

Paris, le 6 avril 2011

Le Premier Ministre
n° 5524/SG

à

Monsieur le ministre d'État,
Mesdames et Messieurs les ministres,
Mesdames et Messieurs les secrétaires d'État,

Objet : Développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits.

La démarche de la revue générale des politiques publiques visant à optimiser l'efficacité de l'action administrative et à améliorer la qualité du service rendu aux usagers doit s'appliquer également à la prévention et au règlement des différends.

La simplification et la clarification des règles de droit de même que la qualité des consultations menées avant leur adoption sont de nature à prévenir les contentieux. L'effort engagé en matière de simplification administrative doit être résolument poursuivi pour déboucher sur des résultats tangibles. De nouvelles méthodes de consultation permettant d'associer les publics concernés à l'adoption des textes doivent également être mises en place comme le souligne ma circulaire du 8 décembre 2008 relative à la modernisation de la consultation.

Ces réformes nécessaires pourront certainement réduire le nombre des contentieux nés d'un déficit d'explication des mesures nouvelles ou des incompréhensions résultant de l'excessive complexité du droit. Elles ne permettront pas d'éviter pour autant l'existence de contentieux, parfois nombreux, entre l'administration et les personnes concernées par son action.

Comme l'avait déjà recommandé la circulaire du 6 février 1995 qui faisait suite au rapport du Conseil d'État intitulé "régler autrement les conflits", 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, tant pour l'administration que pour les personnes intéressées.

La transaction facilite le règlement rapide des différends. Elle permet ainsi une gestion économe des deniers publics, tout en favorisant une indemnisation rapide des parties.

La transaction peut aussi contribuer à l'efficacité des procédures contentieuses. Elle permet, en effet, de traiter de manière non juridictionnelle les litiges qui donnent lieu à un grand nombre de demandes similaires et de ne renvoyer aux juridictions que les litiges qui soulèvent un problème juridique sérieux ou ceux dans lesquels l'administration considère, après analyse des services juridiques compétents, que les demandes qui lui sont adressées sont infondées.

En revanche, dans tous les cas où l'existence d'une créance du citoyen est certaine, l'administration s'honore en entrant, sans tarder, dans une démarche transactionnelle, sans contraindre les intéressés à saisir le juge.

Aussi, 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'Etat a engagé sa responsabilité et où le montant de la créance du demandeur peut être évalué de manière suffisamment certaine.

Par une circulaire du 7 septembre 2009, les ministres chargés de l'économie et du budget ont déjà précisé les bonnes pratiques de la transaction dans le cas particulier des litiges portant sur l'exécution des contrats publics.

Il me paraît utile de rappeler, plus généralement, les règles qui s'appliquent en matière de transaction et de procéder aux mises à jour qui s'imposent.

Tel est l'objet de l'annexe à la présente circulaire qui annule et remplace ma précédente circulaire du 6 février 1995.

Vos collaborateurs pourront obtenir, auprès de la direction des affaires juridiques des ministères chargés de l'économie et du budget, en charge des fonctions d'agent judiciaire du Trésor, l'appui qu'ils souhaiteront pour les guider dans ce domaine.

Pour le Premier ministre
et par délégation,
le secrétaire général du Gouvernement



Serge LASVIGNES

ANNEXE

1. Principes généraux

1.1. Définition de la transaction

La transaction est un contrat écrit, permettant de terminer une contestation née ou de prévenir une contestation à naître (article 2044 du code civil). Il y a lieu de la distinguer de la conciliation, de la médiation ou de l'arbitrage.

La conciliation et la médiation sont des procédures de règlement amiable d'un différend, avant qu'une procédure juridictionnelle ne soit entamée ou menée à son terme. Ces procédures peuvent se conclure, en cas de succès, par une transaction, mais l'accord des parties peut prendre toute forme qu'elles souhaitent.

L'arbitrage est un mode juridictionnel de règlement des conflits. Il consiste à faire juger le litige par un ou des arbitres choisis par les parties, qui statuent selon les règles fixées par ces dernières et rendent une sentence arbitrale qui s'impose à elles. Les personnes publiques ne peuvent, en principe, recourir à l'arbitrage, sauf dans les cas mentionnés à l'article L 311-6 du code de justice administrative. Le contrat international est l'exception la plus notable.

La faculté de transiger a été reconnue à l'Etat par le juge administratif (C.E. 23 décembre 1887 de Dreux-Brézé, évêque de Moulins, Rec. p. 842 ; C.E. 17 mars 1893, Compagnie du Nord, de l'Est et autres, Rec. p. 245).

1.2. Droit applicable aux transactions conclues par des personnes publiques

Le contrat de transaction relève de la compétence du juge qui aurait été compétent pour statuer sur le litige au fond, s'il avait été porté devant un tribunal (TC, 18 juin 2007, Sté Briançon Bus, Rec. p. 600).

Les transactions qui ont pour objet le règlement ou la prévention de litiges pour le jugement desquels le juge administratif sera compétent, sont donc des contrats administratifs.

Tel est le cas, par exemple :

- des transactions relatives à des marchés de travaux publics (CE, 9 mai 1884, Ville de Nîmes, Rec. p. 304 ; C.E. 23 octobre 1970, sieur Clot et société Oréface, Rec. p. 61 ; CE, 10 novembre 2004, Entreprise Paul Milet n° 256031) ;
- des transactions relatives aux conséquences d'un dommage de travaux publics (T.C. 26 octobre 1981, syndicat des copropriétaires de l'immeuble Armenonville c. Ville de Cannes, A.J.D.A. 1982 p. 528 et C. Cass. 26 juin 2001 n° 99-17586, Bull 2001 n° 185 p 117).

Les règles énoncées par le juge administratif en matière de transaction s'inspirent des dispositions du droit privé (pour un exemple concernant une transaction en matière fiscale, cf. C.E. 28 septembre 1983, Soc. Etablissement Prévost, Rec. p 376). Il peut néanmoins adopter des solutions particulières. Celles-ci sont précisées dans les développements qui suivent.

1.3. Conditions de validité de la transaction

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

L'article 2045 du code civil dispose que « pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction ».

1.3.1.1. Sur la capacité du cocontractant

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

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

- en cas de redressement judiciaire, l'autorisation du juge commissaire en charge de la procédure collective est nécessaire pour transiger;
- en cas de liquidation, le mandataire-liquidateur a seul compétence pour transiger, à condition d'y avoir été autorisé par le juge commissaire.

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

- si la procédure en cours concerne une juridiction de l'ordre judiciaire, le mandat de représentation en justice défini par l'article 417 du code de procédure civile est réputé permettre à celui-ci de proposer ou d'accepter des offres ;
- si la procédure intervient devant le juge administratif, l'avocat ne peut, en revanche, transiger qu'en vertu d'un mandat exprès (C.E. Section, 5 janvier 1966, sieur Hawezack, Rec. p. 6). En effet, l'article R 431-1 du code de justice administrative ne donne mandat général de représentation que pour les actes de procédure.

1.3.1.1.4. Lorsque la transaction implique une personne incapable mineure ou majeure, les règles édictées par le code civil (articles 389 et suivants pour les mineurs; articles 414 et suivants pour les majeurs) doivent être respectées, à peine de nullité de l'acte.

1.3.1.2. Sur les autorités administratives habilitées à transiger

1.3.1.2.1. L'Etat

Chaque ministre est compétent pour transiger au nom de l'Etat dans les matières qui relèvent de son département (C.E. 23 décembre 1887 de Dreux-Brézé, préc, et C.E. 8 avril 1921, Compagnie de la N'Goko-Sangha, Rec. p. 351).

Il en résulte que les directeurs d'administration centrale sont habilités à conclure des transactions au nom de leur ministre, dans les limites de leurs attributions. Cette autorisation découle de la délégation générale de signature dont ils bénéficient, sur le fondement du décret n° 2005-850 du 27 juillet 2005 relatif aux délégations de signature des membres du Gouvernement.

En ce qui concerne les services déconcentrés de l'Etat, pour lesquels le décret du 27 juillet 2005 n'est pas applicable, la faculté de transiger n'est ouverte que si leurs responsables bénéficient d'une délégation du préfet à cet effet.

Sont notamment compétents pour signer une transaction en matière de commande publique, les services de l'Etat qui l'étaient pour signer le contrat.

Enfin, certains textes donnent compétence à des autorités particulières pour transiger dans certaines matières : ainsi par exemple, les autorités douanières, sur le fondement de l'article 350 du code des douanes, les autorités fiscales sur le fondement de l'article L 247-3 du livre des procédures fiscales ou l'Etat agissant en qualité d'assureur ou d'organisme social dans le cadre des accidents de la circulation, en application de la loi Badinter du 5 juillet 1985 et des articles L211-8 et suivants du code des assurances.

Ces procédures particulières ne sont pas traitées dans la présente circulaire.

L'agent judiciaire du Trésor est seul compétent, sur le fondement de l'article 38 de la loi du 3 avril 1955, pour transiger au cours d'une procédure contentieuse devant une juridiction de l'ordre judiciaire, hors les matières fiscales, douanières, domaniales ou d'expropriation pour cause d'utilité publique, dès lors qu'une demande pécuniaire a été formulée contre l'Etat.

Cependant, sur le fondement des articles 4 et 5 du décret n° 92-1369 du 29 décembre 1992 lorsque l'Etat est titulaire d'une créance à recouvrer visée à l'article 80 du décret du 29 décembre 1962, c'est-à-dire hors les matières fiscales, domaniales, les amendes et les condamnations pécuniaires, pour laquelle un titre de perception a été émis, la procédure transactionnelle s'effectue de la manière suivante :

- le comptable public est compétent pour transiger lorsque le montant de la créance ne dépasse pas 76 000 € ;
- l'agent judiciaire du Trésor est seul compétent pour les créances supérieures à 76 000 €.

1.3.1.2.2. Les établissements publics de l'Etat

Les dispositions de l'article 2045 du code civil n'autorisent les établissements publics de l'Etat à transiger, en principe, qu'avec l'autorisation du Premier ministre (CE, 14 décembre 1998, Chambre d'agriculture de La Réunion, Rec p. 729). Néanmoins, la plupart des établissements publics sont désormais autorisés par leur statut, pris par décret, à transiger. Ce n'est que dans le silence des statuts, qu'un décret du Premier ministre doit autoriser, au cas par cas, la signature de la transaction envisagée par l'établissement public (CE, 23 Avril 2001, Ceccaldi-Raynaud, n° 215552).

1.3.1.2.3. Les collectivités territoriales et leurs établissements publics

Les collectivités territoriales et les établissements publics locaux peuvent transiger librement depuis la loi du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions (CE, Section des travaux publics, avis n° 359996, 21 Janvier 1997 : EDCE 1998, p 184).

Lorsqu'a été conclu un marché public d'assurance, cette liberté peut, en pratique, être limitée pour les collectivités territoriales qui, ayant souscrit une assurance de responsabilité, ne peuvent recourir à la transaction, lorsque l'assureur a stipulé qu'aucune reconnaissance de responsabilité ou transaction intervenue en dehors de lui, ne lui était opposable.

La signature d'une transaction nécessite, en principe, l'autorisation préalable de l'organe délibérant. Les règles propres à certains organismes publics autorisent, cependant, l'organe délibérant à accorder une délégation de compétence à l'autorité exécutive pour la conclusion de transaction. Cette délégation peut être limitée à certains domaines ou plafonnée à certains montants.

En l'absence de délégation, une délibération préalable de l'organe délibérant est nécessaire, pour autoriser la signature de chaque contrat.

L'organe délibérant doit se prononcer sur « tous les éléments essentiels du contrat à intervenir, au nombre desquels figurent, notamment, la contestation précise que la transaction a pour objet de prévenir ou de terminer et les concessions réciproques que les parties se consentent à cette fin » (CE, 11 Septembre 2006, commune de Théoule sur mer, Rec., p. 395). Toutefois, la jurisprudence n'exige pas que l'organe délibérant examine le texte même du contrat de transaction avant d'accorder son autorisation.

La signature de la transaction par l'exécutif de la collectivité territoriale ou de l'établissement public ne peut intervenir avant que la délibération de l'organe délibérant qui l'autorise, lorsqu'elle est requise, n'ait acquis un caractère exécutoire. Cela implique, pour les collectivités et établissements soumis au contrôle de légalité, que cette délibération ait été réceptionnée par les services préfectoraux.

La signature de la transaction avant cette transmission n'entraîne plus, cependant, depuis la décision du Conseil d'Etat, Ass. 28 décembre 2009, commune de Béziers, n°304802, la nullité du contrat.

1.3.2. L'objet de la transaction doit être licite

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

1.3.2.1. Les règles relatives à l'organisation de l'Etat, des services publics et des établissements publics sont d'ordre public et ne peuvent donner lieu à transaction. L'administration ne peut pas, par voie transactionnelle, renoncer à une compétence. Elle ne peut davantage faire, par voie de transaction, des actions qui lui sont interdites par la loi, comme par exemple :

- aliéner une parcelle du domaine public (Cass. Req., 7 novembre 1892, veuve Dessales c. Veillas et Chamussy, Dalloz 1893 I, p. 61);
- procéder à la délimitation du domaine public (C.E. 20 juin 1975, Leverrier, p. 382) ;
- déterminer l'étendue de ses pouvoirs de police (Cons. de préf. de Lille, 18 mai 1953, maire de Nouveaux contre Lagache, Dalloz 1953, p. 470) ;
- renoncer au paiement des intérêts moratoires exigibles (CE, 17 octobre 2003, Ministre de l'intérieur et syndicat intercommunal d'assainissement le Beausset, Rec. p. 411).

1.3.2.2. Plus généralement, les questions de légalité sont hors du champ de la transaction. Ainsi l'administration ne peut pas transiger, en accordant une compensation financière pour permettre le maintien d'une décision illégale. Elle peut, en revanche, transiger pour indemniser le préjudice né d'une décision illégale, qui aurait, par ailleurs, été abrogée ou retirée.

1.3.2.3. En principe, une collectivité publique ne peut pas transiger sur les effets de la chose jugée (C.E. 15 avril 1869, section de Saint-Lovand, S.1869.2.95).

Le juge judiciaire fait, cependant, de ce principe une application assez souple. Sauf lorsqu'une décision de justice statue sur des droits qui échappent à la libre disposition des parties (par exemple, les matières relatives à l'état des personnes), il considère que l'autorité de la chose jugée est une règle d'intérêt privé. Il est donc possible de transiger après un jugement, et notamment pour régler les difficultés d'exécution qu'on a pu rencontrer.

En matière administrative, les parties ne peuvent pas remettre en cause les décisions rendues en excès de pouvoir (CE, Section, 13 juillet 1967, Ministre de l'Education nationale c. Ecole privée de filles de Pradelles, Rec. p.339). Mais en plein contentieux, le principe est inverse. Le Conseil d'Etat a admis assez tôt une transaction portant sur les dépens d'une instance (25 février 1921, Larminier, Rec. p. 239).

Il a ensuite admis que des parties ayant conclu une convention par laquelle elles ont décidé d'abandonner la voie judiciaire et de soumettre leur différend à la juridiction administrative, puissent avoir ainsi renoncé d'un commun accord à se prévaloir de la chose jugée résultant du jugement du tribunal de grande instance (CE, 26 juin 1974, Société La Maison des isolants-France, Rec. p.365)

Par une décision rendue en Assemblée le 11 juillet 2008, Société Krupp Hazemag, Rec. p. 273, le Conseil d'Etat a reconnu la validité d'une transaction conclue après l'arrêt d'une cour administrative d'appel, alors qu'était pendant un pourvoi en cassation.

1.3.3. La transaction doit prévenir ou terminer une contestation effective

Une transaction ne peut intervenir que pour régler un différend né ou à naître. Elle n'a pas pour objet de résoudre des questions hypothétiques ou de réduire des incertitudes.

Le recours à la transaction est, cependant, envisageable même en l'absence de différend sur l'évaluation du dommage faisant l'objet du litige.

La circonstance qu'il y a accord entre l'administration et le requérant sur le montant du dommage n'a pas fait disparaître, en effet, la cause du litige qui peut tenir à l'illégalité commise par l'administration. Tel peut être le cas d'un préjudice né pour le propriétaire d'un défaut d'octroi du concours de la force publique pour faire exécuter un jugement d'expulsion. Dans cette hypothèse, la transaction par laquelle l'administration reconnaît l'existence du préjudice et en répare entièrement le montant, prévient bien un différend au sens de l'article 2044 du code civil.

1.3.4. Des concessions réciproques doivent être consenties

1.3.4.1. Une transaction doit comporter des concessions réciproques. La jurisprudence du juge judiciaire et du juge administratif, en ce sens, est constante.

La Cour de cassation, notamment en matière sociale, exerce un contrôle croissant sur la réalité des concessions. Elle en apprécie la teneur à la date de la signature de l'acte (Cass.soc. 28 janvier 2004, pourvoi n° 01-46.538) ; cette évaluation est faite indépendamment de la qualification qui leur a été donnée par les parties (Cass.soc. 27 mars 1996 : Bull. V n° 124) qui pourrait les avoir minimisées ou, au contraire, surestimées.

Ces concessions ne doivent pas nécessairement être d'ampleur équivalente. Elles doivent, toutefois, représenter un sacrifice réel et appréciable pour chacune des parties (Cass. Soc. 19 février 1997 : Bull. V n° 74 – Cass.soc., 3 novembre 1998, pourvoi n° 96-42.510 – Cass.soc., 7 février 2007, n° 05-41.623, inédit). Une transaction, dans laquelle une seule des parties consentirait à abandonner unilatéralement toutes ses prétentions, constituerait une libéralité.

Le juge administratif vérifie la réciprocité et l'équilibre des concessions (CE, 29 décembre 2000, M. Comparat, Rec. p. 658, concl. Fombeur) et sanctionne les transactions ne comportant manifestement pas d'équilibre dans les concessions réciproques des parties (CE, Section 19 mars 1971, Sieurs Mergui, p. 235, concl. Rougevin-Baville). Il donne, cependant, aux parties, comme le juge judiciaire, une marge de manœuvre importante dans l'élaboration d'un compromis. Les engagements ne doivent pas nécessairement être équivalents et peuvent ne pas être de même nature (CE, Ass, 11 juillet 2008, Société Krupp Hazemag préc.). Une partie peut renoncer à la réparation indemnitaire accordée par le juge contre l'engagement de l'autre partie d'accomplir elle-même les travaux que cette indemnité devait financer (CE, 30 octobre 1974, Commune de Saint Pierre les Bois c. Sieur Gohin, Rec. p. 525).

La règle des concessions réciproques ne signifie pas que la personne publique doit exiger de son cocontractant qu'il renonce à une partie de l'indemnisation qui lui est due, si le montant du dommage n'est pas contesté, en particulier, mais pas seulement, lorsqu'il a été établi par une expertise (cf. point 1.3.3 ci-dessus).

Dans un tel cas, la personne publique trouve avantage à la conclusion d'une transaction, en obtenant, en échange du versement immédiat du montant non contesté de la réparation intégrale du préjudice, l'assurance que ne sera pas remise en cause ultérieurement l'indemnisation versée, ainsi que la certitude de ne pas avoir à payer les frais et les délais d'un contentieux, économisant ainsi à tout le moins d'éventuels intérêts moratoires.

1.3.4.2. La personne publique ne doit pas se livrer à une libéralité.

La personne publique ne peut pas être condamnée à payer une somme qu'elle ne doit pas (C.E. Section, 19 mars 1971, Sieurs Mergui, Rec. p. 235, conclusions Rougevin-Baville).

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

Ainsi, par exemple, lorsque l'administration transige pour régler un litige où sa responsabilité est mise en cause, elle ne peut accorder une indemnité que si sa responsabilité est établie et pour les seuls chefs de préjudice indemnissables. De même, il n'est pas possible de renoncer, par voie transactionnelle, à se prévaloir de la prescription quadriennale. Le relèvement de la prescription quadriennale ne peut se faire que dans le respect de règles posées par la loi n° 68-1250 du 31 décembre 1968.

La jurisprudence administrative a parfois fait de cette règle une application sévère. Cependant, l'avis du Conseil d'Etat rendu en Assemblée le 6 décembre 2002, Syndicat intercommunal des établissements du second degré du district de L'Hay-les-Roses, Rec. p. 433 est revenu à l'approche plus souple qui était celle que proposait M. Rougevin-Baville dans ses conclusions sur la décision Mergui, précitée : « Ce qui est d'ordre public, ce n'est pas une éventuelle exagération de l'indemnité [...] supérieure au préjudice subi, à moins que la disproportion ne soit telle que la prétendue transaction ne devienne une libéralité [...] ». Le juge doit refuser l'homologation de l'accord des parties « 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. ».

La jurisprudence interdit ainsi les libéralités mais elle ne prive pas les parties de la marge d'appréciation qui peut s'avérer nécessaire pour conclure la transaction.

1.4. Effets de la transaction

L'administration est juridiquement engagée, dès qu'elle adresse à la partie adverse une proposition écrite de transaction. Elle ne peut plus, après cet envoi, modifier son offre, sauf si celle-ci est refusée, et ce même en cas d'erreur matérielle. La proposition de transaction doit donc être rédigée avec une extrême attention et doit être signée au même niveau hiérarchique que celui auquel sera signée la transaction elle-même.

Les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort (article 2052 du code civil). Elles ne peuvent être contestées pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion.

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

La transaction est exécutoire de plein droit « sans qu'y fassent obstacle, notamment, les règles de la comptabilité publique » (Avis d'Assemblée du CE du 6 décembre 2002, Syndicat intercommunal des établissements du second degré de L'Hay-les-Roses, préc. et Ass.11 juillet 2008, Sté Krupp Hazemag, préc.).

En dehors de l'obligation d'exécution incombant aux parties, la transaction a trois effets.

1.4.1. Un effet extinctif

Lorsqu'une transaction a été régulièrement conclue et que les parties ont exécuté les obligations qu'elle comporte, elle fait obstacle à tout recours juridictionnel ultérieur concernant le même litige. Un tel recours est irrecevable (C.E. 8 février 1956, dame Germain, Rec. p. 69; C.E. 31 mars 1971, sieur Baysse, Rec. p. 1116).

1.4.2. Un effet relatif

Comme tout contrat, la transaction n'a d'effet qu'entre les parties (C.E. 15 janvier 1984, O.P.H.L.M. de la ville de Firminy, Rec. p. 672).

Une transaction à laquelle la personne publique n'est pas partie ne lui est, en aucun cas, opposable.

Dans le domaine de la commande publique, lorsque la transaction est signée par un mandataire d'un groupement d'entreprises, elle engage la totalité des membres de ce groupement (CE. 21 janvier 1994, SA Stefal n° 64167).

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

La circonstance que la collectivité publique a dû procéder à l'indemnisation d'un préjudice, dont le montant a été établi dans le cadre d'un règlement amiable formalisé par une transaction, ne fait pas, par elle-même, obstacle à la possibilité pour la collectivité d'engager une action récursoire contre le responsable du dommage qui a commis une faute personnelle à l'origine de celui-ci (CE, 12 décembre 2008, ministre de l'éducation nationale c/MA, n° 296982 ; CE, 8 août 2008, M. Thierry A., n° 297044).

1.4.3. Un effet reconnaissant

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

1.5. *L'homologation de la transaction*

Il peut arriver que les parties souhaitent obtenir une validation juridictionnelle de la transaction conclue par la voie de l'homologation.

L'homologation de la transaction et les litiges nés de son exécution relèvent de la compétence du juge judiciaire ou de celle du juge administratif selon les règles exposées au point 1.2.. Elle n'est pas nécessaire et ne peut être demandée au juge administratif que lorsque son exécution rencontre une difficulté particulière.

1.5.1. L'homologation par le juge judiciaire

En matière judiciaire, le juge compétent est le président du tribunal de grande instance ; l'homologation donne à la transaction force exécutoire (article 1441-4 du code de procédure civile). Le juge opère un contrôle restreint, limité à la validité formelle de l'acte et à sa conformité apparente avec l'ordre public.

Lorsque ce magistrat refuse d'homologuer une transaction, celle-ci devient nulle et ne peut produire aucun effet.

1.5.2. L'homologation par le juge administratif

La transaction n'a pas à être homologuée pour constituer un titre exécutoire (Avis d'Assemblée du CE du 6 décembre 2002, Syndicat intercommunal des établissements du second degré de L'Hay-les-Roses préc.).

Aucun texte ne prévoit une procédure d'homologation devant le juge administratif. Le 6 décembre 2002, le Conseil d'Etat a cependant ouvert une voie de droit prétorienne, en admettant la recevabilité d'une demande d'homologation présentée au juge administratif, en dehors de toute instance juridictionnelle « 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 » (Avis du CE précité).

Saisi d'une demande d'homologation, le juge administratif se livre à une vérification plus étendue que celle du juge judiciaire. Elle porte, en particulier, sur la licéité de l'objet, l'absence de libéralité et la conformité à l'ordre public. Le délai d'examen est donc plus long que devant le juge judiciaire. Le refus d'homologation pour illégalité rend la transaction nulle et de nul effet (cf. pour un exemple, CAA Lyon 7 janvier 2010, Sté Brace ingénierie n° 08LY00326).

La transaction constitue, en elle-même, un titre exécutoire ; aussi, le recours à l'homologation par le juge administratif doit-il rester exceptionnel.

Le juge administratif n'admet la recevabilité d'une demande d'homologation que lorsque son exécution rencontre une difficulté sérieuse. Le refus du comptable de l'exécuter n'en constitue pas une (CAA Douai, 13 avril 2006, 02DA00157). La seule circonstance qu'une clause de la transaction ait prévu qu'elle ne prendrait effet qu'à compter de son homologation ne constitue pas davantage une telle difficulté. (TA Paris, 8 novembre 2006, n° 060410913, Ministère de la Défense).

Une telle clause est donc à proscrire.

2. Directives pratiques

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

L'administration doit veiller à ne pas rechercher, à tout prix, un règlement amiable du litige, qui la conduirait à des concessions excessives. Mais elle ne doit pas non plus rechercher, par principe, un arrangement désavantageux pour son partenaire. En effet, l'autorité publique a en charge l'intérêt général. Elle ne saurait chercher à obtenir des avantages injustifiés de la part d'un partenaire mal informé. Si l'autorité publique ne peut consentir à des libéralités, elle a, en revanche, le devoir de s'acquitter loyalement de ses obligations.

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

2.2.1. Le recours à la transaction exige des services une compétence juridique. Il faut, en effet, faire un travail d'analyse semblable à celui qui incomberait au juge, si le différend était porté devant lui.

Doivent être au préalable examinées l'ensemble des considérations de droit et de fait qui commandent l'issue du différend, afin de pouvoir formuler des propositions de règlement amiable appropriées.

L'examen du dossier doit permettre d'évaluer le risque contentieux et donc financier encouru. L'administration peut alors conclure une transaction satisfaisante ou aborder dans les meilleures conditions la phase juridictionnelle s'il apparaît raisonnablement sûr qu'une décision contentieuse sera plus favorable aux intérêts de la collectivité.

Lorsque de difficiles questions de droit se posent, pour lesquelles il n'y a pas de réponse assurée, ou lorsque la partie adverse émet des revendications manifestement infondées ou excessives qu'elle refuse de réviser après une négociation de bonne foi, il vaut mieux soumettre la question au juge.

En revanche, lorsque l'examen du dossier permet d'établir, avec une raisonnable certitude, que la responsabilité pécuniaire de l'administration est engagée, la transaction doit être envisagée. Elle doit être proposée dans tous les cas où l'évaluation des sommes dues ne soulève pas de difficulté particulière. La voie juridictionnelle pourra néanmoins être préférée lorsque, en raison notamment d'une incertitude sur la part de responsabilité revenant à l'Etat, l'évaluation des sommes dues laisse place à un aléa important.

2.2.2. L'évaluation des sommes dues

La détermination des préjudices indemnisables et l'évaluation des sommes qui pourront être offertes dans le cadre d'une transaction sont faites selon les principes dégagés par la jurisprudence :

- le lien entre le comportement de l'administration et le préjudice allégué doit être direct ;
- le préjudice indemnisé peut être celui d'une victime directe ou d'un ayant droit; dans ce dernier cas, le lien avec la victime directe doit être vérifié ;
- le préjudice doit être actuel et certain; les préjudices futurs ne sont pas indemnisables, sauf s'ils constituent un prolongement direct et certain du préjudice actuel ;
- l'évaluation doit être faite suivant les règles qu'appliquerait le juge compétent, s'il était saisi de l'affaire ;
- la somme proposée doit permettre de réparer le préjudice, mais ne doit pas excéder le montant de celui-ci, sous réserve des approximations admises par l'utilisation de méthodes forfaitaires ;
- la somme proposée doit tenir compte d'un éventuel partage de responsabilité avec d'autres personnes responsables ou avec le demandeur lorsque celui-ci a commis une faute de nature à réduire la responsabilité de l'Etat.

2.2.2.1. Les évaluations sur justificatifs

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

La personne publique ne peut exiger que les travaux soient effectués avant que la transaction n'intervienne. La victime est libre, en effet, de décider, de ne pas faire les réparations dont elle a fourni le devis et pour lesquelles elle a reçu indemnisation.

En ce qui concerne les travaux immobiliers, il est conseillé de demander au plaignant qu'il fournisse au moins deux devis, lorsque les sommes en cause dépassent 4 000 euros¹, en vérifiant que ces devis correspondent effectivement à la réparation du préjudice allégué. Sauf exception, afin d'éviter toute contestation sur la bonne exécution de ceux-ci, la personne publique ne doit pas s'engager à effectuer elle-même les travaux.

¹ Par analogie avec le seuil de mise en publicité pour les marchés régis par le code des marchés.

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

Les préjudices économiques (perte d'exploitation, perte d'emploi avec reclassement professionnel...), doivent être justifiés par tout document pertinent.

On rappellera que l'article L. 122 du livre des procédures fiscales permet d'opposer ses déclarations fiscales ou douanières à toute personne qui réclame une indemnité à l'Etat, à une collectivité territoriale ou à un établissement public.

2.2.2.2. Le recours à la jurisprudence

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

La direction des affaires juridiques des ministères financiers, qui exerce la fonction d'agent judiciaire du Trésor, dispose d'une grande expérience en cette matière ; les administrations s'adresseront utilement à elle pour les aider à déterminer les montants financiers qui pourront être proposés.

2.2.3. L'expertise

Sauf si le litige est simple ou porte sur des sommes peu élevées, le recours à un expert est souvent utile. Celui-ci peut évaluer le montant du préjudice indemnisable ou éclairer l'administration sur l'existence d'un lien de causalité entre les agissements imputables à l'administration et les dommages causés.

Il n'est pas souhaitable que l'administration désigne un expert de façon unilatérale. En effet, la partie adverse pourrait mettre en cause son impartialité. L'expert sera donc désigné d'un commun accord. A défaut, il est possible de demander au juge administratif ou judiciaire, selon la nature du litige, de procéder à cette désignation par voie de référé.

2.2.4. Informer le contrôle financier

Une transaction ne peut être conclue par un département ministériel sans l'aval de l'autorité chargée du contrôle financier.

Le rôle de celui-ci est de veiller à la régularité de la dépense et de s'assurer que les crédits correspondant au montant de l'indemnisation à verser par l'Etat sont engagés comptablement sur la ligne budgétaire appropriée. Afin de permettre une rapide exécution des accords transactionnels ou d'éviter un éventuel refus de visa, il est vivement conseillé de prendre l'attache du contrôleur financier, avant d'envoyer une proposition formelle de transaction. Cette conduite s'impose, en particulier, lorsque la transaction porte sur des sommes importantes.

2.3. *La rédaction du protocole transactionnel*

Pour éviter toute contestation ultérieure, la rédaction du protocole doit être précise et complète.

La transaction doit être constatée dans un écrit. Il n'existe pas de formalisme particulier, mais les mentions suivantes doivent toujours s'y trouver :

- le nom, l'état-civil ou la raison sociale, les coordonnées des parties et la qualité des signataires ;
- le rappel sommaire des faits, accompagné de leur date; lorsque l'administration est à l'origine de dommages successifs, la mention de la date permet de s'assurer qu'il n'y a pas de double indemnisation pour un même dommage;
- l'énoncé précis et complet du litige que la transaction entend régler ; une transaction ne règle que les différends qui s'y trouvent énoncés ;
- la référence éventuelle de l'expertise; si la transaction est fondée sur les conclusions d'un rapport d'expertise (médical ou non), il est souhaitable d'en faire état. Un exemplaire du rapport doit être conservé par l'administration ;
- le montant total de la somme à verser par l'Etat, en précisant si ce montant est hors taxe ou non.

Si les préjudices sont détaillés (notamment pour le préjudice corporel, le déficit fonctionnel temporaire, les souffrances endurées, le préjudice esthétique), les sommes offertes peuvent être aussi détaillées.

Les justificatifs des préjudices matériels réparés doivent être joints au protocole.

- les sommes éventuellement versées par les organismes sociaux agissant en qualité de tiers payeurs, qu'ils soient parties ou non au protocole, doivent être précisées, afin qu'il soit fait application des règles relatives au recours subrogatoire des tiers payeurs ;
- une formule de renonciation à tout recours ultérieur portant sur les mêmes faits, et de désistement si un contentieux est en cours dont la rédaction pourrait être la suivante : « M..... renonce à toute action, prétention et à tout recours à l'encontre de l'Etat relatifs aux mêmes faits et se désiste de toute instance ou action en cours engagée contre l'Etat ».

Cette mention ne dispense pas l'intéressé de produire en justice un désistement exprès, dont il devra envoyer copie à l'administration.

- en cas d'instance en cours, il est conseillé de régler dans le protocole le sort des dépens, et des frais irrépétibles, y compris ceux exposés, le cas échéant, en première instance.

La mention à utiliser est la suivante : « soit X pour solde de tout compte ».

2.4. La signature du protocole transactionnel

Le protocole transactionnel est établi en un nombre suffisant d'exemplaires, dont deux sont destinés à la personne publique (l'un pour le service signataire et l'autre pour le service comptable). L'ensemble des exemplaires est ensuite proposé à la signature des parties qui mentionnent leur nom et, pour les personnes morales, la qualité du signataire.

Il est recommandé que les parties paraphent le bas de chaque page du protocole et fassent précéder leur signature, en dernière page, de la date et de la mention manuscrite « Bon pour renonciation à tout recours » ou, en cas d'instance en cours, « Bon pour désistement d'instance et renonciation à tout recours ».

Le représentant de la personne publique paraphe, signe et date toujours le dernier.

2.5. L'exécution du protocole transactionnel

2.5.1. La personne publique doit exécuter de bonne foi les transactions qu'elle a conclues. Certaines d'entre elles peuvent, au demeurant, prévoir une date au-delà de laquelle, faute de paiement, la convention peut être caduque ou une date au-delà de laquelle des intérêts moratoires sont dus. Sauf stipulation contraire, le taux d'intérêt est celui de l'intérêt légal, précisé chaque année par décret.

C'est pourquoi, une fois le protocole transactionnel conclu, il importe que l'administration procède, dans les plus brefs délais, au règlement des sommes dues. Un retard exagéré à exécuter ses obligations, même lorsqu'aucune clause de péremption n'a été insérée, peut conduire son cocontractant à remettre en cause les termes mêmes du protocole, particulièrement si celui-ci a pour objet l'indemnisation de pertes d'exploitation ou le versement d'indemnités pour pertes de jouissance. En outre, toute sommation de payer est de nature à ouvrir droit à des intérêts moratoires même lorsque la convention n'en a pas prévu le principe.

Le paiement par le comptable public suppose que celui-ci s'assure de la production des justificatifs exigibles, au nombre desquels figure le contrat de transaction signé et, le cas échéant, transmis au représentant de l'Etat. Selon les personnes publiques concernées, la transmission d'autres pièces doit être requise par le comptable, telle la délibération de l'organe délibérant habilitant l'autorité exécutive à signer ce contrat.

Les comptables publics ne sont fondés à refuser d'effectuer les opérations ou d'exécuter les paiements prévus par les transactions que lorsque de telles pièces n'ont pas été produites par l'ordonnateur ou pour l'un des motifs limitativement énumérés par les articles 12 et 13 du décret du 29 décembre 1962 portant règlement général de la comptabilité publique (absence de qualité de l'ordonnateur ou de son délégué, indisponibilité des crédits, inexactitude de l'imputation budgétaire de la dépense, absence de validité de la créance ou absence de caractère libératoire du paiement).

Les comptables publics doivent s'assurer de la cohérence des pièces justificatives produites. En revanche, il ne leur appartient pas de vérifier l'effectivité et l'équilibre des concessions consenties par les parties à la transaction. Les missions qui leur sont assignées ne les autorisent pas, en effet, à contrôler la validité des contrats qui leur sont présentés (CE, 5 février 1971, Balme, Rec. p.105 ; CE, 10 février 1997 Ibo, Rec. p.751 ; Cour des Comptes, 28 mai 1952, Marillier, Rec. Valentigney : Gr. Arrêts jur.fin. n° 15).

2.5.2. L'imputation budgétaire des sommes versées doit être déterminée, dès le début de la procédure transactionnelle

Qu'il s'agisse de litiges de nature contractuelle, c'est-à-dire si la responsabilité de l'Etat résulte d'un marché ou de toute autre forme de contrat, ou de litiges de nature extracontractuelle, 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.

Vous voudrez bien transmettre à la direction des affaires juridiques des ministères chargés de l'économie et du budget, agent judiciaire du Trésor, toute difficulté qui pourrait survenir dans la mise en œuvre des règles rappelées par cette circulaire.