

Les obstacles à la transaction administrative



Thierry Dal Farra
Avocat associé
UGGC Avocats

Bien que le recours des administrations à la transaction soit encouragé, notamment sous l'influence du développement de la médiation, il reste limité par des blocages dirimants. Si la loi du 10 août 2018 pour un État au service d'une société de confiance tente de les surmonter, le dispositif des comités ministériels de transaction est d'une efficacité limitée. L'homologation pourrait apporter une sécurité juridique aux ordonnateurs, mais son régime est disparate entre les deux ordres de juridiction et l'avis contentieux *District de L'Haye-les-Roses* est obsolète depuis la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle. Le développement de la pratique transactionnelle passe donc par une réforme de l'homologation.

*
* *

Pourquoi faudrait-il que les administrations cherchent à transiger ?

Pour trois raisons.

Politique, la première raison tient au fait que le recours à la transaction améliorerait l'image des collectivités publiques. Choisir plus fréquemment des solutions amiables plutôt que laisser s'enliser de longues procédures contentieuses participerait d'une réconciliation des usagers et cocontractants avec la puissance publique. Réparer un dysfonctionnement n'est pas une déchéance ; en nier l'existence contre l'évidence est même perçu comme anormal dans les États modernes.

Financière, la deuxième raison vient de ce que le développement de la transaction allégerait le coût de traitement des litiges. Fin 2018, la provision pour litiges enregistrée par le compte général de l'État au titre de 2017 s'établissait à 24,5 milliards d'euros, soit 1,07 %, du produit intérieur brut et 7,5 % des dépenses du budget général : elle a doublé en quatre ans (de 2012 à 2016). Si on soustrait la part que représentent les contentieux fiscaux, la provision est encore de 4,21 milliards d'euros et elle a triplé depuis 2012.

À ces montants s'ajoutent les frais induits par ces contentieux (pour 3,6 milliards d'euros).

Enfin et surtout, lorsque l'État est en défense, le coût des intérêts versés sur son budget est évalué à 1,12 milliard d'euros en 2017 : il a presque quintuplé depuis 2012 (il était alors de 225 millions d'euros)¹. Ce dernier chiffre est intéressant, car il démontre que si les préjudices étaient indemnisés à temps, de substantielles économies seraient automatiquement réalisées par l'État.

Il n'y a guère de raison pour croire que les chiffres soient très différents pour l'ensemble des collectivités publiques.

La troisième raison est juridique : on ne peut pas vouloir institutionnaliser la médiation, comme c'est le cas depuis que la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 dite de modernisation de la justice du XXI^e siècle en a fait explicitement un mode de résolution des différends dans le code de justice administrative², sans réfléchir à son issue la plus fréquente lorsqu'elle aboutit : une transaction entre les parties. Or de ce point de vue, la réforme reste elliptique. Issu de l'article 5 de la loi précitée, l'article L. 213-4 du code de justice administrative dispose que « *saisie de conclusions en ce sens, la juridiction peut, dans tous les cas où un processus de médiation a été engagé en application du présent chapitre, homologuer et donner force exécutoire à l'accord issu de la médiation* ». Par construction, un tel accord devrait éviter le contentieux et avoir en pratique la portée d'une transaction³, mais le régime juridique de son homologation n'a pas été défini par la loi. Or, d'une part, il est partiellement discordant entre les deux ordres de juridiction, ce qui est d'autant plus regrettable qu'il existe de plus en plus de marchés publics de droit privé, d'autre part, la jurisprudence administrative sur l'homologation est en partie obsolète puisque l'article 2052 du code civil, dans sa rédaction issue de la loi du 18 novembre 2016 précitée, ne confère plus aux transactions l'autorité de la chose jugée en dernier ressort. De sorte que l'aptitude des parties à transiger, à l'issue de la médiation, n'est pas sécurisée par l'actuel régime de l'homologation.

En définitive, transiger devrait être une priorité, mais les efforts du législateur n'ont pas contribué à faciliter sa conclusion. Au prix d'une certaine contradiction, le gouvernement ne ménage pourtant pas ses exhortations à cet égard.

Depuis plus de vingt ans⁴, il publie régulièrement des circulaires sur le sujet. Ces dernières années, outre la circulaire générale du Premier ministre du 6 avril 2011 *relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits*, plusieurs instructions ministérielles ont abordé la question : note du ministère de la Justice du 25 juin 2015 *relative au recours à la transaction pour régler amiablement les conflits*, circulaire des ministres de l'Économie et du budget 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*, instruction de la Direction générale des finances publiques du 12 avril 2010 sur « *le recours à la transaction pour la prévention et le règlement des litiges portant sur l'exécution des contrats de la commande publique* ».

Mais manifestement rien n'y fait : le flot des intérêts moratoires sur les condamnations de l'État et des personnes publiques augmente inexorablement. Et tous les praticiens constatent à quel point il est difficile de convaincre les ordonnateurs de transiger. Il faut se rendre à l'évidence : rappeler indéfiniment les principes qui conditionnent la légalité des transactions ne suffit plus.

En réalité, les pouvoirs publics n'ont jamais levé les deux véritables obstacles à la transaction (I) : le premier est budgétaire, le deuxième disciplinaire, voire pénal.

Pour les surmonter, il faut sécuriser le processus transactionnel en réformant l'homologation (II).

I. LES OBSTACLES À LA TRANSACTION SONT PERSISTANTS MAIS IGNORÉS

A. LE TRAITEMENT BUDGÉTAIRE DE LA TRANSACTION EST INAPPROPRIÉ

1. La circulaire du 6 avril 2011 précitée énonce que : « *Les indemnités transactionnelles, comme les sommes versées à la suite d'une décision juridictionnelle et leurs frais annexes éventuels, doivent être imputées sur les crédits limitatifs servant au financement des dépenses afférentes au contrat considéré. Toute dérogation à cette règle ne peut intervenir qu'avec l'accord préalable du ministre chargé du budget.* »

En apparence, les transactions sont traitées au plan budgétaire comme les déci-

sions de justice : les deux sont imputées sur les crédits limitatifs de l'opération en cause. Le choix entre la solution amiable et le contentieux semble donc neutre.

En pratique, il n'en est rien.

Si l'ordonnateur concerné par un litige, existant ou à naître, décide d'écarter toute issue transactionnelle et de ne payer que sur la base d'une décision de justice, surtout s'il attend qu'elle soit définitive⁵, il aura alors une bonne chance que la charge financière qui en découlera soit gérée par un de ses successeurs. En outre ceux-ci auront, le moment venu, un excellent motif pour obtenir de Bercy qu'un apport de crédits neutralise ladite charge, qui sera présentée comme issue d'un contentieux ancien dont les gestionnaires du moment ne seront pas responsables et dont tout le monde pourra même avoir oublié la raison et le contenu. La décision de justice a ainsi le grand avantage d'être budgétairement perçue comme un aléa dont il faut forcément corriger les effets.

Alors que par comparaison, la transaction sera considérée comme un choix budgétaire immédiat de l'ordonnateur, choix qui, sauf exception à dimension fortement politique (i.e. abandon de l'écotaxe et résiliation du contrat de partenariat avec Ecomouv) a peu de raison d'être, le ministère du budget au point de susciter un apport spécial de crédit. De ce point de vue, il existe inévitablement, chez tout ordonnateur, une préférence budgétaire pour le contentieux.

Pour les établissements publics de l'État⁶, les mêmes principes peuvent être appliqués. Les collectivités locales pourraient ne pas avoir tout à fait le même rapport à la dépense, mais c'est alors un autre obstacle, juridique et encore plus dirimant, qui les empêche de transiger, nous allons y venir (voir *infra*, B).

On notera que l'assimilation faite par la circulaire du Premier ministre de 2011 entre les dépenses exposées en application des transactions et celles qui résultent de l'exécution des décisions de justice met un terme à la distinction, qui avait été rappelée par l'instruction du 16 avril 2009 relative à l'exécution des condamnations pécuniaires prononcées contre l'État⁷ selon laquelle certaines dépenses à caractère contentieux pouvaient être imputées sur des crédits évaluatifs – lorsque le ministère en cause disposait d'une telle catégorie de crédits dans son budget, ce qui n'est plus le cas aujourd'hui⁸. Plus

encore, la circulaire Balladur, aujourd'hui caduque, du 6 février 1995, permettait même l'imputation des transactions en matière extracontractuelle sur des crédits évaluatifs ; et si en matière contractuelle, elle devait être en principe réglée sur crédits limitatifs, une autorisation du ministre chargé du budget permettait encore de déroger à cette règle.

Aujourd'hui, ces distinctions, pourtant propres à favoriser la résolution transactionnelle des litiges, n'ont plus cours.

2. Il n'empêche : si on veut promouvoir les transactions, c'est-à-dire en réalité faire des économies, il faudrait faciliter leur traitement budgétaire. L'ordonnateur qui fait l'effort de transiger, afin de réduire non seulement la condamnation au principal mais aussi et surtout les intérêts moratoires⁹, devrait y être encouragé, et non pas financièrement pénalisé dans la gestion budgétaire des actions qu'il doit conduire par ailleurs.

On pourrait sans doute imaginer une réforme qui transformerait la nature du contrat de transaction par l'effet de l'homologation, nous y reviendrons également, et qui permettrait que son statut budgétaire évolue. En tout cas, il n'y aura pas d'amplification significative de la pratique transactionnelle de l'État, tant que le statut budgétaire de la transaction sera aussi inadéquat.

Le deuxième obstacle est d'ordre juridique : il est encore plus dirimant.

B. LE RISQUE DISCIPLINAIRE, VOIRE PÉNAL, DE L'ORDONNATEUR EST DÉCOURAGEANT

1. À titre liminaire, il faut relever que la circulaire du 6 avril 2011 précitée comporte une contradiction que les pouvoirs publics parviennent difficilement à surmonter.

D'un côté, elle rappelle, de manière générale, que « *la recherche d'une solution amiable pouvant conduire à la conclusion d'une transaction doit être envisagée dans tous les cas où elle permet d'éviter un contentieux inutile et coûteux* ».

Mais de l'autre, quand il s'agit de conclure la transaction, le Premier ministre écrit : « *Je souhaite vous rappeler que vos services doivent envisager le recours à la transaction dans tous les cas où, compte tenu des circonstances de fait et de droit, il apparaît clairement que l'État a engagé sa responsabilité et où le montant de la créance du demandeur peut être évalué de manière suffisamment certaine.* »

L'oxymore *suffisamment certain* manifeste donc aussi une réticence de l'État à trop encourager les ordonnateurs.

Or en tout état de cause, la transaction, contrat écrit qui, par de mutuelles concessions, règle ou prévient une contestation contentieuse¹⁰, est intrinsèquement un acte de gestion du risque. Dès lors qu'on substitue un contrat à une décision juridictionnelle définitive à laquelle les parties renoncent et qui en pratique ne sera jamais rendue, la certitude de la dette de la personne publique que semble exiger la circulaire, non seulement dans son principe mais également dans son montant, est potentiellement incompatible avec l'idée même de transaction.

2. Corrélativement, il faut rappeler à cet égard que le contrôle juridictionnel des transactions administratives est assez étendu.

Certes, au plan formel, la pratique contentieuse démontre un certain réalisme du juge administratif.

Ainsi, si comme tous les contrats, la transaction doit évidemment respecter les règles de compétence du signataire représentant la collectivité publique – à peine de nullité du protocole et de refus de l'homologation par le juge administratif¹¹ –, deux aménagements ont été introduits par la jurisprudence.

Le premier, essentiel, fait prévaloir le statut et les conséquences la transaction sur les règles de la comptabilité publique.

Si le comptable public n'est pas juge de la légalité des pièces et, parmi celles-ci, des décisions administratives qui fondent le paiement¹², il pouvait avoir quelques hésitations à payer sur la base d'une transaction qui prévoyait un paiement alors même qu'elle reconnaissait parallèlement la nullité d'actes ou de contrats administratifs, nullité qui pouvait précisément conduire le comptable à n'admettre la dépense que sur une base quasi-contractuelle, le conduisant ainsi à ne payer qu'en application du principe de l'interdiction de l'enrichissement sans cause.

Sur ce point, comme le rappelait Gilles Bachelier dans ses conclusions sur l'avis contentieux *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Hay-les-Roses* du 6 décembre 2002¹³, il existait même une circulaire (encore une) de la Direction de la comptabilité publique indiquant que « le recours à la transaction ne peut régulariser l'irrégularité commise par une collectivité

qui s'est exonérée des règles prévues au code des marchés publics [...] le comptable ne peut effectuer le paiement des sommes dues sur la présentation d'une transaction aux lieu et place d'un marché ». Aujourd'hui la question est réglée : la transaction peut constituer la base juridique du paiement par le comptable public, « sans qu'y fassent obstacle [...] les règles de la comptabilité publique », énonce l'avis précité.

Le deuxième aménagement concerne le consentement de l'administration, qui peut être admis sans formalisme excessif¹⁴ : un échange de lettres peut suffire, pour autant qu'il émane des autorités compétentes.

Mais à côté de ces assouplissements, la licéité de l'objet de la transaction et le respect de l'ordre public sont soumis à un contrôle juridictionnel étendu à son équilibre financier. En premier lieu, la légalité de la transaction peut être mise en cause si la transaction conduit la personne publique à consentir des libéralités, interdites par principe¹⁵. On sait que l'avis contentieux *District de l'Hay-les-Roses* précité, en précisant les conditions de l'homologation de la transaction par le juge administratif, a rappelé celles qui sont applicables à sa légalité. La plus difficile à respecter tient évidemment à l'interdiction des libéralités, qui trouve sa source dans la nécessaire protection des deniers publics, mais qui dans une certaine mesure conduit le juge administratif, s'il est saisi, à examiner au fond le litige terminé ou évité par la transaction, sous l'angle du contrôle des concessions financières de l'administration. La méconnaissance de cette interdiction peut alors induire la nullité de la transaction, ce qui constitue un premier risque.

En deuxième lieu, à l'exception des élus locaux et des ministres, les ordonnateurs qui s'aviseraient d'accorder des libéralités pourraient avoir à comparaître devant la Cour de discipline budgétaire et financière (CDBF), sur le fondement des articles L. 313-4 et L. 313-6 du code des juridictions financières, le second visant spécifiquement le fait d'avoir *procuré à autrui un avantage injustifié, pécuniaire ou en nature*, entraînant un préjudice pour la caisse publique.

S'ajoute, en troisième lieu, un risque de poursuites pénales, pour deux séries d'infraction :

– d'une part, le *détournement de fonds publics* si la libéralité est jugée délibérée (pour éviter le procès) ou à tout le moins la *négligence* dans la gestion de ces fonds

– comme dans le cas l'ancienne ministre Christine Lagarde dans l'affaire de l'arbitrage *CDR c/Tapie*;

– d'autre part, l'*abus de confiance*¹⁶, dès lors que la possibilité de rendre la collectivité débitrice n'est accordée à l'ordonnateur que s'il est capable de donner de l'emploi des fonds publics la justification d'un usage légal.

Que la transaction soit conclue par les parties à un litige pendant devant les tribunaux ou avant tout contentieux pour en prévenir la survenance, ces risques constituent évidemment et de très loin le principal obstacle à sa conclusion.

3. La difficulté pour l'ordonnateur est donc principalement d'appliquer la règle de prohibition des libéralités aux transactions, alors même que ces contrats anticipent le règlement d'un litige, né ou à naître, avec l'incertitude intrinsèque à un tel exercice, puisqu'il faut déterminer les modalités de désintéressement du créancier sans la sécurité d'une décision de justice définitive. Or sur ce point, la jurisprudence n'aide pas beaucoup plus que la circulaire de 2011, du moins si on s'en tient à la lettre des décisions rendues. Elle repose sur la célèbre tautologie selon laquelle *les personnes morales de droit public ne peuvent jamais être condamnées à payer une somme qu'elles ne doivent pas*¹⁷. Prise à la lettre, l'expression n'a pas grand sens. Du reste, les personnes morales de droit privé n'ont pas non plus à être condamnées à payer une somme qu'elles ne doivent pas ou à s'en reconnaître débitrices : il pourrait y avoir à tout le moins un acte anormal de gestion à ce qu'une entreprise privée paie une somme qui ne serait pas juridiquement due.

En pratique, on peut en déduire qu'une personne publique ne peut pas s'obliger à payer par transaction une somme qu'elle ne peut pas légalement devoir : ainsi interprétée, la jurisprudence invite tout de même l'ordonnateur à deviner l'issue d'un éventuel contentieux avant de transiger, sans pour autant le renseigner positivement sur ce qu'il lui est possible de payer sur une base transactionnelle au terme d'une analyse du risque.

En réalité, si on entre dans le détail, l'ordonnateur devrait, avant de transiger, procéder à deux vérifications, dont la deuxième fait difficulté.

Premièrement, il ne peut pas contractuellement reconnaître la responsabilité de la collectivité publique qu'il représente pour des motifs non susceptibles de l'engager

juridiquement : cela signifie que si la transaction porte sur plusieurs types d'agissements, ils doivent tous pouvoir engager la responsabilité de la personne publique et si protocole transactionnel couvre de multiples préjudices, ils doivent tous avoir, en droit, un caractère théoriquement indemnisable. Le rapporteur public M. Bachelier en a donné des exemples dans ses conclusions sur l'avis contentieux de 2002 précité¹⁸ : « 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 avril 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 janvier 1975, Ministre de l'Aménagement du territoire, de l'équipement, du logement et du tourisme c/ Époux Paya, Rec. p. 11) »

La circulaire du 6 avril 2011 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits relève de la même manière que « 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 »¹⁹. Sur ce point, les choses sont finalement assez simples : avant même de fixer le montant de la transaction, l'ordonnateur doit vérifier que légalement, les faits et les catégories de préjudice peuvent fonder un paiement. Pour cette première étape, de principe, le contrôle juridictionnel est normal.

Deuxièmement, il s'agit de veiller à ce que, même fondées dans leur principe, les concessions²⁰ de l'administration ne soient pas excessives, par rapport à celles de la partie privée. L'exercice est alors effectivement plus complexe et plus aléatoire pour l'ordonnateur. Il n'existe aucune base juridique permettant de mesurer, de façon systématique et sans risque d'erreur, le lien entre le fait générateur de l'engagement de la responsabilité pour ou sans faute de la personne publique et le montant des préjudices revendiqués. De même, il n'existe aucune méthode infallible de vérification de la qualité des preuves des dommages allégués, dont la réparation serait admise par voie transactionnelle.

Certes, les conclusions de M. Rougevin-Baville sur l'arrêt *Mergui* démontrent que le contrôle juridictionnel est plus ouvert qu'on ne l'imagine souvent : « [...] Qu'on nous

comprene bien : ce qui est d'ordre public, ce n'est pas une éventuelle exagération de l'indemnité convenue, car après tout, une transaction peut être plus ou moins bonne, et la collectivité peut se montrer relativement large sur un point afin d'obtenir satisfaction sur un autre. Nous ne vous proposons donc pas d'admettre que le juge puisse refuser l'homologation de l'accord des parties pour le seul motif que la somme offerte par l'administration lui paraît supérieure au préjudice subi, à moins que la disproportion ne soit telle que la prétendue transaction ne devienne une libéralité, selon l'expression de Romieu. Mais nous pensons qu'il doit le faire si tout ou partie des sommes allouées correspond à un préjudice ou à un chef de préjudice qui n'existe pas ou qui n'engage pas la responsabilité de la puissance publique [...]. »

De sorte que le contrôle juridictionnel est restreint, limité à l'erreur manifeste d'appréciation.

Mais finalement, on aura beau rappeler que le contrôle du juge est assez réaliste, aucune circulaire, aucune analyse juridique ne pourront se substituer à l'appréciation de l'ordonnateur qui, ce faisant, va devoir prendre un risque disciplinaire et pénal.

Ce risque peut décourager les meilleures volontés, d'autant que parallèlement, aucun ordonnateur ne sera jamais poursuivi devant la CDBF ou les juridictions pénales pour avoir laissé perdurer un contentieux, même catastrophique pour les finances publiques et l'image de la personne publique condamnée.

À ce sujet, et en dépit de très substantielles différences juridiques, l'affaire de l'arbitrage *CDR c/ Tapie* fait porter l'ombre d'un repoussoir absolu sur la plupart des transactions que l'administration pourrait conclure.

Certes, il faut y insister, d'une part, une sentence arbitrale n'est pas une transaction – puisque la première est une décision de justice alors que la seconde est un contrat –, d'autre part, la solution à laquelle les parties au litige sont parvenues dans l'affaire précitée n'a été que le fruit d'un mécanisme frauduleux constaté par la Cour de cassation²¹. Mais il n'empêche : les deux démarches sont considérées comme reposant sur une renonciation au contentieux étatique²². C'est cette renonciation à la justice d'État qui a conduit à l'incrimination des protagonistes et qui constitue un des éléments fondamentaux de la reconnaissance de culpabilité pour négligence de l'ancienne

ministre de l'économie par la Cour de justice de la République²³. C'est la principale crainte des ordonnateurs qui, en transigeant, renoncent ainsi à la sécurité de la justice de l'État.

Face à l'incertitude que peut éprouver l'ordonnateur, à tout le moins sur le montant à payer, et aux risques corrélatifs qu'il peut légitimement souhaiter ne pas prendre, la seule solution est dans la sécurisation du processus transactionnel.

II. LE PROCESSUS TRANSACTIONNEL DOIT ÊTRE SÉCURISÉ PAR UNE RÉFORME DE L'HOMOLOGATION

A. LES MÉTHODES HABITUELLES DE SÉCURISATION SONT INEFFICACES

1. La première méthode, sans doute la plus ancienne, de contournement de toute responsabilité disciplinaire, consiste à faire signer la transaction par un ordonnateur non justiciable de la CDBF, c'est-à-dire, sur la base d'un privilège que rien ne justifie plus²⁴ : un ministre ou un élu local. La technique est évidemment injuste, vis-à-vis à la fois de tous les autres ordonnateurs, qui sont justiciables de cette juridiction, et par voie de conséquence des autres personnes morales de droit public, qui n'ont à leur disposition ni élus ni ministres et qui par suite transigeront moins facilement pour une cette raison, au demeurant étrangère à l'intérêt général qu'il pourrait y avoir à la faire.

Elle est en outre d'une efficacité limitée : tous les ordonnateurs y compris cette fois les ministres et les élus sont en tout état de cause justiciables des tribunaux répressifs (tribunaux correctionnels ou Cour de justice de la République) et pourraient, si la transaction induit une libéralité, être poursuivis pour les infractions précitées – détournement de fonds publics, négligence, abus de confiance.

2. La deuxième méthode, qui participe plutôt d'une dilution de la responsabilité disciplinaire, n'est envisageable que dans les collectivités publiques dotées d'un organe délibérant : elle consiste à recueillir l'approbation de la transaction par celui-ci²⁵, afin de tenter de décharger l'exécutif de sa responsabilité. Cela étant, il ne faut pas oublier que chaque membre approuvant une transaction illégale engagera à son tour, à tout le moins, sa responsabilité disciplinaire. Certes, il y échappera s'il a pu bénéficier

d'un ordre écrit délivré en connaissance de cause par un ministre ou un élu exerçant sur lui une autorité hiérarchique, mais cette exception repose sur des conditions difficiles à réunir en pratique.

En application des articles L. 313-9 et L. 313-10 du code des juridictions financières, le justiciable de la CDBF n'échappera en effet à la sanction que s'il peut se prévaloir d'un ordre écrit émanant de son supérieur hiérarchique (ou de la personne légalement habilitée à donner un tel ordre), dont la responsabilité se substituera à la leur, ou donné personnellement par le ministre ou les élus locaux compétents (lesquels, non soumis à la juridiction de cette Cour, ont ainsi le pouvoir d'éteindre le contentieux disciplinaire), pour autant que ces autorités aient été dûment informées de l'affaire.

En pratique, la probabilité de la délivrance d'un tel ordre est devenue presque nulle car elle est une prise de risque considérable en termes de réputation et de positionnement politique.

Au surplus, cette opération de substitution ou d'annihilation de responsabilité n'éradiquera en rien le risque pénal de toute façon. À cet égard, devant les juridictions répressives, l'approbation par un vote ou par un ordre écrit ne créera qu'une cohorte de complices par fourniture de moyens ou incitation, sans jamais diluer le risque de condamnation par les tribunaux correctionnels ou la Cour de justice de la République.

L'affaire de l'arbitrage *CDR c/ Tapie* l'a bien confirmé : tous ceux qui ont approuvé l'arbitrage et surtout renoncé à l'appel nullité, par décision, instruction donnée ou vote dans une instance délibérante, ont été incriminés, tant au plan disciplinaire qu'au plan pénal²⁶.

3. La troisième méthode, envisagée par certains, consisterait à associer systématiquement les avocats des personnes publiques au processus transactionnel.

Ce mécanisme aurait trois avantages : premièrement, il permettrait à l'administration concernée de bénéficier des conseils d'un professionnel ; deuxièmement, les discussions permettant de parvenir à la solution transactionnelle pourraient ainsi bénéficier du principe de confidentialité, pénalement sanctionné, qui s'attache aux échanges entre avocats ; troisièmement et surtout, les administrations pourraient demander une opinion juridique formelle à ces derniers, opinion dont on pourrait attendre une plus grande sécurité, car si la transaction devait

être considérée comme nulle - pour l'un des motifs examinés ci-dessus -, les avocats engageraient alors leur responsabilité civile professionnelle, voire pénale pour complicité²⁷, si leur opinion pouvait être considérée comme ayant incité l'autorité publique à sa conclusion.

Cela étant, les avantages du recours à l'avocat ne sont pas des garanties absolues.

D'abord, l'opinion juridique qu'il émettra sera très probablement assortie de nombreuses limites et exceptions, dès lors qu'un avocat aura beaucoup de mal à affirmer que techniquement et financièrement la transaction n'induit aucune libéralité. À cet égard, s'il sortait du périmètre des prestations juridiques inhérentes à son mandat pour s'aventurer sur le terrain économique, comptable, technique ou opérationnel, son assurance professionnelle lui retirerait sa garantie.

Ensuite, les montants en cause dans les transactions administratives sont sans commune mesure avec les plafonds de responsabilité offerts par les assurances contractées par les ordres professionnels des avocats.

Enfin, même si l'ordonnateur fait valoir qu'il a suivi l'avis de l'avocat de l'administration, l'opinion de celui-ci ne sera pas un bouclier contre une action disciplinaire ou pénale.

4. Inspirée par l'idée de mutualisation du risque, la quatrième méthode, issue d'une réforme de 2018, est d'une efficacité limitée. Elle consiste, lorsqu'une administration d'État souhaite transiger, à soumettre le principe du recours à la transaction et le montant de celle-ci à l'avis d'un nouveau *comité ministériel de transaction*, institué par l'article L. 423-2 du code des relations entre le public et l'administration, dans sa rédaction issue de la loi n° 2018-727 du 10 août 2018 *pour un État au service d'une société de confiance*²⁸. La consultation du comité devient même obligatoire lorsque le montant de la transaction dépasse 500 000 € (art. R. 423-3 du même code). Il n'est pas précisé si cette compétence s'étend également aux transactions portant sur une créance de l'État et si, par suite, le montant précité s'applique aux sommes à recevoir.

Quoi qu'il en soit, si l'ordonnateur transige conformément à un avis positif du comité, sa responsabilité disciplinaire ne pourra être engagée.

Le dispositif est donc intéressant, mais il comporte là encore plusieurs limites.

Premièrement, il est réservé à l'État.

Deuxièmement, il ne prévoit aucune obligation de confidentialité²⁹. Il est même prévu que le président du comité peut solliciter l'avis de toute personne dont le concours est jugé utile et, le cas échéant, l'inviter à assister, de manière temporaire, à ses réunions.

Troisièmement, la loi prévoit regrettablement que l'ordonnateur n'est pas exonéré de sa responsabilité pénale, même s'il suit l'avis du comité : alors que le silence de la loi permettrait de plaider l'erreur sur le droit si l'ordonnateur s'est conformé à l'avis du comité, l'exception ainsi formulée attire l'attention des juridictions répressives sur l'absence d'incidence de l'avis du comité sur la commission des infractions pénales précédemment évoquées.

Quatrièmement, le sort des membres du comité n'est pas évoqué par la loi de 2018 précitée : chaque fois que le comité émettra un avis favorable à la transaction, ses membres pourront à leur tour engager leur responsabilité. Leur responsabilité pénale, comme l'ordonnateur, mais aussi leur responsabilité disciplinaire, car ils ne sont pas visés par l'exception précitée, alors même qu'ils auront, par leur avis, pu inciter à la conclusion d'une transaction illégale et dispendieuse.

Et bien entendu, c'est un comité supplémentaire, avec sa succession habituelle de difficultés : composition, convocation, validité des mandats de représentation des membres, modalités de vote, conflit d'intérêts, sens de l'avis en cas de silence gardé³⁰, etc.

En définitive, les mécanismes imparfaits et lacunaires de la République des parapluies ne peuvent pas tenir lieu de gouvernance du processus transactionnel, car ils n'offrent qu'une sécurité juridique limitée.

Seule une réforme, devenue indispensable, du régime de l'homologation, permettra d'encourager la transaction dans la sécurité juridique.

B. LA SÉCURISATION DE LA TRANSACTION EXIGE DE RÉFORMER LE RÉGIME DE SON HOMOLOGATION

1. L'homologation des transactions résulte actuellement d'un régime en partie disparate et obsolète

Certes, l'homologation des transactions a désormais un statut législatif, en droit public comme en droit privé.

Issu de l'article 5 de la loi du 18 novembre 2016, l'article L. 213-4 du code de justice

administrative dispose que « saisie de conclusions en ce sens, la juridiction peut, dans tous les cas où un processus de médiation a été engagé en application du présent chapitre, homologuer et donner force exécutoire à l'accord issu de la médiation ».

La qualification juridique d'accord issu de l'homologation est plus large que celle de transaction, car on peut imaginer qu'un accord empêche ou règle un litige sans concessions réciproques³¹. Cela étant, en pratique, ledit accord constituera juridiquement une transaction, qu'il soit ou non dénommé comme tel, dès lors qu'il aura en outre toutes les caractéristiques et propriétés du contrat mentionné par l'article 2044 du code civil³². Par ailleurs, l'article L. 213-4 précité n'exclut évidemment pas qu'une homologation puisse être demandée en dehors du processus de médiation instauré par le chapitre III du titre I^{er} du livre II du code de justice administrative.

Symétriquement, en matière civile, l'article 2066 du code civil modifié dispose que « les parties qui, au terme de la convention de procédure participative, parviennent à un accord réglant en tout ou partie leur différend peuvent soumettre cet accord à l'homologation du juge ». Dans le même sens et plus généralement, l'article 1565 du code de procédure civile dispose : « L'accord auquel sont parvenues les parties à une médiation, une conciliation ou une procédure participative peut être soumis, aux fins de le rendre exécutoire, à l'homologation du juge compétent pour connaître du contentieux dans la matière considérée. Le juge à qui est soumis l'accord ne peut en modifier les termes. » Là encore, l'homologation consacrée par les textes n'est pas réservée aux transactions issues d'une médiation (voir article 1567 du code de procédure civile³³).

Cela étant, faute d'avoir été déterminées par la loi, les conditions d'obtention de l'homologation ont été définies par la jurisprudence, laquelle diverge partiellement entre les deux ordres de juridiction.

Avant d'en venir à son examen, il faut rappeler que le régime contentieux de la transaction et, partant, celui de son homologation, dépendent de la compétence juridictionnelle qui aurait été retenue pour trancher le litige.

À cet égard, la situation est enfin clarifiée. Dans sa décision du 18 juin 2007, *Société Briançon Bus et Brunet*, le Tribunal des conflits avait affirmé que « la transaction conclue par une personne morale de droit public, est, en principe, un contrat de nature

civile, sauf si elle met en œuvre des prérogatives de puissance publique ou aboutit à la participation du cocontractant à une mission de service public ; que, sous cette réserve, l'homologation de la transaction et les litiges nés de son exécution relèvent de la compétence du juge judiciaire, hormis le cas où il est manifeste que les différends qui s'y trouvent compris ressortissent principalement à la compétence du juge administratif »³⁴. La prémisse du raisonnement était relativement inopérante car il est rare, voire juridiquement inenvisageable, qu'une transaction de l'administration, qui n'a pour objet que d'empêcher ou régler un litige, fasse participer la partie privée à l'exécution d'une mission de service public – il serait même à craindre qu'elle soit alors requalifiable en contrat de la commande publique – ou comporte des prérogatives de puissance publique.

En réalité, c'est l'exception à la règle inutilement rappelée, prévue pour le cas où *les différends qui s'y trouvent compris ressortissent principalement à la compétence du juge administratif*, qui constitue le principe applicable à la compétence juridictionnelle en matière d'homologation des transactions de l'administration, même si cela conduit finalement à reconnaître une nouvelle catégorie de contrats administratifs à raison de leur objet, comme le notait justement Didier Chauvaux dans ses conclusions sur la décision *Société Briançon Bus et Brunet* précitée du Tribunal des conflits³⁵. Le Conseil d'État a toujours été plus clair³⁶ et vient de confirmer sa position, jugeant qu'« un protocole transactionnel conclu par l'administration afin de prévenir ou d'éteindre un litige relevant de la compétence de la juridiction administrative constitue un contrat administratif » (CE 3 avril 2019, req. 403465³⁷). De sorte que désormais, c'est la compétence juridictionnelle pour trancher le litige évité ou réglé par la transaction qui détermine celle de la juridiction d'homologation. Reste que sur le fond, le juge administratif et le juge judiciaire n'ont pas retenu la même approche de l'homologation.

Devant ce dernier, en premier lieu, aucune condition de recevabilité n'est prévue : l'ordonnance est rendue *sur requête* et jugée sans débat – au terme d'une procédure qui n'est contradictoire que si le juge estime nécessaire d'entendre les parties, ce qui est très rare en pratique (art. 1566 du code de procédure civile).

En deuxième lieu, statuant sur l'ancien article 1441-4 du code de procédure civile³⁸,

qui comportait une disposition proche du régime actuel³⁹, la Cour de cassation a jugé que le contrôle du juge de l'homologation « ne peut porter que sur la nature de la convention qui lui est soumise et sur sa conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs ». Limité en pratique à des considérations de police assez formelles, ce contrôle exclut toute appréciation au fond de la légalité de la transaction et *a fortiori* une vérification approfondie de ses aspects économiques⁴⁰. À cet égard, pour une juridiction judiciaire, le consensualisme et l'égalité de principe des parties au contrat excluent tout contrôle de l'absence de libéralité. En troisième lieu, le contrôle du juge judiciaire, tant sur sa propre compétence, même si elle doit être théoriquement vérifiée⁴¹, que sur l'étendue de l'ordre public, est également limité en pratique par l'effet de l'absence de débat contradictoire obligatoire⁴², et par la nature d'une procédure qui conduit finalement un juge unique⁴³ à signer, sans tenir une audience ni entendre les parties, une ordonnance dont le projet, entièrement rédigé par le demandeur, est annexé à sa requête. Même si, au sens de l'article 1567 du code de procédure civile, « l'accord auquel sont parvenues les parties à une médiation, une conciliation ou une procédure participative » peut s'étendre à des contrats qui ne présentent pas strictement les caractéristiques d'une transaction, son homologation devrait obéir au même régime.

Au total, l'homologation par le juge judiciaire est une formalité, qui a le mérite de la simplicité et de la rapidité. Il confère une large place à la volonté des parties.

Au contraire, vouée par principe à la protection des fonds publics, l'homologation des transactions par le juge administratif est plus difficile et plus longue à obtenir, ce qui crée une distorsion avec l'homologation judiciaire.

S'agissant premièrement de la recevabilité de la demande d'homologation, l'avis contentieux *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de L'Haj-les-Roses*⁴⁴ rappelle 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. De sorte que l'homologation par la juridiction administrative d'une transaction portant sur un litige à naître n'est

possible qu'à titre exceptionnel : « 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 ».

Par conséquent, toutes les transactions portant sur des litiges à naître n'ont pas vocation à recevoir l'homologation : il faut démontrer soit que la transaction règle une situation non régularisable, soit que son exécution, une fois conclue, se heurtera à des difficultés sérieuses.

Deuxièmement, une fois franchi l'obstacle de la recevabilité, le contrôle du juge administratif est plus invasif que celui du juge judiciaire.

D'une part, il est exercé au terme d'une instruction nécessairement contradictoire – la demande devant être communiquée non seulement à la partie cosignataire mais aussi à toute personne qui aurait pu être partie au litige réglé par le protocole transactionnel – et inévitablement longue, ce qui constitue une réelle difficulté, dès lors que l'avantage de la transaction consiste précisément à régler rapidement l'issue du litige.

D'autre part, le juge doit non seulement vérifier le consentement des parties à la transaction et la licéité de son objet, mais également s'assurer, comme on l'a vu, 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.

Par suite, le régime de l'homologation administrative des transactions est assez dissuasif.

Au surplus, il est obsolète, pour deux raisons.

En premier lieu, dès lors que la médiation prévue par le code de justice administrative peut intervenir en dehors de toute procédure juridictionnelle (art. L. 213-5) et donner lieu à un accord susceptible d'être homologué par le juge administratif en application de l'article L 213-4 du même code, il devient illogique de maintenir la condition de recevabilité édictée par l'avis *District de L'Hay-les-Roses* précitée, relative à l'homologation des transactions réglant les litiges non encore pendants devant la juridiction administrative.

En deuxième lieu, le raisonnement du Conseil d'État sur l'irrecevabilité de prin-

cipe de l'homologation de la transaction portant sur cette catégorie de litiges était fondé sur la disposition du code civil aux termes de laquelle la transaction avait déjà « l'autorité de la chose jugée en dernier ressort », ce qui semblait exclure par principe qu'un juge vînt ajouter quoi que ce fût à un tel acte, y compris une homologation. Sur ce point, l'avis du 6 décembre 2002 a bien rappelé que l'article 2052 du code civil prévoyait que la transaction était par elle-même exécutoire de plein droit.

Mais aujourd'hui, ce raisonnement ne peut plus être tenu⁴⁵. À la suite de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, toute référence à l'autorité de la chose jugée a disparu : la transaction n'est plus qu'un contrat, parmi d'autres, qui a simplement la propriété d'empêcher la reprise du contentieux. L'article 2052 du code civil issu de cette loi dispose seulement désormais : « La transaction fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet. » Cette modification rédactionnelle a transformé la nature de la transaction.

Par conséquent, il est devenu nécessaire de construire un autre régime pour l'homologation des contrats de transaction. Non seulement parce qu'entre un régime trop peu encadré par le juge judiciaire et un régime obsolète devant le juge administratif, une réforme s'impose, mais aussi parce qu'il ne faut pas oublier qu'en privatisant le statut des acheteurs publics comme il le fait régulièrement, le législateur augmente mécaniquement le nombre des transactions de droit privé conclues sur des fonds dont l'origine reste largement publique ou le maniement contrôlé.

2. Il est indispensable de concevoir un régime nouveau et unifié de l'homologation des transactions.

Si on veut les encourager, il faut instaurer un moyen terme entre la quasi-automatisme de l'homologation judiciaire et les embûches de l'homologation administrative.

Cela suppose de concevoir une procédure et un contrôle de fond propres aux transactions de l'administration et des pouvoirs adjudicateurs, qu'elles soient des contrats administratifs ou de droit privé.

Plusieurs leçons doivent être tirées de la situation actuelle.

En premier lieu, assujettir l'homologation à une procédure au fond est incompatible avec la finalité même de la transaction, qui vise à donner une solution rapide au litige.

À cet égard, le législateur, comme il l'a fait pour les référés précontractuels, pourrait, dans chaque ordre de juridiction, conférer à un juge des référés le pouvoir de délivrer une homologation en présence des parties, invitées à venir s'expliquer. On objectera que le juge serait pris en otage par des parties qui se seront préalablement accordées : mais si la procédure est contradictoire et le contrôle aussi approfondi qu'en référé précontractuel, on ne voit guère où serait le risque.

Le choix d'une telle procédure permettrait d'espérer une homologation en quelques semaines, ce qui serait un compromis raisonnable entre une validation quasi certaine mais expéditive par le juge judiciaire et un contrôle méticuleux mais aléatoire par le juge administratif.

En deuxième lieu, sur le fond, le législateur devrait définir un corps de règles unique que tout juge de l'homologation devrait appliquer. Celles-ci ne devraient donc pas dépendre de la juridiction compétente, mais de la nature des parties et de l'objet de la transaction.

Dès lors que des personnes publiques ou des pouvoirs adjudicateurs seraient en cause, un contrôle des aspects économiques de la transaction pourrait ainsi être imposé au juge, tant administratif que judiciaire. Il pourrait comprendre la vérification de l'absence non seulement de libéralités – dans des limites à préciser –, mais également de toute violation du droit de la commande publique par la transaction, en particulier lorsque celle-ci comporte des effets sur l'avenir et des obligations de faire qui pourraient conduire à l'assimiler partiellement à un avenant.

En troisième lieu, l'homologation devrait être délivrée sans reconnaissance d'une faute, le juge étant parfaitement apte à ne s'intéresser qu'à la solution, sans émettre de jugement sur les comportements qui étaient à l'origine du litige. C'est la transaction qu'il faut juger, pas les parties.

En quatrième lieu et surtout, par l'effet de ce nouveau régime, l'homologation devrait avoir deux conséquences essentielles : d'une part, la propriété d'empêcher l'engagement de la responsabilité disciplinaire ou pénale des acteurs de la transaction (dont l'ordonnateur) ; d'autre part, l'attribution à la transaction d'un statut budgétaire particulier, permettant d'éviter d'assécher les crédits limitatifs de l'opération concernée, au seul motif que l'ordonnateur aurait fait le choix salutaire d'éviter un procès.

En définitive, le processus transactionnel a moins besoin de recommandations administratives que de sécurité juridique : celle qu'un juge des référés disposant d'une grille d'analyse propre à la nature de la transaction pourrait conférer à ce type de contrat, non seulement en lui donnant

force exécutoire, mais aussi et surtout en lui accordant un statut juridique et budgétaire sécurisé, propre à conforter la démarche de l'ordonnateur.

Quand on réfléchit aux montants en cause, à l'image que donnent certains contentieux de la puissance publique et au régime

actuel de l'homologation des transactions, il serait temps d'y penser. ■

¹ Rapport déposé par la commission des finances de l'Assemblée nationale le 17 octobre 2018 par M. Romain GRAU et Madame Véronique LOUWAGIE, au nom de la mission d'information relative à la gestion du risque budgétaire associé aux contentieux fiscaux et non fiscaux de l'État.

² Article 5 de la loi, ajoutant les articles L. 213-1 à L. 213-10 du code de justice administrative. V. également le décret n° 2018-101 du 16 février 2018 portant expérimentation d'une procédure de médiation préalable obligatoire en matière de litiges de la fonction publique et de litiges sociaux.

³ On conçoit toutefois qu'un tel accord puisse théoriquement recouvrir une qualification juridique plus large que celle de transaction, v. *infra*, II, B et note de bas de page n°33

⁴ Déjà Edouard Balladur, Premier ministre, avait publié une circulaire du 6 février 1995 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits.

⁵ Il devrait normalement payer, dès lors que les décisions de la juridiction administrative sont exécutoires de plein droit.

⁶ On rappellera qu'en application de l'article 2045 du code civil, dans sa rédaction issue de la loi n°2011-525 du 17 mai 2011 : « les établissements publics de l'État ne peuvent transiger qu'avec l'autorisation expresse du Premier ministre », délivrée par décret - v. sur ce point CE 23 avril 2001, req. n°215552 ; CE Section des travaux publics, Avis du 21 janvier 1997, n°359996 (EDGE).

⁷ N° 09-008-B.

⁸ Chapitre 2, paragraphe 2.2.1.

⁹ S'il est interdit de transiger sur le montant des intérêts moratoires (v. par exemple, CE 17 octobre 2003, req. n° 249822), la rapidité de traitement du litige aura évidemment une incidence sur celui-ci.

¹⁰ Art. 2044 du code civil, issu de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

¹¹ CE 9 novembre 2018, Société Natixis Lease Immo, req. 412696.

¹² V. not. CE Sect. 23 mai 1980 Commune d'Evaux-les-Bains req. 17583, Rec. p. 239 concl. D. Labetoulle AJDA 1981, p. 157 et s. ; v. également CE 8 février 2012, CCAS de Polaincourt, req. n° 340698 : « Considérant qu'il résulte de ces dispositions que, pour apprécier la validité des créances, les comptables doivent notamment exercer leur contrôle sur la production des justifications... que si ce contrôle peut conduire les comptables à porter une appréciation juridique sur les actes administratifs à l'origine de la créance et s'il leur appartient alors d'en donner une interprétation conforme à la réglementation en vigueur, ils n'ont pas le pouvoir de se faire juges de leur légalité. »

¹³ CE Ass. 6 décembre 2002, req. 249153

¹⁴ Voir CE 10 février 2014, SA Genica, req. 350265, relevant que la signature de l'autorité administrative apposée sur la lettre de transmission du protocole attestait son consentement à celui-ci, sans qu'il fût indispensable qu'elle soit réitérée sur ledit protocole

¹⁵ V. CE Sect. 19 mars 1971 Mergui, req. n°79962, Recueil p. 235 etc. avec les concl. De M. Rougevin-Baville - v. également CE 22 juin 2012, CCI de Montpellier, req. n°348676 : « Considérant qu'en vertu de l'interdiction faite aux personnes publiques de consentir des libéralités, un contrat administratif ne peut légalement prévoir une indemnité de résiliation ou de non-renouvellement qui serait, au détriment de la personne publique, manifestement disproportionnée au montant du préjudice subi par le cocontractant du fait de cette résiliation ou de ce non-renouvellement ». Voir en matière de contrats publics : CE Ass. Avis du 6 décembre 2002 Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de L'Hay-les-Roses req. n°249153.

¹⁶ Article 314-1 du code pénal : « L'abus de confiance est le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé. L'abus de confiance est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende. »

¹⁷ V. CE Sect 19 mars 1971, Mergui (req. n°79 962, Rec. p. 235 et s., concl. M. Rougevin-Baville.

¹⁸ RFDA 2003 p. 291.

¹⁹ Dans le même sens, 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 précise que « l'indemnisation d'un préjudice inexistant ou découlant d'un fait ou d'une faute non imputable à l'administration n'est pas envisageable ».

²⁰ CE 29 décembre 2000, M. Comparat, Rec. p. 658, concl. Fombour De nombreux aspects peuvent être pris en considération. Ainsi par exemple, dans l'arrêt d'Assemblée du 11 juillet 2008, Société Krupp Hazemag req. n°287354, le Conseil d'État a accepté d'homologuer une transaction dans laquelle une collectivité renonçait à une partie de sa créance, en échange du maintien l'activité de l'entreprise sur son territoire, avec des engagements chiffrés en termes d'emplois. On supposera incidemment que la transaction n'induisait aucune aide d'État.

²¹ Cass. civ. 30 juin 2016, arrêt 932

²² Renonciation à un contentieux d'appel nullité en l'espèce, que l'État et les entités qu'il contrôlait avait sans doute peur de gagner à l'époque.

²³ Sur le fondement précité de l'article 432-16 du code pénal, v. CJR, 19 décembre 2016, aff. 2016/0001.

²⁴ Voir toutefois, sur ce point, le maintien des exceptions prévues par l'article L. 312-1 du code des juridictions financières au profit des élus locaux et des ministres, par l'effet de la décision du Conseil constitutionnel du 2 décembre 2016, n°2016-599 QPC.

²⁵ Dans la plupart des cas, les textes ou les dispositions statutaires relatives aux collectivités publiques concernées prévoient que les transactions doivent être préalablement soumises à l'approbation de l'organe délibérant lorsque leur montant dépasse un seuil que celui-ci doit fixer. Rien n'interdit de fixer ce seuil à un niveau suffisamment bas pour tenter de sécuriser le processus transactionnel.

²⁶ Même si le principe *non bis in idem*, enfin admis dans une certaine mesure par le Conseil constitutionnel (Cons. constit. 18 mars 2015, n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC) peut limiter le cumul des sanctions pour les mêmes faits.

²⁷ On pourrait concevoir que si l'avocat, en tant que professionnel, fournit, notamment pour l'émission d'une opinion juridique, une assistance à la conclusion d'une transaction induisant un détournement de fonds publics, il soit complice de ce délit, en application de l'article 121-7 du code pénal, qui dispose notamment que « Est complice d'un... délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation ».

²⁸ Art. L. 423-2. : « Lorsqu'une administration de l'État souhaite transiger, le principe du recours à la transaction et le montant de celle-ci peuvent être préalablement soumis à l'avis d'un comité dont la composition est précisée par décret en Conseil d'État. L'avis du comité est obligatoire lorsque le montant en cause dépasse un seuil précisé par le même décret. À l'exception de sa responsabilité pénale, la responsabilité personnelle du signataire de la transaction ne peut être mise en cause à raison du principe du recours à la transaction et de ses montants, lorsque celle-ci a suivi l'avis du comité. »

²⁹ À cet égard, il a été jugé par le Conseil d'État que la transaction présente le caractère d'un document administratif communicable dans les conditions définies par les articles L. 300-1 à L. 311-2 du code des relations entre le public et l'administration (CE 18 mars 2019, req. 403465, publié au Recueil).

³⁰ L'article D423-7 du code des relations entre le public et l'administration prévoit seulement que comitè se prononce à la majorité validité des mandats de représentation

³¹ V. TA Poitiers 12 juillet 2018, req. 1701757 ; conclusions S. Ellie : Il n'est pas à exclure que le législateur ait sciemment entendu recourir au terme « accord » plutôt qu'au terme « transaction », même si les travaux parlementaires ne font pas ressortir une discussion franche et limpide sur les termes utilisés. Si la transaction bénéficie d'une définition à l'article 2044 du code civil et implique des concessions réciproques des parties, l'accord ne fait pas l'objet d'une définition particulière. Selon le Centre national de ressources textuelles et lexicales, il s'agit d'une entente, à portée souvent juridique, réglant un différend entre des particuliers. Il n'y a pas ici de notion de concessions réciproques, en tout cas pas forcément. Il nous paraît donc clair que le législateur a entendu donner à l'accord de médiation une portée plus large que celle de la transaction.

³² CAA de PARIS, 21 décembre 2018, req. 13PA04730-13PA04840.

³³ Art. 1567 du code de procédure civile : « Les dispositions des articles 1565 et 1566 sont applicables à la transaction conclue sans qu'il ait été recouru à une médiation, une conciliation ou une procédure participative. Le juge est alors saisi par la partie la plus diligente ou l'ensemble des parties à la transaction. »

³⁴ Tribunal des conflits, n° 07-03.600.

³⁵ Le commissaire du gouvernement Didier Chauvaux, ayant conclu sur la décision *Société Briançon Bus et Brunet* s'interrogeait sur les critères de compétence de la juridiction administrative en matière de protocoles transactionnels : « Faut-il retenir systématiquement la compétence judiciaire au motif que la transaction ne répond pas aux critères traditionnels des contrats administratifs, ou bien considérer que l'affaire doit être portée devant l'ordre de juridiction dont relevait le litige sur lequel les parties ont transigé ? » La réponse à la question était assez délicate, car la deuxième solution supposait de reconnaître une nouvelle catégorie de contrats administratifs à raison de leur objet « À côté des contrats relatifs à l'exécution du service public, à la réalisation de travaux publics ou à l'occupation du domaine public, figureraient ceux dont l'objet est de régler ou de prévenir un litige de nature administrative. » (M. Didier Chauvaux, concl. sur Tribunal des conflits, *Sté Briançon Bus et M. Brunet c/ Commune de Briançon*, 18 juin 2007, n° 3600). Voir également, pour un raisonnement analogue, en matière d'arbitrage les conclusions de Mattias Guyomar sur Trib. Confl., 17 mai 2010, *Institut national de la santé et de la recherche c. Fondation Letten F. Sausgstad*, n° C. 3754).

³⁶ Conseil d'État, *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Haj-les-Roses*, 6 décembre 2002, n° 249153 ; Statuant sur la recevabilité de la requête à fin d'homologation et sur l'office du juge, le Conseil d'État rappelle : « Lorsque cette condition [tenant à la recevabilité de la demande d'homologation dans l'intérêt général lorsque sa conclusion 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] 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, etc. »

³⁷ Publié au Recueil. On rappellera par analogie que les parties à un contrat administratif ne peuvent choisir l'ordre de juridiction qui tranchera leurs éventuels litiges (Trib. Confl. 10 décembre 2018, *Société d'aménagement d'Isola 2000*, n° 4143 ; Trib. Confl. 22 octobre 2007 *M. Chaume c/ société financière Midi-Pyrénées* n° 3624 ; Trib. Confl. 2 mars 2009 *société Aubrun-Tartarin c/ office national interprofessionnel des grandes cultures* n° 3656 ; CE 18 mars 2005 *M. Gombert* n° 265143 ; Cass. Civ.1^{ère}, 22 janvier 1991, pourvoi n° 89-14.757, Bull. 1991, I, n° 32).

³⁸ Abrogé par le décret n°2012-66 du 20 janvier 2012 ayant, avec le décret n° 2013-1280 du 29 décembre 2013 institué puis modifié les articles 1565 à 1567 précités du code de procédure civile.

³⁹ L'ancien article 1441-4 disposait : « 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. »

⁴⁰ Une cour d'appel a ainsi pu juger que même si à la suite d'une plainte avec constitution de partie civile, la légalité de la transaction pouvait être remise en cause, elle n'avait pas à dépasser les limites d'un contrôle formel au stade de l'homologation, v. Cass. 2^{ème} civ. 26 mai 2011, n° 06-19.527. Voir également : CA de Paris, 6 février 2015, n° 13/20281 « dans le cadre du contrôle confié au juge de l'homologation qui exclut l'appréciation de la validité de la transaction laquelle doit être discutée devant le juge du fond, force est de constater que cet acte présente toutes les apparences de la régularité formelle ; qu'en effet il comporte une signature sous le nom de M. Y. qui la conteste mais que l'expertise judiciaire en écritures conclut sans réserve qu'il en est l'auteur et que peu importe que M Y ait déposé plainte avec constitution de partie civile pour faux de nature à remettre en cause ultérieurement la validité de la transaction ; (...) que la nullité alléguée de la transaction tenant à son absence d'objet en raison du caractère fictif des prêts, à son absence de cause en raison de la contestation émise par M Y sur le versement des fonds et enfin à l'absence de consentement de M Y qui ne l'aurait pas signée, relève du contrôle de la validité de la transaction par le juge du fond ».

⁴¹ CA de Paris, 5 décembre 2013, n° 13/00067 : « Considérant que le juge ainsi saisi d'une demande d'homologation doit, pour la déclarer fondée, se borner à contrôler que la demande ressortit à sa compétence, que l'acte qui lui est soumis présente l'apparence d'une transaction et que celle-ci n'est pas manifestement contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs [...]. »

⁴² Art. 1566 du code de procédure civile (extrait) : « Le juge statue sur la requête qui lui est présentée sans débat, à moins qu'il n'estime nécessaire d'entendre les parties. »

⁴³ L'ancien article L. 1441-4 du code de procédure civile, dans sa rédaction antérieure au 20 janvier 2012, prévoyait que : « 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. », ce qui induisait que l'homologation était nécessairement rendue par un juge unique. Aujourd'hui, l'article 1566 du même code ne comporte plus cette précision. Cela étant, la jurisprudence confirme la compétence d'un juge unique en application de son article 801, selon lequel l'attribution d'une affaire au juge unique peut être décidée jusqu'à la fixation de la date de l'audience (voir par exemple TGI de Paris, 9^e chambre 2^e section, 28 mars 2018, n° 15/17369). V. également Benjamin Mathieu, L'office du juge de l'homologation d'une transaction : du nouveau ?, D. 2018. 222 : « La juridiction qui se prononce sur la demande d'homologation statue à juge unique, ce qui, de manière générale, dans l'hypothèse où une telle situation se présente, est justifié par la faible complexité du litige et donc de la tâche du juge. »

⁴⁴ CE Ass. Avis du 6 décembre 2002, préc. Voir également, CE 10 février 2014, *Société Gecina*, req. 350265.

⁴⁵ Même si on observe qu'il a été réitéré par la décision CE 9 novembre 2018, *Société Natixis Lease Immo*, req. n° 412696, pour une transaction conclue en mars 2018.