

JURISPRUDENCE

L'homologation juridictionnelle des transactions en droit administratif

**Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 6 décembre 2002,
Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré
du district de l'Haÿ-les-Roses et société CDI 2000**

Gilles LE CHATELIER

*Maître des requêtes au Conseil d'Etat
Commissaire du gouvernement*

1. Par un marché conclu le 2 avril 1999, le Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Haÿ-les-Roses a chargé la société CDI 2000 de la réalisation de divers travaux sur le bâtiment d'accueil du stade intercommunal de Chevilly-Larue. Ce marché a été déféré à la censure du juge par le préfet du Val-de-Marne qui estimait que la procédure de marché négocié, après que l'appel d'offres eut été déclaré infructueux, avait été irrégulière. Le Tribunal administratif de Melun devait lui donner raison et annuler par un jugement du 8 février 2000 le marché conclu le 2 avril 1999. Toutefois, le marché ayant été entre-temps complètement exécuté, se posait la question de la régularisation de la situation entre les parties. Celles-ci décidaient de se rapprocher et concluaient le 16 août 2001 une convention de transaction. Son article 1er reconnaissait que les travaux prescrits par le marché du 2 avril 1999 avaient été entièrement réalisés et son article 2 que la totalité des sommes correspondant aux travaux avait été réglée à l'entreprise. L'article 3 récapitulait les droits de cette dernière: 138 842,84 F pour les travaux et 20 000 F pour le préjudice que lui avait causé le maître d'ouvrage du fait de l'illégalité entachant le marché. L'article 4 constatait qu'une somme de 1 003,67 F était encore due à l'entreprise, née de la différence entre le décompte de l'article 3 et les sommes déjà versées. A l'article 5, la société CDI 2000 déclarait qu'elle était remplie de tous ses droits et renonçait à toute réclamation, même si l'article 6 réservait la question de ses obligations au titre de la garantie décennale. L'article 7 concluait la convention en indiquant qu'elle était soumise aux dispositions des articles 2042 et suivants du code civil, qu'elle avait l'autorité de chose jugée entre les parties et que toute contestation sur son interprétation relevait de la compétence du Tribunal de grande instance de Créteil.

Pourtant, pour une raison qui n'apparaît pas au dossier, le Syndicat intercommunal s'est adressé le 22 février 2002 au Tribunal administratif de Melun pour demander au juge d'homologuer la convention transactionnelle du 16 août 2001. Le Tribunal administratif de Melun a décidé de vous interroger pour avis en application des dispositions de l'article L. 113-1 du code de justice administrative. Il vous pose deux questions:

- le juge administratif peut-il donner acte, approuver ou homologuer au titre de ses attributions contentieuses un accord intervenu sous

la forme d'une transaction entre les parties aux fins de réparation d'un dommage, alors qu'aucun litige n'est introduit devant lui?

- dans l'affirmative, le juge administratif est-il compétent pour homologuer toute transaction ayant pour objet de mettre fin ou de prévenir tout différend de nature administrative, ou seulement des transactions qui comportent des clauses exorbitantes du droit commun ou qui sont relatives à des marchés ou à des dommages de travaux publics?

Aucune de ces deux questions n'est aisée à trancher et c'est pourquoi vos sous-sections réunies ont décidé de vous renvoyer la réponse à apporter à ces questions. En revanche, nous n'avons aucun doute pour estimer que les trois conditions de «recevabilité» posées par l'article L. 113-1 du code de justice administrative sont ici remplies: les questions sont nouvelles et assurément sérieuses, la possibilité de recourir à la transaction offerte aux collectivités publiques les rendent susceptibles de se poser dans de nombreux dossiers. A cet égard, on ne peut que se féliciter de la demande d'avis formée par le Tribunal administratif de Melun, alors que depuis quelques années plusieurs tribunaux administratifs ont été confrontés à ces questions et y ont apporté des réponses contrastées - nous y reviendrons.

2. Abordons la première question - sans doute la plus délicate - portant sur le pouvoir du juge administratif d'homologuer une transaction, indépendamment de tout litige introduit devant lui.

Avant d'examiner les problèmes spécifiques que pose cette question, nous voudrions d'abord procéder à un *rappel du régime de la transaction en droit administratif* (V. sur l'ensemble de cette question G. Chavrier, *Réflexions sur la transaction administrative*, RFDA 2000, p. 548 et s.).

La transaction obéit aux dispositions de l'article 2044 du code civil aux termes desquelles «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». Le recours à la transaction a d'abord été limité car considéré comme un abandon de droits par une personne publique, opération qui, comme telle, devait être encadrée. Ainsi, s'agissant de l'Etat, le décret des 27-31 août 1791 disposait que «s'il s'agit de transiger, l'agent du Trésor public pourra y être autorisé par les commis-

saies de la trésorerie; mais la transaction n'aura d'effet vis-à-vis de la Nation qu'après l'approbation du corps législatif». Pour les autres personnes publiques, le dernier alinéa de l'article 2045 du code civil prescrit que «les communes et les établissements publics ne peuvent transiger qu'avec l'autorisation expresse du Roi».

Cependant, ces limites ont assez rapidement cédé le pas devant les avantages qu'offre la voie transactionnelle, alors au surplus que d'autres voies de résolution des litiges comme l'arbitrage restaient résolument fermées aux personnes publiques par l'article 2060 du code civil. Vous avez ainsi rapidement estimé que les ministres avaient le pouvoir de transiger au nom de l'Etat (CE, 23 déc. 1887, *Evêque de Moulins c/ Etat*, D. 1889, p. 57 et s. concl. Le Vasseur de Précourt; 17 mars 1893, *Chemin de fer de l'Est et autres c/ Ministre de la Guerre*, D. 1894, p. 119 et s., concl. Romieu; 8 avr. 1921, *Compagnie de la N'Goko Sangha*, Rec. p. 351). Pour les collectivités locales et leurs établissements publics, la loi du 2 mars 1982 est venue définitivement les libérer de cette tutelle spécifique que mettait en œuvre l'article 2045 du code civil (Avis de la Section des travaux publics du CE, 21 janv. 1997, EDCE 1998, p. 184). L'article L. 2122-21 du code général des collectivités territoriales dispose que «le maire est chargé d'exécuter les décisions du conseil municipal et, en particulier (...) 7° de passer dans les mêmes formes les actes de (...) transaction, lorsque ces actes ont été autorisés conformément aux dispositions du présent code». Cette même liberté a été accordée de longue date aux départements par l'article 46 de la loi du 10 août 1871 (L. 3213-5 CGCT), les régions semblant avoir une nouvelle fois été «oubliées». Dans tous les cas, la transaction doit être approuvée par l'assemblée délibérante.

Quant aux établissements publics de l'Etat, vous jugez qu'ils restent aujourd'hui soumis à l'article 2045 du code civil, la forme républicaine du régime et les dispositions de l'article 21 de la Constitution relatives au titulaire du pouvoir réglementaire vous ayant conduits à remplacer l'autorisation du Roi par celle du Premier ministre (CE, 14 déc. 1998, *Chambre d'agriculture de La Réunion*, Rec., tables, p. 729). Si, aux termes de ces dispositions, il semble qu'une autorisation expresse soit nécessaire pour chaque transaction, vous avez cependant admis que l'insertion dans les statuts de l'établissement public d'une disposition prévoyant sa capacité à transiger pouvait ici suffire (Avis de la Section des travaux publics du 21 janvier 1997 précité). Et nombreux sont aujourd'hui les établissements publics ayant ce pouvoir (par exemple, pour les établissements publics hospitaliers V. l'article L. 714-4 du code de la santé publique).

Par ailleurs, le recours à la transaction a été largement encouragé, s'agissant d'un moyen de résoudre de manière plus rapide les litiges et de désencombrer la justice administrative. L'article 13 de la loi du 31 décembre 1987 avait renvoyé à des décrets en Conseil d'Etat le soin de déterminer dans quelles conditions les litiges contractuels ou mettant en jeu la responsabilité extracontractuelle des collectivités publiques pouvaient être soumis à une procédure préalable soit de recours administratif, soit de conciliation. La difficulté de la tâche n'ayant pas permis l'adoption desdits décrets, votre rapport «Régler autrement les conflits» (Doc. fr. 1993) devait relancer la réflexion sur ces sujets en prônant, entre autres, un recours accru à la transaction. Suivant ses recommandations, la circulaire du Premier ministre du 6 février 1995 (JO

p. 2518 et s.) a encouragé son utilisation en soulignant l'économie pour les deniers publics qui pouvait en résulter, notamment en matière de paiement d'intérêts de retard. Le législateur est également venu soutenir ce mouvement en étendant le bénéfice de l'aide juridictionnelle aux démarches visant à conclure une transaction avant l'introduction de l'instance, par l'article 1er de la loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998.

Un champ spécifique de l'activité administrative traditionnellement familier de la technique de la transaction est bien évidemment le secteur fiscal où cette possibilité existe depuis l'intervention des ordonnances des 30 janvier et 13 février 1822. L'article L. 247 du livre des procédures fiscales prévoit que «L'administration peut accorder sur la demande du contribuable (...) 3° Par voie de transaction, une atténuation d'amendes fiscales ou de majoration d'impôts lorsque ces pénalités et, le cas échéant, les impositions auxquelles elles s'ajoutent ne sont pas définitives». L'article L. 251 du livre des procédures fiscales prévoit que lorsque la transaction est devenue définitive, aucune procédure contentieuse ne peut plus être engagée ni reprise pour remettre en cause les pénalités qui ont fait l'objet de la transaction ou les droits eux-mêmes. Un mécanisme similaire est prévu en matière douanière par l'article 350 du code douanier. Toutefois, la transaction dans ces hypothèses ne semble plus vraiment de nature contractuelle, mais plutôt révéler un acte unilatéral dont l'intervention est conditionnée par l'attitude ou un agissement du particulier concerné (CE, 14 sept. 1945, *Dame Noury*, Rec. p. 190). Ces dispositifs doivent être rapprochés de l'article 6 du code de procédure pénale qui prévoit que l'action publique peut s'éteindre par transaction lorsque la loi en dispose expressément et qui connaît des applications particulières dans plusieurs polices spéciales (chasse, pêche, sécurité aérienne...).

La transaction est également pratiquée par les collectivités publiques dans le domaine des accidents de la circulation, l'article 24 de la loi du 5 juillet 1985 leur rendant applicables les dispositions de l'article L. 211-9 du code des assurances imposant à la personne responsable de proposer à la victime une offre d'indemnité dans un délai maximal de huit mois à compter de l'accident.

Bien qu'il soit difficile d'évaluer l'importance du recours à la transaction par les administrations, votre rapport de 1993 les évaluait à plusieurs dizaines de milliers par an dont 15 à 20 000 pour la seule matière fiscale, 7 à 8 000 pour les refus de concours de la force publique pour les expulsions locatives et 2 à 3 000 dans le domaine de la police de la pêche, de la chasse et de la protection des forêts. En matière de responsabilité extracontractuelle, les établissements hospitaliers poursuivent depuis quelques années une politique systématique de transaction pour la réparation des accidents médicaux conduisant à la conclusion de plusieurs dizaines de transactions par an (V. à titre d'exemple, A. Levasseur, *Les transactions: l'exemple de l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris*, AJDA 1997, p. 54 et s.). En revanche, tous les auteurs s'accordent pour dire qu'elle reste très peu pratiquée en matière de litiges de marchés publics.

3. Bien qu'il s'agisse d'un moyen de prévention du contentieux, vous avez eu à connaître *du bien-fondé des transactions conclues par l'administration* et ce à plusieurs titres. D'abord, dans l'hypothèse aujourd'hui réservée aux seuls établissements publics de

l'Etat, vous êtes amenés à contrôler la légalité d'un décret du Premier ministre autorisant un établissement à transiger pour régler un litige donné (CE, 23 avr. 2001, *Ceccaldi-Raynaud*, n° 215552 à publier). De même, vous pouvez être conduits à connaître, sur déferé du préfet, de la légalité d'une délibération d'une assemblée délibérante autorisant son exécutif à conclure une transaction (CE, 8 déc. 1995, *Commune de Saint-Tropez*, Rec. p. 432; AJDA 1996 p. 448 et s., note de V. Haïm; 29 déc. 1997, *SEMSAT*, n° 154320). Vous pouvez également, au titre du régime des autorisations de plaider prévu à l'article L. 2132-5 du code général des collectivités territoriales, vérifier si un contribuable communal a intérêt à être autorisé à introduire une action en nullité au nom de la commune contre une transaction que celle-ci aurait conclue pour mettre fin à un contrat de délégation de service public (CE, 29 déc. 2000, *Comparat*, Rec. p. 658; BJCP 2001, n° 17, p. 337 et s. concl. P. Fombour.

4. Mais, surtout, vous êtes conduits depuis fort longtemps à *prendre en compte des transactions conclues en cours d'instance par les parties à l'occasion d'un litige de plein contentieux introduit devant le juge*. Dans une telle hypothèse, comme l'écrivait le président Odent (Cours de contentieux administratif, p. 1590 et s.), en général une fois la transaction conclue, le demandeur se désiste purement et simplement de son action, estimant alors ses revendications satisfaites. Il ajoutait «Mais, il peut arriver, notamment pour éviter des difficultés avec le contrôle financier ou le comptable public chargé du paiement, que les parties veuillent sanctionner leur accord par une décision juridictionnelle: c'est ce que le droit judiciaire privé connaît et pratique sous le nom de «contrat judiciaire».

Face à cette situation, votre attitude a varié, dépendant en réalité largement de l'objet des conclusions des parties ayant conclu la transaction (CE, 7 oct. 1981, *Agence nationale pour l'indemnisation des Français d'outre-mer c/ Sahuc*, Rec. p. 355).

D'abord, et conformément aux effets qui s'attachent à cette dernière, vous vous contentez parfois d'estimer que l'action perd son intérêt pour la partie qui l'introduit. Dès lors, vous jugez que la demande portant sur le même objet que celui qui a donné lieu à la transaction est irrecevable (CE, 8 juill. 1925, *Renaud*, Rec. p. 653; 11 déc. 1987, *Boulacheb et Khelfa*, Rec. p. 417; 28 nov. 1990, *Office public d'HLM de la Meuse*, Rec., tables, p. 871) et symétriquement que l'intervention d'une transaction en cours d'instance justifie qu'il n'y ait plus lieu de statuer sur les demandes satisfaites par cette convention (CE, 9 juill. 1929, *Quillery*, Rec. p. 703; CE, Sect., 26 juill. 1935, *Dame Moussempés*, Rec. p. 902; CE, 30 oct. 1974, *Commune de Saint-Pierres-Bois c/ Gohin*, Rec. p. 525; 28 janv. 1994, *Société Raymond Camus et Cie*, Rec., tables, p. 1041).

Mais, vous avez aussi admis de pouvoir *sanctionner ou homologuer l'accord des parties si elles vous le demandaient*, revêtant ainsi clairement celui-ci de l'autorité de chose jugée. Pour reconnaître l'existence de ces «contrats judiciaires», deux voies se sont offertes à vous.

Selon la première, vous avez estimé que naît du rapprochement des conclusions des parties ou de leur acquiescement sur tel ou tel point du litige, un accord implicite mais clair entre elles qui constitue un contrat judiciaire assimilable à une transaction que le

juge ne peut ignorer et dont il lui appartient de donner acte aux parties (CE, Sect., 9 févr. 1934, *Chemin de fer du Nord c/ de Brigode*, Rec. p. 194). Si cet accord a été constaté par le juge de première instance, ce contrat judiciaire ne peut plus être remis en cause par les parties en appel (CE, 24 mars 1944, *Sieur et Dlle Canel*, Rec. p. 102; 9 nov. 1949, *Marquis c/ Ville de Pantin*, Rec. p. 470; 23 avr. 1958, *Ministre des PTT c/ Cachard*, Rec. tables, p. 993). Toute l'originalité de cette construction vient de ce que l'acquiescement devant le juge se voit paré des qualités d'une véritable transaction, alors même qu'aucune convention écrite n'aurait effectivement été conclue entre les parties. Malgré tout, le juge accepte de donner acte de cet accord dans le dispositif de sa décision (CE, Sect., 9 févr. 1934, *Chemin de fer du Nord c/ de Brigode*, préc.).

La seconde voie est celle où une convention est formellement intervenue entre les parties en cours d'instance qui demandent alors au juge de donner acte de cet accord. Vous avez solennellement admis cette possibilité par votre décision de Section du 19 mars 1971 *Mergui* (Rec. p. 235 et s. concl. Rougevin-Baville) qui, bien qu'elle pouvait se prévaloir de plusieurs précédents (cf. notamment, CE, 26 déc. 1917, *Dame Linthout*, Rec. p. 855), a pleinement reconnu l'existence de ce pouvoir d'homologation par le juge administratif de transactions conclues par les parties en dehors de lui. Au niveau du dispositif, soit vous sanctionnez les termes de l'accord en condamnant expressément la partie redevable à payer la somme due (CE, Sect., 19 mars 1971, *Mergui*, préc.), soit vous admettez pouvoir entériner purement et simplement l'accord (CE, 30 janv. 1974, *Commissaire du gouvernement près la Commission d'arrondissement des dommages de guerre d'Avignon c/ Vernet*, Rec. p. 73; 7 oct. 1981, *Agence nationale pour l'indemnisation des Français d'outre-mer c/ Sahuc*, préc. même si dans cette dernière espèce, le dispositif de votre décision ne procède pas à cette homologation). Dans cette hypothèse, il ne fait aucun doute que l'autorité de chose jugée s'attache à ces décisions.

5. Que vous soyez saisis du bien-fondé d'une transaction ou que les parties vous demandent d'en produire tous les effets à l'occasion d'un litige de plein contentieux qui peut aller jusqu'à son homologation, vous avez ainsi été conduits à définir un régime de la transaction administrative qui emprunte sur de nombreux points à celui mis œuvre par les juridictions judiciaires sur la base du code civil.

D'abord, vous avez pleinement fait vôtre le principe figurant au premier alinéa de l'article 2045 du code civil selon lequel «Pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction». Comme nous l'avons dit, vous vérifiez que la transaction ait été autorisée, si une telle autorisation est nécessaire, avant de vous prononcer sur sa validité (CE, 14 déc. 1998, *Chambre d'agriculture de La Réunion*, préc.). De même, le juge vérifie que l'avocat concluant une transaction au nom d'un particulier disposait d'un mandat de celui-ci (CE, Sect., 5 janv. 1966, *Hawezack*, Rec. p. 6) ou que l'autorité administrative qui l'a fait au nom de l'Etat disposait bien d'une délégation régulière pour ce faire (TA Melun, 4 déc. 2001, *Ministre de la Défense*, BJCP n° 23, p. 308 et s., concl. Jarrige). S'agissant de la capacité du signataire à conclure une transaction, vous êtes en présence d'une question qu'il vous faut soulever d'office conformément à votre jurisprudence

selon laquelle le moyen tiré de l'incompétence du signataire d'un acte contractuel engageant une collectivité publique est d'ordre public (CE, Sect., 28 janv. 1977, *Ministre de l'Economie et des Finances c/ Société Heurtey*, Rec. p. 50).

De même, conformément au principe figurant à l'article 6 du code civil selon lequel on ne peut pas déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs, la transaction ne peut couvrir en droit administratif certains objets. Ainsi, elle est exclue lorsqu'il s'agit d'intervenir par contrat dans une matière où le recours à ce dernier est proscrit, qu'il s'agisse d'aliéner le domaine public (Cass. req., 7 nov. 1892, *Veuve Dessales c/ Veillas et Chamussy*, D. 1893, 1, p. 61) de procéder à sa délimitation (CE, 20 juin 1975, *Ferrand*) ou de déterminer l'étendue des pouvoirs de police d'une autorité administrative (Cons. préfecture de Lille, 18 mai 1953, *Maire de Mouveaux c/ Lagache*, D. 1953, p. 470).

Se rattache selon nous au même principe le fait qu'une transaction ne peut être conclue quand sont en jeu des questions de légalité. En effet «il n'est pas possible à l'administration, sauf exception prévue expressément par la loi, de s'engager par un contrat ayant force obligatoire à exercer d'une façon particulière les prérogatives que la loi lui confère dans l'intérêt général. L'ordre public y fait obstacle» (A. Lyon-Caen, Sur la transaction en droit administratif, AJDA 1997, p. 48 et s.). Symétriquement d'ailleurs, nous ne croyons pas qu'un citoyen puisse valablement renoncer à son droit à exercer un recours devant le juge qui lui est garanti par la Constitution (Cons. const., 9 avr. 1996, Rec. p. 43; CE, 20 janv. 2001, *Mme Coren*, n° 211878 à publier au *Recueil*). Ainsi, vous avez d'ailleurs jugé qu'un administré ne peut renoncer à l'avance à exercer un recours pour excès de pouvoir (CE, Ass., 19 nov. 1955, *Andréani*, Rec. p. 551; CE, 2 févr. 1996, *Société Etablissement Crocquet*, Rec. p. 26).

6. Vous avez cependant introduit dans le régime de la transaction en droit administratif une particularité, en admettant que vous deviez exercer un contrôle du fond des transactions plus approfondi que celui auquel se livrent les juridictions judiciaires. Selon l'article 2052 du code civil, «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». Votre jurisprudence s'est d'abord fait l'écho de cette conception en considérant que l'intervention d'une transaction met fin aux litiges entre les parties (CE, Sect., 24 janv. 1930, *Société des grands travaux de Marseille et autres c/ Ministre de la Marine*, Rec. p. 112), le juge ne pouvant y passer outre (CE, Sect., 9 févr. 1934, *Chemin de fer du Nord c/ de Brigode*, préc.). Ainsi, vous estimez qu'une transaction qui couvre en termes très généraux la réparation du préjudice causé à un particulier lors d'un accident, lui interdit de réclamer un complément d'indemnité justifié par l'aggravation éventuelle des conséquences dommageables de l'accident survenue postérieurement à la conclusion de la transaction (CE, 8 févr. 1956, *Dame Germain*, Rec. p. 69; 25 juill. 1975, *Dame Ill*, Rec. p. 442). De même, une transaction régulièrement conclue ne peut être entachée d'irrégularité si elle est affectée d'une erreur matérielle, portant par exemple sur le montant de la somme due (cf. en matière de transaction fiscale CE, Sect., 28 sept. 1983, *Société des établissements Prévost*, Rec. p. 376, concl. M. Bissara).

Vous avez également tiré les conséquences des dispositions de l'article 2051 du code civil aux termes desquelles «la transaction faite par l'un des intéressés ne lie point les autres intéressés et ne peut être opposée par eux», en jugeant que la transaction n'a d'effet qu'entre les parties et ne peut faire obstacle à l'éventuelle action d'un tiers (CE, 28 nov. 1990, *OPHLM de la Meuse*, préc.).

Cependant, malgré ces rapprochements, une différence majeure continue de distinguer le régime de la transaction administrative. Certes, le juge judiciaire accepte de vérifier un certain nombre d'éléments relatifs au fond de la transaction. Outre le contrôle de l'objet de la transaction, il s'assurera que la transaction comporte bien des concessions réciproques, ce qui la distingue de la conciliation judiciaire (Cass. soc., 28 mars 2000, D. 2000, Jur. p. 537, note J. Savatier), qu'elle ne fait pas suite à une procédure irrégulière (pour la nullité de la transaction intervenue à la suite d'un licenciement prononcé dans des formes irrégulières Cass. soc., 2 déc. 1997, Bull. civ. V, n° 416) ou qu'elle ne fait pas obstacle à une règle de droit de niveau supérieur (pour une transaction écartée car empêchant l'application de l'article 85-1 du Traité de Rome, Cass. com., 26 mars 1979, JCP 1979, II, n° 19249, note F. C. Jeantet). De même, conformément à l'article 2053 du code civil, une erreur sur l'objet de la transaction est une cause de nullité: pour une transaction conclue par des parties qui ont cru à tort que le champ de leurs prétentions étaient limité (Cass. soc., 24 nov. 1998, Bull. civ. V, n° 515); dans l'hypothèse d'une transaction conclue à la suite de désordres affectant une construction, alors que certaines malfaçons n'ont été révélées que postérieurement (Cass. 3e civ., 24 mai 1978, Bull. civ. III, n° 221); ou pour une convention conclue sur la base d'une erreur de fait concernant le solde d'une opération (Cass. 1re civ., 13 déc. 1972, Gaz. Pal. 1973, 1, p. 293; Cass. 3e civ., 1er avr. 1971, Bull. civ. III, n° 242). Enfin, plus globalement, le juge judiciaire refuse d'homologuer une transaction qui ne préserve pas les droits de chacune des parties (Cass. soc., 18 juill. 2001, Bull. civ. V, n° 279). Le dernier alinéa de l'article 2053 du code prévoit également que la transaction peut être rescindée dans les cas où il y a dol ou violence.

Mais, la jurisprudence de la Cour de cassation nous semble distinguer la question de l'importance de la créance, qui ne constitue pas une erreur sur l'objet de la transaction, de celle de son existence qui, elle, relève du contrôle du juge. Concrètement, cela amènera le juge judiciaire à vérifier que la transaction n'est pas sans cause et qu'elle est bien le fruit de concessions réciproques, mais pas à contrôler au-delà le montant de la somme sur laquelle les parties se sont accordées.

C'est précisément ici que se situe la différence notable avec le contrôle qu'exerce le juge administratif. Comme l'exprimait le président Romieu dans ses conclusions sur votre décision *Chemin de fer du Nord c/ Ministre de la Guerre* du 17 mars 1893 (D. 1894, 3, p. 124), s'agissant du pouvoir reconnu aux ministres de transiger au nom de l'Etat: [ceux-ci] «ne peuvent pas, non plus, engager les finances de l'Etat sans aucune espèce d'obligation préexistante; c'est, pour employer une expression plus brutale, dire qu'ils ne peuvent pas faire de libéralités, les deniers de l'Etat ne pouvant servir qu'à payer les services faits». Dès lors, dans votre examen de la régularité d'une transaction administrative, vous vous attachez à vérifier qu'une collectivité publique n'est pas conduite à payer une somme qu'elle ne doit pas, cette interdiction

étant d'ordre public et devant être soulevée d'office par le juge (CE, 29 avr. 1957, *Société commerciale de l'Ouest africain*, Rec. p. 271; CE, Sect., 19 mars 1971, *Mergui*, préc.). Pour reprendre la formule devenue célèbre du président Rougevin-Baville, il vous appartient lorsque vous êtes saisis de conclusions tendant à ce que vous homologuiez une transaction «d'examiner au préalable sur quelle sorte de marchandise on vous invite à apposer ainsi votre label» (Rec. p. 244). Comme le relevait les chroniqueurs autorisés de l'arrêt *Mergui*, le fondement de cette solution, qui la distingue nettement de la pratique des juridictions judiciaires, trouve son origine dans le fait qu'il appartient au juge administratif de protéger les deniers publics, toute carence à ce titre pouvant porter atteinte au principe d'égalité devant les charges publiques (AJDA 1971, p. 274 et s., chron. D. Labetoulle et M. Cabanes). Une transaction qui ne respecterait pas ce principe serait contraire à l'ordre public et à ce titre entachée de nullité.

Ainsi, par exemple, une transaction qui interviendrait dans le champ de la responsabilité extracontractuelle ne peut en venir à réparer un préjudice qui n'existe pas (CE, 2 avr. 1971, *Ministre de la Santé publique et de la Sécurité sociale c/ Marchand*, Rec. p. 273) ou qui n'a pas de lien direct avec l'agissement administratif incriminé (CE, Sect., 3 janv. 1975, *Ministre de l'Aménagement du territoire, de l'Équipement, du Logement et du Tourisme c/ Epoux Paya*, Rec. p. 11).

S'agissant de transactions intervenues en matière contractuelle, le juge vérifie que l'indemnité due à la personne publique pour la rupture d'un contrat provoquée par le cocontractant n'est pas minorée au regard de ses droits (TA Paris, 5 mars 2002, *Département des Hauts-de-Seine et Société les équipements de la Col-line*, BJCP n° 24) et que des concessions effectives ont été consenties par les deux parties dans lesquelles ont été pris en compte les intérêts de la collectivité publique (TA Strasbourg, 26 sept. 1999, *Société MS Aménagements c/ Conseil régional d'Alsace et autres*, BJCP n° 10, p. 165 et s., concl. F. Malvosio; TA Melun, 26 févr. 2002, *Préfet du Val-de-Marne c/ Commune de Fontenay-sous-Bois*, BJCP n° 23, p. 305 et s., concl. A. Jarriage). Ainsi, saisis au titre du régime des autorisations de plaider, vous avez considéré que l'action en nullité d'une transaction que le contribuable communal se proposait d'engager au nom de la commune était sans intérêt pour elle, dès lors qu'en cas de réussite ladite action pouvait aboutir à ce que la ville soit condamnée à payer une indemnité supérieure à celle qu'elle s'était engagée à verser par la voie transactionnelle (CE, 29 déc. 2000, *Comparat*, préc.).

S'agissant toujours des marchés, vous vous livrez à un examen approfondi des droits des parties sur les différents éléments de l'indemnité transactionnelle, refusant de considérer que le prix initialement convenu suffise nécessairement à les prendre correctement en compte. Ainsi, dans l'hypothèse d'un marché annulé, vous vérifiez si et de quelle manière l'indemnité transactionnelle reprend les différents éléments auquel le cocontractant a droit: la somme des dépenses utiles exposées par le cocontractant au profit de la collectivité, augmentée éventuellement de la réparation du préjudice subi par le cocontractant du fait de la faute constituée par l'illégalité entachant le marché, y compris, le cas échéant la privation du bénéfice qu'il escomptait de l'exécution du marché, le montant total de l'indemnité ne pouvant dépasser celui du prix du marché (CE, 23 mai 1979,

Commune de Fontenay-le-Fleury, Rec. p. 226; 8 déc. 1995, *Commune de Saint-Tropez*, préc.; 29 déc. 1997, *SEMSAT*, préc.; TA Lille, 20 nov. 2001, *Préfet du Pas-de-Calais*, BJCP n° 23, p. 302 et s., concl. Lepers). Cette jurisprudence traduit selon nous à la fois votre souci de protéger les deniers publics mais également le fait que vous estimez, comme les juridictions judiciaires, qu'une transaction pour être régulière implique des concessions réciproques des parties.

Cette démarche vous conduit également à veiller à ce que les droits de la partie privée soient eux-mêmes respectés. Vous jugez en effet que constitue un moyen d'ordre public le fait que des conclusions soient mal dirigées contre une personne privée (CE, Sect., 17 mars 1978, *SA Entreprise Renaudin*, Rec. p. 140, concl. J.-M. Galabert). Surtout, dès qu'une transaction intervient dans le domaine contractuel, la théorie de l'enrichissement sans cause constitue ici la meilleure protection des droits des entreprises privées auxquelles est au moins dû le remboursement des dépenses utiles exposées par elles au profit de la collectivité (CE, Sect., 2 déc. 1938, *Laily*, Rec. p. 905; CE, 19 avr. 1974, *Société entreprise Louis Segrette et autres*, Rec., tables, p. 1052).

7. Après ce trop long rappel, vous pourriez douter de l'intérêt de la question que vous a adressée le Tribunal administratif de Melun, tant le régime et la pratique de la transaction paraissent bien établis en droit administratif. Pourtant, plusieurs tribunaux administratifs ont été saisis depuis au moins trois ans de demandes d'homologation de transaction indépendamment de tout litige. La plupart d'entre eux ont admis avoir ce pouvoir, que ce soit pour accepter d'homologuer la transaction (TA Strasbourg, 28 sept. 1999, *Société MS Aménagement c/ Conseil régional d'Alsace et autres*, préc.; TA Versailles, 24 déc. 2001, *SAMAN c/ Société IBM France*, BJCF n° 23, p. 308; TA Melun, 4 déc. 2001, *Ministre de la Défense*, BJCP n° 23, p. 308 et s., concl. A. Jarriage; TA Toulouse, 24 oct. 2002, *Université de Toulouse-le-Mirail et Société Penauille Polysécurité*, n° 02/2143) ou pour refuser de le faire pour un motif tenant à la régularité de la transaction et non à la limite des pouvoirs du juge (TA Paris, 5 mars 2002, *Département des Hauts-de-Seine et Société les équipements de la Col-line*, préc.). Mais, d'autres tribunaux administratifs ont refusé de se reconnaître une telle compétence.

Cette pratique peut s'inspirer des textes qui existent devant les juridictions judiciaires. En effet, le décret n° 98-1231 a introduit un article 1441-4 dans le nouveau code de procédure civile aux termes duquel: «Le Président du tribunal de grande instance, saisi sur requête par une partie à la transaction, confère force exécutoire à l'acte qui lui est présenté». La loi n° 99-957 du 22 novembre 1999, modifiant l'article 3 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991, précise que les transactions ainsi homologuées par le juge constituent bien un titre exécutoire, donnant ainsi leur plein effet à ces jugements d'homologation. Le pouvoir réglementaire, puis le législateur sont donc intervenus pour renforcer la force juridique des transactions, montrant ainsi que les seules dispositions de l'article 2052 du code civil n'étaient pas toujours nécessairement suffisantes.

8. A ce stade, on peut légitimement douter de l'intérêt de reconnaître au juge administratif un tel pouvoir général d'homologation des transactions.

D'abord, parce que dans de très nombreux domaines, l'homologation par le juge n'apportera rien par rapport à la force juridique de la transaction simple. Les dispositions de l'article 2052 du code civil qui prévoient que les transactions ont entre les parties l'autorité de la chose jugée en dernier ressort suffisent dans de nombreux cas pour conclure des conventions qui auront l'autorité nécessaire pour se voir exécuter par les parties. C'est ce qu'indique à juste titre la circulaire du premier ministre du 6 février 1995 et nous avons d'ailleurs rappelé tout à l'heure que vous tiriez toutes les conséquences d'une transaction conclue sur un éventuel contentieux ultérieur.

Ensuite, il peut sembler paradoxal de venir «juridictionnaliser» une procédure de conciliation dont l'objet même est d'éviter de recourir au juge. A l'heure où les réflexions sur le mode de règlement non contentieux des litiges continuent d'avoir tout leur sens, la reconnaissance d'un pouvoir général d'homologation des transactions par le juge administratif pourrait avoir pour effet de réintroduire l'intervention du juge dans des dispositifs conçus pour s'en abstraire. A tout le moins, cette objection ne doit pouvoir être surmontée que dans des hypothèses où le recours à la transaction «simple» se heurterait à des obstacles tels que son utilisation même par les collectivités publiques serait mise en cause.

9. Or, il nous semble que dans un certain nombre d'hypothèses, l'utilité de la fonction d'homologation pourrait se révéler pleinement.

La matière du contentieux des marchés publics en offre un exemple particulièrement éclairant. C'est d'ailleurs quasi exclusivement dans ce domaine que les tribunaux administratifs ont été saisis dans les dernières années de demandes d'homologation directe. En effet, le recours à la transaction s'est imposé depuis quelques années comme un moyen de permettre le paiement des prestations effectuées par le cocontractant de l'administration alors que le contrat conclu ne le permettait plus. Plusieurs hypothèses peuvent être ici évoquées. Tel sera le cas si le marché a été déclaré nul par le juge du contrat ou annulé à la suite d'un déféré du préfet ou si le juge de l'excès de pouvoir a annulé l'acte détachable décidant de conclure le contrat. On peut également admettre qu'une collectivité publique qui a des doutes sérieux sur la régularité d'un marché conclu souhaite régulariser la situation par l'intermédiaire d'une transaction. Enfin, peut également se présenter l'hypothèse où la prestation aurait été assurée sans qu'aucun contrat n'ait été conclu.

Précédemment, les collectivités publiques - pour résoudre ce type de situations - procédaient très largement par la voie du marché de régularisation. Or cette voie est aujourd'hui presque totalement fermée, car ces marchés tombent le plus souvent sous le coup de plusieurs irrégularités : le fait qu'ils sont conclus *intuitu personae* alors que, compte tenu de leur seuil, une procédure d'appel d'offres aurait été nécessaire (CE, 27 mai 1998, *Commune d'Agde*, Rec., tables, p. 1019, concl. C. Bergeal; BJCP n° 1, p. 31 et s.); le fait qu'ils ont reçu un commencement d'exécution avant leur notification en infraction aux règles du code des marchés publics (articles 39 et 250 de l'ancien code des marchés publics, repris à l'article 79 du nouveau code). Dès lors, seule l'intervention d'une transaction paraît de nature à régulariser la situation. Vous avez d'ailleurs jugé que la conclusion d'une transaction constituait une voie d'exécution appropriée d'une décision

juridictionnelle annulant l'acte détachable décidant de signer le contrat, la saisine du juge d'une action en déclaration de nullité du contrat n'étant pas la seule voie requise (CE, 14 mai 2001, *Avrillier*, n° 194410 à mentionner aux tables).

Mais, les collectivités publiques et leurs cocontractants ont alors rencontré divers obstacles. Le premier d'entre eux a trait à l'application des règles de la comptabilité publique.

Comme on le sait, le comptable lors du paiement doit, conformément aux articles 12 et 13 du décret du 29 décembre 1962 portant règlement général sur la comptabilité publique, contrôler la validité de la créance. Ce contrôle porte sur la justification du service fait, l'exactitude des calculs de liquidation, l'intervention préalable des contrôles réglementaires et la production des justificatifs et enfin sur l'application des règles de prescription et de déchéance. Très clairement - et vous avez eu l'occasion de le réaffirmer avec force à plusieurs reprises - ces dispositions ne donnent pas au comptable le pouvoir de se faire juge de la légalité des décisions administratives (CE, 19 oct. 1951, *Simon*, Rec. p. 486; CE, Sect., 5 févr. 1971, *Ministre de l'Economie et des Finances c/ Balme*, Rec. p. 105, concl. F. Grévisse; CE, 8 juill. 1974, *Ministre de l'Economie et des Finances c/ Méry, Florence et Brevard*, Rec. p. 405; CE, Sect., 23 mai 1980, *Commune d'Evau-les-Bains*, Rec. p. 239, concl. D. Labetoulle, AJDA 1981, p. 157 et s.), les juridictions financières procédant à la même interprétation (C. comptes, 28 mai 1952, *Marillier, receveur de la commune de Valentigney*, Grands arrêts de la jurisprudence financière, n° 15, p. 148 et s.; 21 janv. 1988, *Mlle Benoît, Commune de Civray*, Rec. p. 125; 5 nov. 1992, *Cettour et Cheylan, Commune de Nice*, Rec. p. 112; Rev. adm. n° 276).

En revanche - et fort logiquement - le comptable ne peut assurer le paiement d'un acte dont la nullité ou l'illégalité aura été reconnue par le juge administratif (C. comptes, 28 mai 1952, *Marillier*, préc.) ou qui serait juridiquement inexistant (C. comptes, 6 oct. 1989, *Trésorier Payeur Général de Meurthe-et-Moselle*, Rev. adm. 1991; Rec. p. 245), puisque dans cette hypothèse il y aura bien défaut de pièce justificative au sens des textes réglementant la comptabilité publique. Il refusera ainsi de payer des prestations assurées en vertu d'un marché annulé ou déclaré nul et un marché de régularisation ne sera pas suffisant, la jurisprudence des juridictions financières ayant adopté la même position que vous à leur égard (C. comptes, 1er juill. 1993, *Mme Soldevilla, comptable du Syndicat intercommunal du sud de la Corse*, Grands arrêts de la jurisprudence financière, n° 17, p. 161 et s.; 12 et 20 oct. 1989, *Trésorier Payeur Général du Var*, Rev. adm. n° 261, p. 246, note Fabre).

Une transaction suffira-t-elle à lever ses hésitations? Dans la pratique, la réponse est aujourd'hui négative du fait de l'interprétation que donne la circulaire de la Direction de la comptabilité publique n° 324/97 selon laquelle «le recours à la transaction ne peut [...] régulariser l'irrégularité commise par une collectivité qui s'est exonérée des règles prévues au code des marchés publics [...] le comptable ne peut effectuer le paiement des sommes dues sur la présentation d'une transaction au lieu et place d'un marché».

Un tel inconvénient peut être surmonté par la réquisition du comptable par l'ordonnateur. Cela étant, le risque n'aura été que déplacé vers ce dernier qui pourra se voir traduit devant la Cour

de discipline budgétaire et financière en application des dispositions de l'article L. 313-6 du code des juridictions financières qui punit toute personne qui, dans l'exercice de ses fonctions, aura, en méconnaissance de ses obligations, procuré à autrui un avantage injustifié entraînant un préjudice pour le Trésor. A cet égard, une transaction simple peut être considérée comme insuffisante par l'ordonnateur pour encourir un tel risque.

De même, la transaction « simple » connaît d'autres limites. Ainsi, si elle n'est pas revêtue de l'autorité d'une décision juridictionnelle, elle ne bénéficie pas des voies d'exécution prévues par le code de justice administrative et notamment pas des dispositifs d'astreinte (CE, 1er févr. 1984, *Société de promotion et de réalisation hospitalières*, Rec. p. 32). Rappelons également qu'au titre de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991, elle ne constitue pas non plus un titre exécutoire, contrairement aux décisions juridictionnelles prises par le juge administratif.

Enfin, plus généralement, l'homologation nous paraît pouvoir remplir une fonction réparatrice qui mérite d'être soulignée.

Ainsi, il nous semble que ce mécanisme doit être permis dans les hypothèses où le recours à l'homologation par le juge est une nécessité pour l'administration qui ne disposerait pas sinon d'autres voies de droit régulières pour régler la situation à laquelle elle est confrontée après qu'une irrégularité a été commise. A cet égard, le domaine de l'exécution des contrats dont la passation est soumise à des règles de mise en concurrence préalable nous paraît constituer un bon exemple de cette situation. Il s'agit ici principalement des marchés publics et des délégations de service public, d'autres cas étant sans doute admissibles. Vis-à-vis de ces contrats, il s'agit pour le juge d'accomplir son office jusqu'au bout de sa mission qui comprend aussi le fait d'offrir aux personnes publiques des voies de droit régulières pour venir réparer les effets des illégalités qu'ils ont pu commettre. Depuis quelques années, les progrès du contrôle de la légalité des procédures de passation des marchés et des délégations de service public ont permis de créer les conditions du respect de l'état de droit dans un domaine où il était auparavant de bon ton de railler l'office du juge pour son intervention trop tardive. Mais, cette nouvelle donne ne doit pas non plus aboutir à créer des situations inextricables dans lesquelles les parties n'auraient aucune issue pour se mettre en conformité avec le droit, avec toutes les répercussions que cela peut avoir sur la vie économique du pays. Même si la matière des marchés publics et des délégations de service public constitue sans doute celle où une telle procédure devrait rencontrer un certain succès, elle doit pouvoir être employée dans d'autres hypothèses où une nouvelle intervention du juge, poursuivant jusqu'à son terme sa mission, sera nécessaire pour venir régulariser une situation irrégulière.

10. Deux objections pourraient cependant vous retenir pour admettre ce nouveau dispositif d'homologation juridictionnelle.

D'abord, vous pourriez vous demander si les fonctions d'un tel mécanisme ne pourraient pas être assurées par d'autres moyens juridictionnels. Rien n'empêcherait effectivement - en l'état actuel des choses - les parties d'engager un contentieux indemnitaire devant le juge administratif pour ensuite venir lui demander d'homologuer en cours d'instance une transaction qu'ils auraient déjà en fait conclue au préalable, pouvoir que vous vous reconnaissez

depuis fort longtemps comme nous l'avons vu. Toutefois, nous avons quelque peine à recommander un tel procédé qui, outre son caractère purement artificiel, aboutit à rallonger inutilement la procédure. Dans le même sens, votre récente jurisprudence qui admet que le cocontractant de l'administration puisse à tout moment introduire des conclusions indemnitaires à l'occasion d'un litige où la nullité du contrat serait reconnue (CE, Sect., 20 oct. 2000, *Société Citecable Est*, Rec. p. 457) pourrait permettre de régulariser la situation d'un marché déjà exécuté, mais elle le ferait à l'issue de délais plus longs qu'une action en demande d'homologation. Surtout, cette voie de droit resterait fermée aux parties dans l'hypothèse où c'est le juge d'appel qui prononcerait au final la nullité du marché. De même, elle ne peut être utilisée si le juge se contente d'annuler l'acte détachable du contrat formalisant la décision de le conclure.

Le second obstacle est plus fondamental : vous revient-il de créer par voie prétorienne une telle voie d'accès au juge ? Si une partie de la doctrine vous y invite (cf. obs. P. Terneyre, BJCP n° 23, p. 312 et 313 ; F.-C. Bernard, *Recourir à la transaction dans le domaine de contrats publics*, Actualité de la commande et des contrats publics, n° 9, mars 2002, p. 14 et s.), d'autres auteurs vous dissuadent de sauter le pas (P. Soler-Couteaux et J.-J. Louis, *Du bon usage de la transaction administrative dans les contrats publics*, Contrats et marchés publics, déc. 2002, Rec. p. 4 et s. ; T. Dal Farra, *La transaction administrative : vers une voie prétorienne d'homologation directe*).

Nous n'avons pas de doute à considérer qu'il s'agirait bien ici d'une création prétorienne. Contrairement à ce qui a pu être fréquemment écrit, une telle action ne relève pas de la mission de conciliation que les tribunaux administratifs peuvent exercer en vertu de l'article L. 211-4 du code de justice administrative, pour au moins une raison tirée de ce que tout l'intérêt de la procédure d'homologation de la transaction par le juge réside dans le fait de revêtir celle-ci de l'autorité de chose jugée.

Dès lors, il s'agit bien d'admettre une nouvelle voie d'accès au juridictions administratives qui ne relève selon nous ni de l'excès de pouvoir, ni du plein contentieux, là où il a fallu l'intervention du décret puis de la loi pour instaurer une telle procédure devant le juge judiciaire.

Trois considérations nous invitent cependant à vous le proposer.

Tout d'abord, ce ne serait pas la première fois que vous accepteriez d'étendre par voie prétorienne à la juridiction administrative une voie de d'accès au juge existant devant le juge judiciaire, tout en l'adaptant aux spécificités du contentieux administratif. Vous avez ainsi déjà procédé chaque fois que vous avez considéré qu'une telle transposition répondait à un souci de bonne administration de la justice ou de comblement un vide préjudiciable à son bon fonctionnement (par exemple, pour le recours direct en interpellation CE, 26 juill. 1912, *Compagnie d'Orléans et du Midi*, Rec. p. 889, concl. Riboulet, ou pour le recours en rectification d'erreur matérielle CE, 23 janv. 1918, *Ministre des Travaux publics*, Rec. p. 58 et 4 mars 1955 *Veuve Sticotti*, Rec. p. 131). Vous ne vous refusez à une telle opération que si elle est contraire aux textes régissant la matière administrative (par exemple, pour l'interdiction de recourir à l'arbitrage CE, Sect., 3 mars 1989, *Société des autoroutes de la région Rhône-Alpes*, Rec. p. 69,

concl. E. Guillaume) ou incompatible avec eux (à propos du référé provision CE, Sect., 20 juin 1980, *Société Gaz de France*, Rec. p. 284, concl. M. Rougevin-Baville). Or, en l'espèce, la procédure d'homologation ne se heurte à aucun obstacle de cet ordre.

Le second motif est tiré de ce que depuis votre décision *Mergui* vous vous êtes pleinement reconnus ce pouvoir d'homologation lorsque vous écriviez: «Si à l'occasion d'un litige, une collectivité publique a offert de verser une indemnité à la victime d'un dommage, si cette offre a été acceptée et si les parties concluent à ce que le juge administratif sanctionne l'accord ainsi réalisé, il n'appartient à la juridiction compétente de donner acte de cet accord qu'à la condition que ce dernier ne méconnaisse aucune règle d'ordre public». Il ne s'agit ici que de faire tomber la proposition introductive pour pouvoir accepter d'exercer ce nouveau pouvoir.

En dernier lieu, si vous refusiez de vous reconnaître un tel pouvoir, le juge judiciaire pourrait sans doute l'exercer à votre place sur la base des dispositions précitées de l'article 1441-4 du nouveau code de procédure civile. D'ores et déjà, un certain nombre d'administrations semblent avoir choisi cette voie de droit, ce qui apparaît d'autant moins étrange que la question de la nature des transactions à homologuer pose également une question de compétence sur laquelle nous reviendrons dans quelques instants.

11. Compte tenu de l'ensemble de ces éléments, nous ne vous proposerons d'admettre l'action en homologation de transaction que comme *une voie d'accès au juge ayant un caractère exceptionnel*. Il convient en effet d'éviter que l'administration se croit désormais tenue de faire homologuer par le juge l'ensemble des transactions qu'elle conclut, y compris dans des hypothèses où leur conclusion et leur exécution ne posent pas de difficultés particulières, le principe demeurant celui de la force obligatoire de la transaction vis-à-vis des parties, compte tenu des dispositions de l'article 2052 du code civil.

Comme nous l'avons dit, le domaine des marchés publics et des délégations de service public devrait être particulièrement intéressé par cette nouvelle procédure, du fait de l'interdiction de la pratique des marchés de régularisation, cette difficulté ne se retrouvant pas dans d'autres champs contractuels comme, par exemple, celui des contrats des agents publics ou celui des conventions d'occupation domaniale. En revanche, cette nouvelle voie de droit doit également pouvoir se rencontrer dans certaines hypothèses de responsabilité extracontractuelle.

Si, raisonnant toujours à partir de l'exemple des marchés, nous voulons tenter d'explorer les hypothèses où ce nouveau pouvoir du juge administratif devait être sollicité, celles-ci seraient principalement les suivantes: celle où la transaction intervient après que le marché initial a été déclaré nul ou que le juge a annulé la décision de le conclure, celle où la transaction est intervenue car les parties avaient des doutes sérieux sur la régularité du marché qu'elles avaient conclu, enfin celle où la transaction vient régler une difficulté d'exécution d'un marché ou mettre un terme à celui-ci si la difficulté en cause ne pouvait être réglée par d'autres moyens, sauf à ce que l'administration n'en vienne à commettre une nouvelle irrégularité. Il s'agit bien évidemment d'une *faculté* offerte aux parties et en aucun cas d'une obligation pour elles. De même, et même si nous avons hésité sur ce point, nous pensons

qu'il vous faut admettre que le juge administratif puisse venir homologuer une transaction conclue pour régulariser une situation où aucun marché n'aurait été au préalable passé. En effet, il nous semble à la réflexion difficile d'établir une distinction entre les différentes causes d'irrégularité ayant justifié le recours à la procédure d'homologation. A ce titre, si une irrégularité grave était en cause, l'homologation par le juge administratif ne serait en aucun cas de nature à empêcher l'intervention du juge pénal.

12. Ces principes étant posés, il convient de s'interroger sur la nature et l'étendue de la tâche du juge administratif lorsqu'il serait saisi d'une demande d'homologation.

Tout d'abord, *plusieurs conditions de recevabilité* nous semblent devoir être posées. En premier lieu, le texte soumis à la demande d'homologation doit être une transaction définitivement conclue par les parties et approuvée par elles. En particulier, elle doit avoir préalablement fait l'objet d'une approbation par les organes compétents (assemblées délibérantes pour les collectivités locales, conseils d'administration pour les établissements publics) et d'une transmission au contrôle de légalité si celle-ci est imposée par les textes. De même, la demande d'homologation devra avoir été effectuée par les deux parties, même si l'article 1441-4 du nouveau code de procédure civile ne requiert que l'action d'un des deux cocontractants, cette formalité nous semblant nécessaire pour protéger les deniers publics et prévenir toute manœuvre éventuelle. En revanche, la demande n'est pas soumise aux procédures dont l'accomplissement serait normalement requis avant de pouvoir saisir le juge, comme par exemple le système complexe de réclamation préalable mis en place par le CCAG. De même, le recours au ministère d'un avocat ne nous paraît devoir être imposé que dans les seuls cas où celui-ci est nécessaire pour l'introduction de l'action tendant à ce que le juge tranche le litige auquel la transaction met fin ou qu'elle a pour objet de prévenir.

Pour l'examen de la demande, le juge devra faire application des règles de procédure ordinaire qui ne sont pas incompatibles avec les caractéristiques et l'objet de cette nouvelle voie de droit. En particulier, le juge devra communiquer la demande d'homologation à toute personne qu'il lui semblera utile d'appeler devant lui.

Une fois saisi, le juge administratif devra exercer son contrôle sur la transaction en reprenant l'ensemble des éléments qui sont d'ores et déjà soumis à votre examen: licéité de l'objet, compétence de l'autorité ayant transigé, respect des règles d'ordre public. C'est bien évidemment ce dernier point qui est le plus délicat puisque le juge devra à la fois faire application de la théorie de l'enrichissement sans cause et réparer le préjudice éventuel résultant pour le cocontractant de l'illégalité commise par l'administration, mais aussi s'abstenir d'imposer à une collectivité publique le paiement d'une somme qu'elle ne doit pas, tout cela en s'assurant que les deux parties ont consenti des concessions réciproques! Même si cela peut paraître complexe et surtout inhabituel pour le juge administratif, vous assurez déjà une telle tâche depuis que vous acceptez d'homologuer des transactions en cours d'instance.

A cet égard, la demande d'avis que vous a adressée le Tribunal administratif de Melun vous offre l'opportunité de venir préciser votre jurisprudence *Mergui*. En effet, depuis l'intervention de cette décision, les commentateurs les plus variés se sont plu à mettre en

exergue l'écart qui semblait exister entre les conclusions du président Rougevin-Baville qui ne semblait admettre qu'une forme de «contrôle restreint» sur les concessions que consent l'administration en transigeant et les termes de la décision dont la formulation semblait appeler une vérification plus approfondie. Parce que, si vous nous suivez, les tribunaux administratifs seront plus souvent confrontés à cette difficulté, une précision nous paraît s'imposer. Vous pourriez d'abord choisir une voie radicale consistant à abandonner ce contrôle du montant de la transaction, mais nous ne voyons pas pourquoi les principes solides qui avaient présidé à l'adoption de votre jurisprudence *Mergui* devraient être aujourd'hui ignorés. Aussi, parce que la conclusion d'une transaction doit laisser une certaine marge de négociation à l'administration pour peser l'intérêt des concessions auxquelles elle consent, il nous semble que l'exercice d'un contrôle limité devra être préconisé. Pour établir cette solution, il nous semblerait pertinent de reprendre l'expression qu'utilisait le président Romieu dans ses conclusions sur l'affaire *Chemins de fer de l'Est* et ainsi vérifier qu'en transigeant l'administration ne consent pas de libéralités. Vous avez quelque fois eu à faire application de cette notion (CE, 6 mars 1914, *Syndicat de la boucherie de la ville de Châteauroux*, Rec. p. 308; 25 nov. 1927, *Société des établissements Arbel*, Rec. p. 1114) et le Conseil constitutionnel a eu lui-même l'occasion de rappeler que la Constitution s'oppose à ce que des biens faisant partie de patrimoines publics soient cédés à des personnes poursuivant des fins d'intérêt privé pour des prix inférieurs à leur valeur (Cons. const., 25-26 juin 1986, Rec. p. 71 et 72). Il s'agira donc de mettre en balance, d'une part, la valeur de la part de sa créance à laquelle renoncera l'administration et, d'autre part, l'avantage au regard de l'intérêt général que représente la conclusion de la transaction, notamment en termes de résolution plus rapide du litige. Un déséquilibre trop marqué entre les deux termes de l'équation sera alors la marque d'une libéralité de la part de la collectivité publique que vous ne pourrez valider. Ce mode de raisonnement, où vous admettez qu'une collectivité publique puisse renoncer à une partie de la valeur «monétaire» de ses biens, ne vous est pas inconnu puisque vous l'avez déjà pratiqué, par exemple, en validant la cession par une commune d'un terrain à une entreprise pour un franc symbolique, dès lors que cette opération était justifiée par un motif d'intérêt général et trouvait sa contrepartie dans la création de plusieurs emplois sur le territoire communal (CE, Sect., 3 nov. 1997, *Commune de Fougerolles*, Rec. p. 391).

13. Il est vrai que cette nouvelle voie de droit pose une difficulté dans l'accomplissement de ce contrôle, même limité, tenant au fait que les deux parties qui s'adresseront au juge présentent les mêmes conclusions et sont donc d'accord en tous points. Nul n'est ici besoin d'attendre un quelconque débat contradictoire, propice par son âpreté à faire jaillir la lumière de la vérité contentieuse. Cependant, nous ne croyons pas que le juge soit ici complètement démuné. D'abord, dans les hypothèses où les parties reviendront devant lui après qu'il aura censuré une opération conduite par l'administration, il disposera déjà d'un certain niveau d'information. Ensuite, au titre de ses pouvoirs d'investigation, le juge doit être à même de demander aux parties de l'éclairer sur la méthode suivie pour le calcul de l'indemnité transactionnelle et de lui fournir tous les éléments nécessaires pour apprécier le montant des dépenses utiles exposées par le cocontractant au profit de la collectivité publique. A cet égard, il ne nous semblerait pas incongru que, dans certains cas, le juge recoure éventuellement à une procédure qui serait pour partie orale, voire, dans certaines

hypothèses particulièrement complexes, à l'expertise. Enfin, si le juge s'estimait insuffisamment éclairé sur tous ces points, il nous paraît souhaitable qu'il refuse alors de faire droit à la demande d'homologation, puisqu'il n'aura pas été mis en mesure de contrôler les éléments qu'il lui appartient de vérifier. En revanche, il ne lui appartient pas de rectifier tout ou partie des éléments soumis à son homologation, car cela reviendrait selon nous à méconnaître les termes de la demande dont l'ont saisi les parties.

Nous nous permettons de vous proposer de prévoir un soutien supplémentaire dans la conduite de cette procédure, tenant au fait que le juge a l'obligation de mettre en cause le préfet si la transaction concerne une collectivité locale. Outre que celui-ci pourra disposer d'éléments fiables d'information, sa présence à l'instance nous paraît souhaitable pour animer la contradiction si nécessaire. Elle répondra ainsi à un souci exprimé par une partie de la doctrine selon laquelle l'homologation de la transaction par le juge priverait de tout effet l'exercice par le préfet de sa mission de contrôle de légalité sur ce point, méconnaissant ainsi les termes de l'article 72 de la Constitution. A ce titre, il reviendra au tribunal administratif de choisir ce qu'il veut faire de la demande d'homologation de la transaction si la délibération l'approuvant a également fait l'objet d'un déferé préfectoral. Le fait que seule une transaction déjà soumise au contrôle de légalité puisse être homologuée évitera selon nous que le préfet soit mis devant le fait accompli d'une décision juridictionnelle.

14. Pour finir, nous voudrions ajouter un mot sur les effets des jugements d'homologation que rendra le juge administratif.

Deux conceptions nous paraissent ici possibles. La première serait d'emprunter aux juridictions judiciaires leur conception selon laquelle l'homologation n'a pas d'effet sur la transaction, ce qui se traduit notamment par le fait que le refus d'homologation n'a pas pour effet de faire disparaître celle-ci (V. sur la nature de l'homologation comme acte «perfecteur», C. Fardet, La notion d'homologation, *Droits* 1999, p. 181 et s.). A cet égard d'ailleurs, la question de la nature des décisions rendues en application du nouvel article 1441-4 du nouveau code de procédure civile a suscité un débat nourri en doctrine pour savoir si le juge civil rendait des décisions ou non juridictionnelles à ce titre (V. R. Perrot, L'homologation des transactions, *Procédures août-sept.* 1999, p. 3 et s.; Y. Desdevises, Les transactions homologuées : vers des contrats juridictionnalisables, *D.* 2000, *Chron.* p. 284 et s.; Cass. avis, 20 oct. 2000, TGI Saint Nazaire, *JCP* 2001, p. 438 et s.).

Cette solution ne nous paraît pas pouvoir être transposée à la procédure administrative contentieuse pour deux raisons. D'abord, vous n'intervenez pas dans le même contexte juridique que le juge judiciaire à qui, d'une part, est posée la question de la limite entre la sphère de l'autonomie contractuelle des parties et l'office du juge et, d'autre part, doit se prononcer sur la nature ou non juridictionnelle de l'intervention du juge de l'homologation compte tenu notamment de l'existence des compétences gracieuses du juge civil (sur tous ces aspects I. Balensi, L'homologation judiciaire des actes juridiques, *RTD civ.* 1978, p. 42 et s. et 233 et s.). Ensuite, il nous semble que le contrôle plus approfondi que vous exercez sur le montant même de la transaction doit logiquement avoir pour conséquence que l'homologation en tant que telle produise des effets de droit étendus. Admettons d'ailleurs que si tel n'était pas le cas, une partie importante des avantages que procurerait cette nouvelle

procédure apparaîtrait plus incertaine. Vous mènerez ainsi jusqu'à son terme la logique de votre jurisprudence *Mergui* qui reconnaît qu'en droit public le libre consentement des parties à la transaction rencontre des obstacles spécifiques aux collectivités publiques.

Aussi, nous vous proposerons une seconde conception selon laquelle l'homologation aura pour effet de valider le contrat de transaction lui-même. A notre sens, dès lors, il n'y a pas de différence entre les effets d'une transaction agréée au cours d'une instance à l'occasion d'un litige porté devant le juge et ceux d'un même acte homologué indépendamment de toute action au fond. Aussi, revêtu de l'autorité de chose jugée, le jugement nous paraît devoir constituer un titre exécutoire et être justiciable des procédures d'exécution forcée telle l'astreinte. En revanche, l'autorité de chose jugée qui s'attache à l'homologation n'a pas d'effet sur la régularité de l'acte qui justifie la conclusion de la transaction : l'homologation ne vaut que ce sur quoi il a été transigé. De même, l'intervention de ce jugement sera sans effet sur d'autres procédures juridictionnelles et en particulier sur celles diligentées par le juge pénal pour délit de favoritisme en application de l'article 432-14 du code pénal : l'homologation de la transaction ne produit ses effets que dans l'ordre administratif et ne saurait en aucun cas constituer un brevet de validité générale.

Cette position aura, selon nous, quelques conséquences. Dans l'hypothèse où la transaction est homologuée par le juge, il nous semble qu'elle est alors pleinement revêtue, en application des dispositions de l'article 2052 du code civil, de l'autorité de la chose jugée en dernier ressort et qu'en conséquence un tel jugement de ne peut plus faire l'objet que d'un recours en cassation. Cette position rejoindrait d'ailleurs celle des juridictions judiciaires qui considèrent traditionnellement qu'une décision juridictionnelle qui ne statue sur aucune contestation n'est pas susceptible d'appel, seule la voie de la cassation étant ouverte aux personnes entendant la contester.

Si le juge refusait d'homologuer, deux hypothèses devraient être distinguées : soit ce rejet est lié à des conditions de recevabilité - par exemple, l'absence du ministère d'avocat ou le défaut de transmission préalable au contrôle de légalité - ou au fait que le juge s'est estimé insuffisamment éclairé par les parties et la portée de la chose jugée sera réduite ; soit le refus d'homologation s'appuie sur un motif de fond - défaut de qualité pour conclure la transaction, objet illicite, libéralité consentie à tort par une collectivité publique - et, dans cette hypothèse, l'exercice du contrôle du juge doit aboutir à rendre nulle la transaction qui lui est soumise, sous peine de rendre son contrôle sans portée effective. Là encore, et par souci de symétrie, la seule voie du recours en cassation nous paraît devoir être ouverte aux parties. Ajoutons que le fait que les tribunaux administratifs soient appelés à juger dans cette matière en premier et dernier ressort est également un facteur d'accélération de la procédure, les avantages de rapidité de l'homologation juridictionnelle ne se satisfaisant peut-être pas d'une procédure pouvant comporter trois échelons de juridictions.

Ainsi, et sous les conditions que nous venons d'exprimer, nous vous proposons de répondre à la première question que le juge administratif peut effectivement être saisi d'une demande d'homologation de transaction dans les hypothèses et les conditions que nous avons définies.

15. La deuxième question nous retiendra heureusement beaucoup moins longtemps même si elle est, elle aussi, délicate. La question est en effet ici simple : est-ce au juge administratif de procéder à ces homologations ou une telle tâche doit-elle revenir au juge judiciaire ? La réponse à cette question nécessite de se prononcer sur la nature administrative ou non des contrats de transaction.

Contrairement à ce qui a pu être écrit ici ou là, cette question n'est pas clairement tranchée par votre jurisprudence et deux thèses s'affrontent en doctrine. Pour la première, la transaction, conformément aux dispositions de l'article 2044 du code civil, est un contrat auquel il convient d'appliquer les critères habituels de votre jurisprudence. N'étant pas administratif par détermination de la loi, ne comportant qu'exceptionnellement des clauses exorbitantes du droit commun et ne faisant pas, par lui-même, participer le cocontractant à l'exécution du service public - s'agissant le plus souvent de venir régler *a posteriori* une situation - la transaction ne peut être qu'un contrat de droit privé (J.-M. Auby, *La transaction en matière administrative*, AJDA 1956, p. 4 et s.; A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats*, t. I, n° 333; Régler autrement les conflits; conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative, préc.; Y. Gaudemet, *Le pré-contentieux : le règlement non juridictionnel des conflits dans les marchés publics*, AJDA 1994, p. 84 et s.). Ajoutons que pour les tenants de cette thèse, la question du pouvoir d'homologation par le juge des transactions conclues par des personnes publiques se résout d'elle-même, l'administration pouvant alors s'adresser au juge civil en application des dispositions de l'article 1441-4 du nouveau code de procédure civile. Adopter une telle solution permettrait assurément d'éviter toutes les questions difficiles que nous vous avons longuement présentées et de répondre fort aisément à la question posée par le Tribunal administratif de Melun!

L'autre thèse, plus constructive, consiste à considérer que la transaction est un contrat administratif dès lors qu'elle intervient pour résoudre un litige dont la résolution aurait relevé de la compétence du juge administratif (circulaire du Premier ministre du 6 février 1995 préc., A. Lyon-Caen, *Sur la transaction en droit administratif dans les contrats publics*, préc., G. Chavrier, *Réflexions sur la transaction administrative*, préc., F.-C. Bernard, *Recourir à la transaction dans le domaine des contrats publics*, préc.).

Or votre jurisprudence ne nous paraît pas avoir clairement pris parti sur cette question, en tout cas beaucoup moins clairement que ne l'affirment certains partisans de la deuxième thèse. La première expression de la jurisprudence est intervenue pour considérer que la question de la validité de la transaction relevait de la compétence du juge judiciaire, dans une hypothèse il est vrai où le fond du litige relevait également de sa compétence (T. confl., 17 juill. 1908, *Caisse d'épargne de Caen c/ Hospices de la même ville*, Rec. p. 772). Par la suite, votre jurisprudence a très clairement admis votre compétence pour connaître de la validité des transactions intervenant dans des domaines de compétences que la loi attribuait au juge administratif : litige concernant une transaction conclue pour l'exécution d'un marché de travaux publics (CE, 23 oct. 1970, *Clot et Société Oréface, Société Hebert c/ Dame Tourmente*, Rec. p. 617; 21 janv. 1994, *SA Stefal*, Rec., tables, p. 853), litige portant sur une transaction intervenue en matière de dommages de travaux publics (CE, 5 mai 1971, *Ville de Carpentras c/ Delhomme*, Rec. p. 326; 25 juill. 1975, *Dame III*, Rec. p. 442; T. confl., 26 oct. 1981, *Syndicat des copropriétaires de l'immeuble d'Armenonville c/ Ville de Cannes*, Rec. p. 507).

Mais il nous semble que cette solution est conforme aux principes traditionnels applicables aux contrats administratifs, car, dans cette hypothèse, la transaction porte sur une matière - les travaux publics - qui relève de la compétence du juge administratif de par la loi et dont on connaît le caractère attractif en termes de répartition des compétences juridictionnelles. Or, vos précédents intervenus plus récemment en la matière n'ont pas élargi votre champ de compétence dans ce domaine, celle-ci reposant sur une autre base, soit qu'il s'agisse d'apprécier la légalité de l'acte administratif autorisant une personne publique à transiger (CE, 23 avr. 2001, *Ceccaldi-Reynaud*, préc.; 8 déc. 1995, *Ville de Saint-Tropez*, préc.), soit que vous soyez conduits à faire application du régime des autorisations de plaider (29 déc. 2000, *Comparat*, préc.).

Nous vous proposons de donner satisfaction aux tenants de la seconde thèse et de considérer que la transaction est un contrat administratif dès lors qu'elle intervient pour résoudre un litige dont la résolution relève de la compétence du juge administratif. Deux séries de raisons nous incitent à vous proposer cette solution.

D'abord, outre que cette thèse représente aujourd'hui l'opinion dominante au sein de la doctrine sur ce sujet et qu'elle semble avoir reçu le suffrage de plusieurs commentateurs « autorisés » (V. par exemple chron. Labetoulle et Cabanes sur l'arrêt *Ville de Carpentras c/ Delhomme*, AJDA 1971, p. 403 et s.; concl. P. Fombeur sur l'arrêt *Comparat*, BJCP n° 17, p. 337 et s.), elle nous semble déjà validée implicitement mais nécessairement par votre jurisprudence. En effet, par votre décision *Mergui*, vous vous êtes implicitement reconnus compétents pour connaître de la validité d'une transaction intervenue à l'occasion d'un litige mettant en cause la responsabilité de l'administration (il s'agissait de la responsabilité pour refus d'octroi de la force publique pour procéder à une expulsion locative). Or, devant ce qui constituait une difficulté d'interprétation de la convention transactionnelle, vous auriez dû la renvoyer aux juges judiciaires si vous aviez estimé être en présence d'un contrat de droit privé (CE, Sect., 4 mars 1960, *Société Le peignage de Reims*, Rec. p. 169).

La seconde raison qui a achevé de nous convaincre est davantage d'opportunité et a trait au fait qu'il peut paraître étrange que l'intervention d'une transaction conclue pour résoudre un litige ait pour effet de transférer le contentieux de l'ordre administratif à l'ordre judiciaire. Un tel mouvement apparaît particulièrement inopportun dans l'hypothèse où le juge administratif aurait déjà eu à connaître de la situation ayant conduit à la conclusion de la transaction - par exemple en déclarant nul le marché pour le règlement duquel la convention serait intervenue. S'agissant au surplus du contrôle du fond de la transaction que vous vous êtes reconnus et que le juge administratif serait amené à effectuer sans doute très fréquemment que par le passé au titre de ses nouveaux pouvoirs d'homologation, il serait encore plus difficile d'admettre qu'il ne puisse pas bénéficier dans son appréciation de la connaissance préalable qu'il aura eue du dossier. Il nous paraît dès lors y avoir une logique évidente à considérer que le juge de la transaction doit être le même que le juge du fond du litige auquel il doit mettre un terme. Cette solution n'introduit au surplus selon nous aucune rupture dans votre jurisprudence dans la mesure où ce raisonnement sous-tendait déjà le précédent du Tribunal des conflits de 1908 que nous avons cité préalablement. S'agissant notamment des transactions qui pourraient intervenir dans le domaine des marchés publics et des délégations de service public,

la compétence du juge administratif n'est guère douteuse, notamment s'agissant des premiers depuis l'intervention de l'article 2 de la loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (MURCEF) du 11 décembre 2001, tel qu'interprété par vos soins (CE, 29 juill. 2002, *Société MAJ blanchisseries de Pantin*, n° 246921 à publier au *Recueil*).

Toutefois, cette solution, si elle nous paraît être le fruit d'un mouvement engagé de longue date, aura tout de même pour effet d'ajouter une nouvelle catégorie de contrats administratifs par détermination de la jurisprudence, la théorie de l'accessoire défendue par certains auteurs ne nous paraissant pas tout à fait convaincante dans la mesure où la transaction est un contrat totalement distinct de celui à la suite duquel elle est intervenue. Elle ne vaut pas par ailleurs en matière de responsabilité extracontractuelle.

Et par ces motifs nous concluons à ce que vous répondiez aux deux questions posées dans le sens des observations qui précèdent.

ANNEXE

Conseil d'Etat, Assemblée, 6 décembre 2002

Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Hay-les-Roses et société CDI 2000

Vu, enregistré le 30 juillet 2002 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, le jugement du 5 juillet 2002 par lequel le Tribunal administratif de Melun, avant de statuer sur la demande du Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré 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'Etat, 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 ?;

Vu les autres pièces du dossier; Vu le code civil; Vu le code de justice administrative;

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'Etat. 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.

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'Etat 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.

(MM. Chantepy, rapporteur; Le Chatelier, commissaire du gouvernement).

Note

Bernard PACTEAU

Professeur à la Faculté de droit
de l'Université Bordeaux-Montesquieu (Bordeaux IV)

Voici du Conseil d'Etat, sous forme d'*avis* sur une *question de droit* posée par le Tribunal administratif de Melun, un important apport au régime de la transaction en contentieux administratif et d'autant plus utile qu'il concerne un point encore mal connu, mal cerné et mal cadré de son régime, à savoir les conditions et le régime de l'*homologation judiciaire* (ce dernier terme étant pris au sens générique très large qui inclut donc l'*homologation par le juge administratif*) de ces transactions.

Au travers de son enjeu procédural, on relèvera aussi immédiatement l'intérêt et l'importance de la question au regard du droit des marchés publics lesquels sont très concernés, et par la technique de la transaction et par les perspectives de l'homologation en justice des accords qui en sont issus.

Paradoxe assurément (à première vue) que ce contentieux sur la transaction alors que celle-ci a pour fonction première d'accélérer et alléger le règlement des différends. Paradoxe (plus sûrement) d'un débat qui avait pour objet de déterminer la possibilité d'en appeler justement... au juge pour conforter et comme offi-

cialiser une transaction, alors que celle-ci est *a priori* destinée à en faire l'économie et, du même coup, paradoxe d'une solution qui reconnaît, fut-ce partiellement et conditionnellement, la recevabilité de pareilles conclusions devant le juge administratif.

Originalité certes aussi de cet avis à l'allure très *prétorienne*, alors en effet qu'aucun texte de droit public ne prévoit ce recours en homologation de transaction et qu'aucun article du *code de justice administrative* ne paraît même prêt ni préparé pour l'accueillir, en même temps qu'il organise son examen jusque dans le détail, et donc nouveau et final paradoxe d'un avis supposé *éclairer* sur le droit mais qui le crée en réalité et tant qu'on est tenté de parler à son propos d'un *avis de règlement*...

Nul doute cependant que ses fondements comme son articulation soient solides et que le statut de la transaction administrative en sorte rationalisé. Tel est en tout cas au travers d'un texte de facture pédagogique, ce qu'a visiblement voulu l'Assemblée du contentieux devant laquelle la réponse à l'interrogation du juge de Melun avait été renvoyée eu égard à sa difficulté autant qu'à ses implications et à la nécessité d'une clarification solennelle - fût-ce, encore une fois, sous l'apparence d'un *simple avis* - des principes applicables.

L'affaire, de texture banale mais certes significative, ne sera rappelée que d'un mot après que les circonstances en ont été exposées par M. Le Chatelier dans ses conclusions (ci-dessus publiées): un