les conclusions qui lui ont été soumises. Si la demande d'homologation a été présentée en dehors de toute instance, le juge prononce le rejet de la requête.

Dans le cas où le juge prononce l'homologation du contrat de transaction, sa décision est revêtue de l'autorité relative de la chose jugée.

6. 2. 2. Le jugement du tribunal administratif se prononçant sur la demande d'homologation présentée indépendamment de tout contentieux est susceptible d'appel mais ne peut faire l'objet que d'un pourvoi en cassation si le litige concerne une somme inférieure au seuil de 10 000 € (CE, 4 avril 2005, Sté Cabinet JPR Ingénierie, Lebon p. 139 ; articles R. 222-13 (7°), R. 222-14 et R. 811-1 du code de justice administrative).

La ministre de l'économie,
de l'industrie et de l'emploi,
Christine Lagarde

Le ministre du budget, des comptes publics,
de la fonction publique et de la réforme de
l'État,
Eric Woerth

ANNEXE N° 2 : Les articles 2044 et suivants du code civil.

Titre XV (du livre III du code civil) : Des transactions.

Article 2044

La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître.

Ce contrat doit être rédigé par écrit.

Article 2045

Pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction.

Le tuteur ne peut transiger pour le mineur ou le majeur en tutelle que conformément à l'article [467](#) au titre " De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation " ; et il ne peut transiger avec le mineur devenu majeur, sur le compte de tutelle, que conformément à l'article [472](#) au même titre.

Les communes et établissements publics ne peuvent transiger qu'avec l'autorisation expresse du roi (du Premier ministre).

Article 2046

On peut transiger sur l'intérêt civil qui résulte d'un délit.

La transaction n'empêche pas la poursuite du ministère public.

Article 2047

On peut ajouter à une transaction la stipulation d'une peine contre celui qui manquera de l'exécuter.

Article 2048

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.

Article 2049

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.

ANNEXE N° 2 (suite et fin)

Article 2050

Si celui qui avait transigé sur un droit qu'il avait de son chef acquiert ensuite un droit semblable du chef d'une autre personne, il n'est point, quant au droit nouvellement acquis, lié par la transaction antérieure.

Article 2051

La transaction faite par l'un des intéressés ne lie point les autres intéressés et ne peut être opposée par eux.

Article 2052

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.

Article 2053

Néanmoins, 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.

Article 2054

Il y a également lieu à l'action en rescision contre une transaction lorsqu'elle a été faite en exécution d'un titre nul, à moins que les parties n'aient expressément traité sur la nullité.

Article 2055

La transaction faite sur pièces qui depuis ont été reconnues fausses est entièrement nulle.

Article 2056

La transaction sur un procès terminé par un jugement passé en force de chose jugée, dont les parties ou l'une d'elles n'avaient point connaissance, est nulle.

Si le jugement ignoré des parties était susceptible d'appel, la transaction sera valable.

Article 2057

Lorsque les parties ont transigé généralement sur toutes les affaires qu'elles pouvaient avoir ensemble, les titres qui leur étaient alors inconnus, et qui auraient été postérieurement découverts, ne sont point une cause de rescision, à moins qu'ils n'aient été retenus par le fait de l'une des parties.

Mais la transaction serait nulle si elle n'avait qu'un objet sur lequel il serait constaté, par des titres nouvellement découverts, que l'une des parties n'avait aucun droit.

Article 2058

L'erreur de calcul dans une transaction doit être réparée.

ANNEXE N° 3 : La circulaire du 6 février 1995 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits.

JORF n° 39 du 15 février 1995

CIRCULAIRE

Circulaire du 6 février 1995 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits

NOR: PRMX9500645C

Paris, le 6 février 1995.

La transaction permet une gestion économe des deniers publics. La transaction allège la charge de travail des juridictions.

La transaction peut contribuer à l'efficacité des procédures contentieuses. Elle peut en effet prévenir de nombreux litiges d'une même nature. Ce résultat a été obtenu en matière d'accidents de la circulation. Il peut être obtenu, par exemple, dans le secteur de la responsabilité contractuelle. La réduction du nombre de procès permet de réduire les délais de jugement.

En outre, parce qu'elle permet de traiter, sans recours au juge, les litiges où les questions de fait l'emportent sur des questions de droit, la transaction permet de ne renvoyer aux juridictions que le traitement des litiges qui posent un problème juridique sérieux.

Enfin, la démarche transactionnelle et la démarche contentieuse, loin de s'opposer, se complètent et se confortent mutuellement. Une administration qui procède à un examen soigneux des réclamations dont elle est saisie afin de pouvoir, lorsque les circonstances de fait et de droit y conduisent, proposer une solution transactionnelle, ne sera amenée à privilégier la voie contentieuse qu'à bon escient. Dans ces conditions, les chances de voir les procédures contentieuses auxquelles elle est partie aboutir favorablement seront augmentées. Cette situation sera de nature à renforcer sa capacité de négociation lorsqu'elle engage une démarche amiable.

Je souhaite donc que vos services s'efforcent de recourir à la transaction pour résoudre les conflits dans tous les cas où, compte tenu des circonstances de fait et de droit, il apparaît clairement que l'État a causé un préjudice et doit l'indemniser.

Vous trouverez, en annexe à la présente circulaire, le rappel des règles qui s'appliquent à l'administration en matière de transaction. Vos collaborateurs pourront obtenir, auprès de l'agence judiciaire du Trésor, des renseignements complémentaires pour les guider dans ce domaine. Compte tenu de l'expérience de ce service, il pourrait d'ailleurs être souhaitable que vous organisiez, en liaison avec l'agence, des actions de formation permettant de familiariser les agents avec les règles et les techniques de la transaction.

ANNEXE N° 3 (suite)

ANNEXE

1. Principes généraux concernant la transaction

1.1. Définition de la transaction

La transaction est définie par l'article 2044 du code civil comme « un contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître. Ce contrat doit être rédigé par écrit ».

Il faut distinguer cette notion de concepts voisins comme la conciliation, la médiation et l'arbitrage:

- la conciliation et la médiation sont des procédures visant au règlement amiable d'un différend avant qu'une procédure juridictionnelle ne soit entamée ou menée à son terme; ces procédures peuvent donc déboucher, si elles réussissent, sur une transaction mais cette dernière peut également résulter d'un simple rapprochement des parties en présence et sans l'intervention d'un conciliateur ou d'un médiateur;

- l'arbitrage est également une procédure qui aboutit à faire trancher un litige en recourant non pas au juge normalement compétent, mais à des juges privés; sauf rares exceptions il n'est pas permis aux collectivités publiques de recourir à l'arbitrage.

La faculté de transiger a toujours été reconnue à l'État par le juge administratif (C.E. 23 décembre 1887 de Dreux-Brézé, évêque de Moulins, Rec. p. 842, conclusions Le Vavasseur de Précourt; C.E. 17 mars 1893, Compagnie du Nord, de l'Est et autres contre ministre de la guerre, Rec. P. 245).

1.2. Droit applicable aux transactions conclues par des personnes publiques

À l'origine, les transactions ont été considérées comme des contrats de droit privé, même lorsqu'elles étaient conclues par des personnes publiques (cf. T.C. 11 juillet 1908, Caisse d'épargne de Caen contre hospices civils de Caen, Sirey III, p. 154). La jurisprudence actuelle est différente: 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, la transaction revêt un caractère de droit public.

ANNEXE N° 3 (suite)

C'est le cas, par exemple:

- lorsque la transaction présente un lien étroit avec un contrat administratif ; ainsi en a-t-il été jugé pour les transactions relatives à des marchés de travaux publics (C.E. 23 octobre 1970, sieur Clot et société Oréface, Rec. p. 617) et il est permis de penser qu'un raisonnement identique prévaudrait pour toute transaction portant sur un litige né au cours de l'exécution d'un marché public;

- lorsqu'il s'agit d'une transaction relative à un dommage de travaux publics (C.E. 5 mai 1971, ville de Carpentras c. sieur Delhomme, Rec. p. 326; T.C. 26 octobre 1981, syndicat des copropriétaires de l'immeuble Armenonville c. ville de Cannes, A.J.D.A. 1982 p. 528).

Les règles énoncées par le juge administratif en matière de transaction s'inspirent des dispositions du droit privé (pour un exemple concernant une transaction en matière fiscale, cf. C.E. 28 septembre 1983, Soc.

Etablissement Prévost, Rec. p 376). Il lui arrive néanmoins d'adopter des solutions particulières. Celles-ci sont signalées dans les développements qui suivent.

1.3. Conditions de validité de la transaction

1.3.1. Les parties au contrat doivent avoir la capacité de transiger

L'article 2045 du code civil énonce que «>> pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction ». Cette capacité doit être vérifiée tant par le cocontractant que par l'administration.

1.3.1.1. S'agissant de la capacité du cocontractant, les points suivants doivent être soulignés :

1.3.1.1.1. Lorsque l'administration a affaire à une personne morale, elle doit toujours vérifier soigneusement si le représentant de celle-ci détient le pouvoir de transiger. Elle doit exiger la production des statuts et, si ceux-ci confient à un organisme collégial la compétence en matière de transaction, la délibération habilitant le mandataire social à négocier et à conclure la transaction.

1.3.1.1.2. S'il s'agit d'une société faisant l'objet d'une procédure collective, les règles suivantes sont applicables:

- en cas de redressement judiciaire, l'autorisation du juge commissaire est nécessaire à moins que les administrateurs n'aient été nommés avec un mandat leur permettant expressément de transiger ;
- en cas de liquidation, seul le liquidateur peut transiger à condition qu'il y soit autorisé par le juge commissaire.

ANNEXE N° 3 (suite)

1.3.1.1.3. Lorsqu'une transaction est conclue avec un avocat ou le représentant d'une partie pour mettre fin à un litige pendant devant les tribunaux, il y a lieu de distinguer deux hypothèses :

- si la procédure en cours concerne une juridiction judiciaire, le mandat de représentation en justice défini par l'article 417 du nouveau code de procédure civile est réputé permettre à celui-ci de proposer ou d'accepter des offres;

- si la procédure concerne le juge administratif, l'avocat ne peut transiger qu'en vertu d'un mandat exprès (C.E. section, 5 janvier 1966, sieur Hawezack, Rec. p. 6). En effet, l'article R. 107 du code des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel, qui traite de la représentation des parties, ne mentionne que les actes de procédure.

Bien entendu, en l'absence de procédure juridictionnelle, un avocat ne peut conclure une transaction au nom d'une personne morale que sous les mêmes conditions que tout mandataire social (cf. paragraphe ci-dessus).

1.3.1.1.4. Enfin, lorsque la transaction implique une personne incapable mineure ou majeure, les règles édictées par le code civil (articles 389 et suivants; articles 488 et suivants) doivent être respectées car leur méconnaissance est souvent sanctionnée par la nullité.

1.3.1.2. En ce qui concerne les autorités administratives habilitées à transiger, les règles suivantes sont applicables :

En l'absence de texte, la jurisprudence attribue à chaque ministre la compétence pour transiger au nom de l'État dans les matières qui relèvent de son département (C.E. 23 décembre 1887 de Dreux-Brézé, précité, et C.E. 8 avril 1921, Compagnie de la N'Goko-Sangha, Rec. p. 351).

Il en résulte que les directeurs d'administration centrale sont habilités à conclure des transactions au nom de leur ministre. Cette autorisation découle de la délégation générale de signature dont ils bénéficient, au même titre que la faculté d'ester en justice.

En ce qui concerne les services déconcentrés de l'État, la faculté de transiger n'est ouverte que si leurs responsables bénéficient d'une délégation à cet effet. C'est ainsi, par exemple, qu'en vertu d'une circulaire du ministre de l'équipement en date du 1er février 1990, les préfets ont compétence pour procéder à l'indemnisation des dommages matériels causés par les services déconcentrés de l'équipement lorsque la somme n'excède pas 50 000 F.

Enfin, certains textes donnent compétence à des autorités particulières pour transiger dans certaines matières. C'est notamment le cas pour l'agent judiciaire du Trésor, qui, en vertu de l'article 5 du décret n° 92-1369 du 29 décembre 1992, peut transiger pour les créances à recouvrer.

ANNEXE N° 3 (suite)

1.3.2. L'objet de la transaction doit être licite

L'article 6 du code civil dispose que l'on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs. Cette règle, applicable à tous les contrats et donc aux transactions, prend une force particulière lorsqu'elle s'applique aux personnes publiques.

1.3.2.1. La transaction en matière pénale constitue évidemment un domaine intéressant au premier chef l'ordre public. Il ne sera pas abordé ici car, en dehors de l'autorité judiciaire, il ne concerne que quelques administrations très spécialisées, notamment la direction générale des douanes et des droits indirects.

1.3.2.2. Les règles relatives à l'organisation de l'État, des services publics et des établissements publics sont d'ordre public et ne peuvent donner lieu à transaction. Ainsi, l'administration ne peut pas, par voie transactionnelle, renoncer à une compétence. Il ne lui est, bien sûr, pas permis de réaliser par le biais de la transaction des actions qui lui sont interdites par la loi, comme par exemple :

- aliéner une parcelle du domaine public (Cass. Req., 7 novembre 1892, veuve Dessales contre Veillas et Chamussy, Dalloz 1893 I, p. 61) ;

- procéder à la délimitation du domaine public (C.E. 20 juin 1975, Ferrand) ;

- déterminer l'étendue de ses pouvoirs de police (Cons. de préf. de Lille, 18 mai 1953, maire de Nouveaux contre Lagache, Dalloz 1953, p. 470).

1.3.2.3. Plus généralement, les questions de légalité sont hors du champ de la transaction. Ainsi 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 de recours contentieux n'est pas écoulé ou, pour les actes réglementaires, à son abrogation quel que soit le moment.

1.3.2.4. En principe, une collectivité publique ne peut pas transiger sur les effets de la chose jugée (C.E. 15 avril 1869, section de Saint-Lovand, S.1869.2.95). Sur ce point, la jurisprudence administrative est plus stricte que celle de la Cour de cassation. En effet, cette dernière a jugé à plusieurs reprises que, sauf lorsqu'une décision de justice statue sur des droits qui échappent à la libre disposition des parties (par exemple, les matières relatives à l'état des personnes), l'autorité de la chose jugée est une règle d'intérêt privé et qu'en conséquence une transaction est possible après un jugement, notamment pour régler les difficultés d'exécution posées par celui-ci.

En revanche, le Conseil d'État a considéré comme acceptable le fait de renoncer à se prévaloir de l'autorité de la chose jugée (26 juin 1974, société La Maison des isolants France, Rec. p. 365). Il a également admis une transaction portant sur les dépens d'une instance (25 février 1921, Larminier, Rec. p. 239).

ANNEXE N° 3 (suite)

1.3.3. La transaction doit prévenir ou terminer une contestation effective

Une transaction ne peut intervenir que pour régler un véritable différend, c'est-à-dire une situation où les points de vue des parties en présence sont en opposition. Elle n'a pas pour objet de résoudre des questions purement hypothétiques ou de réduire des incertitudes.

1.3.4. Des concessions réciproques doivent être consenties

1.3.4.1. En vertu d'une jurisprudence constante de la Cour de cassation, une transaction doit comporter des concessions réciproques. Ces concessions ne doivent pas obligatoirement être d'ampleur équivalente mais elles doivent avoir une consistance minimale. Une transaction dans laquelle une seule des parties consentirait à abandonner unilatéralement toutes ses prétentions constituerait une libéralité.

La Cour de cassation ne se livre cependant pas à un contrôle minutieux de la réalité des concessions réciproques. Elle considère que, dès lors qu'il n'y a pas d'inégalité flagrante traduisant une absence de concessions réciproques, il n'y a pas lieu de remettre en cause la transaction intervenue (Cass. civ. 18 novembre 1965, Bull. II 638). La position du juge administratif est plus stricte dans la mesure où il applique le principe selon lequel l'administration n'est jamais autorisée à payer une somme qu'elle ne doit pas.

1.3.4.2. L'administration ne peut pas payer plus qu'elle ne doit.

Le Conseil d'État a défini un principe général du droit selon lequel les personnes morales de droit public ne peuvent jamais être condamnées à payer une somme qu'elles ne doivent pas (C.E. section, 19 mars 1971, sieurs Mergui, Rec. p. 235, conclusions Rougevin-Baville).

Cette règle est d'ordre public (C.E. 11 juillet 1980, compagnie d'assurance La Concorde et M. Fourrel de Frettes, R.D.P. p. 1088). Aussi, lorsqu'il est saisi soit d'une demande d'homologation d'une transaction, soit d'un litige portant sur l'exécution de celle-ci, le juge administratif vérifie-t-il que les prétentions contre l'administration, qui ont servi de base à la négociation, étaient fondées. S'il estime que tel n'était pas le cas, il soulève d'office ce moyen pour écarter l'application de l'accord intervenu.

Ainsi, par exemple, lorsque l'administration transige pour régler un litige où sa responsabilité est mise en cause, elle ne peut accorder une indemnité que si sa responsabilité est établie et pour les seuls chefs de préjudice indemnisables. De même, il n'est pas possible de renoncer, par voie transactionnelle, à se prévaloir de la prescription quadriennale.

1.4. Effets de la transaction

Le principal effet de la transaction est naturellement d'obliger les parties à en exécuter les termes afin de régler définitivement leur litige.

ANNEXE N° 3 (suite)

Lorsque la transaction est régie par le droit commun (cf. 1.2. ci-dessus), les dispositions de l'article 2052 du code civil sont applicables: << 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. >> En droit public, en revanche, la transaction n'a pas l'autorité de la chose jugée à moins qu'elle n'ait fait l'objet d'un jugement d'homologation (cf. C.E. section, 19 mars 1971, sieurs Mergui, précité). Néanmoins, même en l'absence d'homologation, elle constitue un engagement contractuel qui peut être invoqué devant le juge en cas d'inexécution ou d'exécution incomplète ou tardive (C.E. 5 mai 1971, ville de Carpentras contre sieur Delhomme, Rec. p. 326).

En dehors de l'obligation d'exécution incombant aux parties, il est possible de distinguer trois types d'effets des transactions.

1.4.1. Effet extinctif

Lorsqu'une transaction a été régulièrement conclue et que les parties ont exécuté les obligations qu'elle comporte, elle fait obstacle à tout recours juridictionnel ultérieur concernant le litige concerné. Un tel recours serait déclaré irrecevable (C.E. 8 février 1956, dame Germain, Rec. p. 69; C.E. 31 mars 1971, sieur Baysse, Rec. t. p. 1116).

1.4.2. Effet relatif

Comme tout contrat, la transaction n'a d'effet qu'entre les parties (C.E. 15 janvier 1984, O.P.H.L.M. de la ville de Firminy, Rec. t. p. 672).

Toutefois, l'effet de la transaction s'étend aux personnes qui succèdent aux parties dans l'exercice de leurs droits et obligations. Ainsi une transaction dans laquelle le propriétaire d'un terrain jouxtant le domaine public a renoncé à demander une indemnité pour dépréciation de son fonds est-elle opposable aux tiers acquéreurs (C.E. 20 juillet 1910, Compagnie des chemins de fer de Paris-Lyon-Méditerranée, Rec. p. 594).

1.4.3. Effet réconfortif

La transaction a pour objet non de faire naître de nouveaux droits pour les cocontractants mais de constater ceux dont ils étaient déjà détenteurs avant la rédaction du contrat. Ainsi, lorsque le litige portait sur des droits immobiliers, la transaction n'a pas à être transcrite.

1.5. L'homologation de la transaction

Il peut arriver que les parties souhaitent obtenir une sanction juridictionnelle de la transaction qu'elles ont conclue. Cette démarche est assez fréquente pour les transactions intervenant entre des particuliers dans la mesure où le juge judiciaire se borne à entériner l'accord sans contrôler son contenu, sauf le cas de dénaturation. Elle est bien plus rare devant le juge administratif qui se livre à une vérification beaucoup plus étendue du respect, par l'administration, des règles d'ordre public auxquelles elle ne peut déroger.

ANNEXE N° 3 (suite)

2. Directives pratiques concernant la transaction

2.1. L'objectif d'une transaction est de parvenir au règlement complet d'un litige par des concessions équilibrées

L'administration doit évidemment veiller à ne pas rechercher à tout prix un règlement amiable du litige, qui la conduirait à des concessions excessives. Mais elle ne doit pas non plus rechercher par principe un arrangement désavantageux pour son partenaire. En effet, l'État n'est pas un agent économique comme les autres. Son objectif est de réaliser l'intérêt général et non d'obtenir des avantages injustifiés de la part d'un partenaire mal informé. S'il ne saurait payer plus qu'il ne doit, il a en revanche le devoir de payer ce qu'il doit.

2.2. L'administration doit procéder à un examen approfondi du dossier

2.2.1. Si le recours à la transaction accélère le règlement des litiges et peut entraîner de réelles économies pour les deniers publics, elle exige des services une réelle compétence juridique. Il faut en effet faire le travail d'analyse qui incomberait au juge si le différend était directement porté devant lui.

L'administration doit ainsi examiner les considérations de droit et de fait qui commandent l'issue du différend afin de pouvoir formuler des propositions de règlement amiable qui soient appropriées. Si cette analyse n'est pas réalisée, il est certain que la transaction qui interviendra sera défectueuse. Si elle est menée à bien correctement, en revanche, le résultat ne pourra que se révéler profitable. En effet, l'examen du dossier permet d'évaluer avec précision le risque contentieux encouru. L'administration peut alors conclure une transaction satisfaisante ou aborder dans les meilleures conditions la phase juridictionnelle s'il apparaît qu'une décision contentieuse sera plus favorable aux intérêts de la collectivité.

La transaction ne doit pas représenter un but en soi. Lorsque des questions importantes de droit se posent, pour lesquelles il n'y a pas de réponse assurée, ou lorsque la partie adverse émet des revendications manifestement infondées ou excessives, il vaut mieux laisser l'affaire aux tribunaux.

En revanche, lorsqu'un examen suffisant du dossier permet d'établir que l'administration encourt une responsabilité pécuniaire, il y a lieu de transiger. Encore faut-il alors évaluer les sommes dont l'administration pourra proposer le versement.

2.2.2. L'évaluation des sommes dues par l'administration

Les principes suivants doivent gouverner la détermination des préjudices indemnisables et l'évaluation des sommes que l'administration pourra offrir dans le cadre d'une transaction :

- le lien entre le comportement de l'administration et le préjudice allégué doit être direct ;

ANNEXE N° 3 (suite)

- le préjudice indemnisé peut être celui d'une victime directe ou d'un ayant droit; dans ce dernier cas, le lien avec la victime directe doit être vérifié ;
- le préjudice doit être actuel et certain; les préjudices futurs ne sont pas indemnisables, sauf s'ils constituent un prolongement direct et certain du préjudice actuel ;
- l'évaluation doit être faite suivant les règles qu'appliquerait le juge compétent s'il était saisi de l'affaire ;
- la réparation proposée doit permettre de couvrir tout ou partie du préjudice, mais ne doit pas excéder le montant de celui-ci.

2.2.2.1. Les évaluations sur justificatifs.

Dans un grand nombre de cas, les sommes offertes peuvent être déterminées en fonction des justificatifs fournis par le plaignant : pour les préjudices matériels, les devis de réparation ou les factures de travaux réalisés seront la base de l'évaluation.

Il faut signaler, à cet égard, que l'administration ne peut exiger que les travaux soient réalisés avant que la transaction n'intervienne. La victime peut d'ailleurs décider, une fois l'indemnisation transactionnelle perçue, de ne pas faire les réparations dont elle a fourni le devis.

En ce qui concerne les travaux immobiliers, il est conseillé de demander au plaignant qu'il fournisse au moins deux devis dès lors que les sommes en cause dépassent 10 000 F. Sauf exception, afin d'éviter toute contestation sur la bonne exécution de ceux-ci, l'administration ne doit pas s'engager à réaliser elle-même les travaux.

Sauf pour des biens à l'état neuf, un coefficient de réfaction doit normalement être appliqué pour tenir compte de la vétusté et de l'usage régulier des choses endommagées.

En ce qui concerne les préjudices économiques (perte d'exploitation, perte d'emploi avec reclassement professionnel...), l'administration doit se faire remettre les justifications nécessaires.

On rappellera, à ce sujet, que l'article L. 122 du livre des procédures fiscales permet d'opposer ses déclarations fiscales à toute personne qui réclame une indemnité à l'État.

2.2.2.2. Le recours à la jurisprudence.

Les préjudices physiques peuvent être évalués par référence à la jurisprudence des tribunaux. Suivant que le litige relèvera du juge judiciaire ou du juge administratif, on se reportera aux indemnités accordées par chacun de ces ordres de juridiction.

L'agence judiciaire du Trésor dispose d'une grande expérience en cette matière. Les administrations s'adresseront utilement à elle pour déterminer les montants financiers qui pourront être proposés.

ANNEXE N° 3 (suite)

2.2.3. L'expertise

En dehors des litiges portant sur des sommes peu élevées ou dans lesquels les faits sont simples et ne posent pas de problèmes juridiques, il est recommandé de recourir à un expert. Celui-ci peut intervenir tant pour évaluer le montant du préjudice indemnisable que pour éclairer l'administration sur l'existence d'un lien de causalité entre les agissements imputables à l'administration et les dommages causés.

Il n'est pas souhaitable que l'administration désigne un expert de façon unilatérale. En effet, la partie adverse pourrait mettre en cause son impartialité. Il est possible de demander au juge (administratif ou judiciaire, selon la nature du litige) de procéder à cette désignation par voie de référé.

2.2.4. Informer le contrôle financier avant de proposer une transaction au plaignant

Une transaction ne peut être conclue par un département ministériel sans l'aval du contrôleur financier. Ce dernier n'a aucune raison de considérer la transaction comme un mode anormal de règlement des litiges pécuniaires de l'État dès lors que celle-ci a été conclue sur des bases correctes. Cela étant, afin d'accélérer l'exécution des accords transactionnels ou d'éviter un éventuel refus de visa, il convient 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.

2.3. La rédaction du protocole transactionnel

S'il doit être constaté dans un écrit, le contrat de transaction n'est pas soumis à un formalisme particulier.

2.3.1. Dans la pratique, une transaction peut résulter d'un simple échange de lettres concrétisant l'accord intervenu entre les parties, qui emporte renonciation d'action ou désistement automatique. Une telle forme n'est adaptée que si l'affaire en cause est relativement simple, l'intérêt en jeu limité et le litige exactement circonscrit.

2.3.2. En revanche, si l'enjeu est important ou si l'affaire qui fait l'objet de la transaction présente une certaine complexité, il est préférable d'élaborer un véritable document contractuel qui sera signé par toutes les parties en cause.

ANNEXE N° 3 (suite)

Dans tous les cas, un protocole transactionnel devrait comporter les mentions suivantes :

- le nom des parties ayant qualité pour signer la transaction (cf. ci-dessus point 1.3.1) ;
- un rappel sommaire des faits, accompagné de leur date ; cette mention peut être utile dans le cas où l'administration est à l'origine de dommages successifs, car elle permet de s'assurer qu'il n'y a pas de double indemnisation pour un même dommage ;
- la référence éventuelle de l'expertise; si la transaction est fondée sur les conclusions d'un rapport d'expertise (médical ou non), il est souhaitable d'en faire état, le rapport figurant alors dans le dossier administratif ;
- le montant total de la somme à verser par l'État en précisant si ce montant est hors taxe ou non.

Si les préjudices sont détaillés (notamment pour le préjudice corporel, l'incapacité temporaire de travail, le *pretium doloris*, le préjudice esthétique), les sommes offertes peuvent être aussi détaillées.

Pour certains préjudices matériels accordés sur justificatifs, il convient de le signaler et de les joindre au protocole.

- le recours à des organismes tiers payeurs et des employeurs doit être pris en compte, soit parce que ceux-ci sont parties au protocole, soit parce qu'ils sont dédommagés par ailleurs; il convient alors de le mentionner afin d'éviter toute ambiguïté ultérieure ;
- une formule de renonciation à tout recours ultérieur portant sur les mêmes faits ou le désistement si un contentieux est en cours ;
- en cas d'instance en cours, il peut être également opportun de régler dans le protocole le sort des dépens et des frais irrépétibles, y compris ceux exposés, le cas échéant, en première instance.

2.4. L'exécution du protocole transactionnel

2.4.1. La crédibilité de l'administration vis-à-vis de ses partenaires, dans le cadre d'une négociation, dépend de sa capacité à exécuter promptement les stipulations dont elle sera convenue. Cela est particulièrement vrai lorsqu'il s'agit de régler à l'amiable un litige qui l'oppose à un usager ou à un cocontractant.

C'est pourquoi, une fois le protocole transactionnel conclu, il importe que l'administration procède très rapidement au règlement des sommes dues. Un retard exagéré à exécuter ses obligations peut conduire son partenaire à remettre en cause les termes mêmes du protocole, particulièrement si celui-ci a pour objet l'indemnisation de pertes d'exploitation ou le versement d'indemnités pour perte de jouissance.

ANNEXE N° 3 (suite et fin)

Pour éviter ces inconvénients, l'administration ne doit pas attendre la fin de la négociation transactionnelle pour préparer l'exécution du protocole, surtout si les sommes en cause sont importantes. Ainsi qu'il a été dit plus haut, il sera utile de prendre l'attache du contrôleur financier avant d'expédier une offre formelle d'indemnisation. De même, lorsque l'offre aura été acceptée, il sera nécessaire de réunir les documents nécessaires pour l'ordonnancement et le mandatement, et notamment les pièces justificatives exigées par les instructions de la comptabilité publique (instructions n° 89-41 - B 2, M.O. du 3 avril 1989, et n° 72-134 - B 1 du 6 novembre 1972).

2.4.2. 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 no B - 1 B - 98 du 19 octobre 1990.

Si le litige est de nature contractuelle, c'est-à-dire si la responsabilité de l'État 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'État 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.

EDOUARD BALLADUR

ANNEXE N° 4 : Avis du Conseil d'État n° 249153 du 6 décembre 2002.

Conseil d'État statuant au contentieux

N° 249153

Publié au recueil Lebon

AVIS ASSEMBLEE

M. Denoix de Saint Marc, président

M. Chantepy, rapporteur

M. Le Chatelier, commissaire du gouvernement

lecture du vendredi 6 décembre 2002

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu, enregistré le 30 juillet 2002 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, le jugement du 5 juillet 2002 par lequel le tribunal administratif de Melun, avant de statuer sur la demande du SYNDICAT INTERCOMMUNAL DES ETABLISSEMENTS DU SECOND CYCLE DU SECOND DEGRE DU DISTRICT DE L'HAY-LES-ROSES tendant à homologuer la convention transactionnelle qu'il a décidé de passer avec la société CDI 2000, a décidé, par application des dispositions de l'article L. 113-1 du code de justice administrative, de transmettre le dossier de cette demande au Conseil d'État, en soumettant à son examen les questions suivantes :

1°) 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 ? ;

2°) 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 ? ;

ANNEXE N° 4 (suite)

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code civil ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Chantepy, Conseiller d'État,

- les conclusions de M. Le Chatelier, Commissaire du gouvernement ;

I - 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.

II - 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. Si une de ces conditions n'est pas remplie, la non-homologation entraîne la nullité de la transaction.

III - 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. 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 juge fait application de celles des règles de procédure qui ne sont pas incompatibles avec une telle demande. 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.

Pour exercer le contrôle qui lui incombe, le juge dirige une instruction contradictoire, écrite ou orale.

ANNEXE N° 4 (suite et fin)

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.

Le juge peut demander à toute personne de produire des observations susceptibles d'éclairer sa décision. Il peut ordonner aux parties à la transaction la production de tout élément susceptible de compléter son information et il peut refuser l'homologation au seul motif qu'il ne dispose pas des éléments d'appréciation nécessaires. Il dispose de tous les moyens d'investigation mentionnés au titre II du livre VI du code de justice administrative.

La décision d'homologation est revêtue de l'autorité relative de la chose jugée.

Le présent avis sera notifié au tribunal administratif de Melun, au SYNDICAT INTERCOMMUNAL DES ETABLISSEMENTS DU SECOND CYCLE DU SECOND DEGRE DU DISTRICT DE L'HAY-LES-ROSES, à la société CDI 2000, au préfet du Val-de-Marne, au ministre de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales et au ministre de l'économie, des finances et de l'industrie.

Il sera publié au Journal officiel de la République française.