

Une récente circulaire est venue poser des règles à la transaction en cas de litiges sur des contrats. Les collectivités qui souhaitent utiliser ce dispositif bienvenu y trouveront de quoi lever la méfiance des organismes de contrôle financier.

➤ **Éric Lanzarone**, avocat au barreau de Marseille • elanzarone@yahoo.fr

➤ **Ludovic Myhie**, juriste territorial, fondateur de juris-connect.com • ludovic.myhie@juris-connect.com

Transaction : un bon procédé pour échanger

Pour pallier les difficultés d'exécution ou celles nées de l'annulation des contrats, l'administration a rapidement compris l'intérêt de transiger. La transaction permet en effet de terminer une contestation née ou de prévenir une contestation à naître, par inspiration des règles posées par l'article 2044 du Code civil.

Par crainte que ce procédé soit interprété comme un moyen détourné d'échapper aux règles de la commande publique, l'application effective des transactions témoigne pourtant d'un « relatif échec » dans ce domaine. C'est dire l'intérêt de cette nouvelle circulaire datée du 7 septembre 2009 destinée sinon à encourager le recours à ce mode alternatif de règlement des litiges du moins à poser les règles juridiques de nature à apaiser les soupçons que les organes de contrôle ont à son égard.

L'intérêt réaffirmé des transactions

Sous l'angle de l'exécution, la transaction a d'abord le mérite de permettre le paiement des prestations réalisées par le cocontractant en dehors du contrat ou en son absence. Les dépassements de quantités, du montant ou de la durée du contrat sont autant de problèmes auxquels les acheteurs sont confrontés, trop souvent à cause d'une définition imparfaite des besoins ou d'une mauvaise mesure du marché par le titulaire. Dans cette optique, la transaction permet, a posteriori, le règlement d'un différend, la réparation d'une faute ou d'un enrichissement sans cause, là où

l'avenant ou tout autre montage contractuel a priori, serait irrégulier.

La transaction offre également aux parties à l'instance la possibilité d'éviter le contentieux, malgré la saisine du juge, par la formalisation d'un contrat judiciaire, le cas échéant homologué. Elle permet, ensuite, l'exécution des garanties contractuelles d'un marché dont la résolution est prononcée¹, ou encore de fournir un nouveau titre comptable au renfort du contrat annulé.

Vers un retour en grâce de leur exécution comptable

L'intérêt administratif de la transaction a pu être contrebalancé par les difficultés comptables de son exécution. Par crainte de voir leur responsabilité pénale engagée, certains comptables publics ont pu sortir des limites de leur contrôle en bloquant toute transaction non homologuée. Les acheteurs furent alors obligés de recourir à des techniques alternatives, permettant l'indemnisation des cocontractants : instrumentalisation du référé provision, demandes d'homologations non fondées, ordres de réquisitions... générant un contentieux supplémentaire.

La circulaire tend à surmonter ce paradoxe en affirmant explicitement que « les comp-

tables ne peuvent être mis en cause devant le juge pénal au motif qu'ils auraient, en exécutant les transactions, participé à la commission des infractions résultant de manquement à des obligations en matière de publicité et de mise en concurrence ». Ils doivent « exécuter les transactions conclues sans pouvoir exiger leur homologation par le juge administratif ».

La transaction permet, le règlement d'un différend là où tout autre montage contractuel serait irrégulier



Pour autant, la conclusion d'une transaction demeure sans incidence sur la responsabilité de l'acheteur : elle « *n'efface pas les faits* » commis en amont par un acte contraire aux règles de la commande publique. Cet acte restera condamnable en cas de saisine du juge pénal, facilitée par la publicité donnée aux faits lors de la conclusion de la transaction.

L'intérêt d'une rédaction mesurée

Selon l'article 2045 du Code civil, « *pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction* ». Le contrat de transaction doit donc être signé par des personnes ayant la capacité juridique. Pour les collectivités, elle ne peut être que celle de l'assemblée délibérante. Aucun texte ne permet en effet à cette assemblée de déléguer à l'exécutif le pouvoir de transiger. Le Conseil d'État a une vision rigoureuse de l'autorisation qui doit être donnée, puisqu'il a déjà jugé que le conseil municipal méconnaissait l'étendue de sa compétence lorsqu'il donnait son blanc-seing au maire pour transiger².

Si, en principe, l'administration peut transiger sur tout litige, qu'il porte sur l'existence d'un droit, sur ses modalités, sa validité et son étendue, en revanche, ce pouvoir de transiger connaît certaines limites matérielles et financières.

Sur le plan matériel, conformément aux dispositions de l'article 6 du Code civil aux termes desquelles les conventions particulières ne peuvent déroger aux lois qui intéressent l'ordre public, l'administration ne peut transiger sur un droit objectif et donc sur la légalité. Il est donc impossible de transiger sur : une décision juridictionnelle rendue en excès de pouvoir ; l'étendue des pouvoirs de police du maire ; la délimitation du domaine public.

Enfin sur le plan financier, suivant une jurisprudence bien connue³, les personnes publiques ne peuvent jamais être condamnées à payer une somme qu'elles ne doivent pas. Cette règle doit cependant être tempérée, notamment au regard de l'avis du Conseil d'État rendu en 2002 au terme duquel ce dernier a estimé que, pour qu'une transaction soit régulière, elle ne devait pas

constituer une libéralité. Enfin, reste interdite une disproportion trop manifeste entre le montant du préjudice subi et le montant auxquels les parties transigent.

Les règles impératives d'indemnisation

La circulaire rappelle avec intérêt les règles d'indemnisation à deux étages en cas d'annulation ou de nullité du contrat.

Selon le Code civil, « pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction »

Première partie : l'indemnisation des dépenses utiles : il s'agit de l'ensemble des investissements réalisés par prestataire, dès lors qu'ils présentent un intérêt pour l'administration. Il appartient au prestataire de démontrer cette utilité⁴. L'indemnisation est calculée indépendamment des prix stipulés au contrat (CE, 8 décembre 1995, commune de Saint-Tropez). Deuxième partie : l'indemnisation du bénéfice escompté dont le prestataire a été privée par la cessation anticipée du contrat sur la base de la responsabilité quasi délictuelle.

Bien entendu et comme il est de règle dans le contentieux de la responsabilité, la faute de la victime justifie que son indemnisation soit réduite. Il a ainsi été jugé qu'une société cocontractante a commis une faute en se prêtant à la conclusion d'un contrat dont, « *compte tenu de son expérience, elle ne pouvait ignorer l'illégalité* »⁵. Pour la conclusion d'un contrat « *sans que l'assemblée délibérante ait adopté une délibération justifiant le recours à cette procédure* », il a par exemple été décidé de laisser à la charge de la société « *la moitié des conséquences dommageables de la nullité du contrat* »⁶.

Attention cependant, la faute du prestataire ne permettra pas de justifier une baisse de l'indemnité mise à la charge de l'une des parties sur le fondement de l'enrichissement sans cause⁷, elle ne permettra que de limiter l'indemnisation du bénéfice attendu

(2^e partie de l'indemnisation). Par conséquent, en toute hypothèse, l'indemnisation pour enrichissement sans cause reste due (1^{re} partie de l'indemnisation). ■

1. CAA Lyon, 27 novembre 2008, n° 07LY02923, Cne de Vaulx-en-Velin.
2. CE, 11 septembre 2006, Cne de Théoule-sur-Mer.
3. Sieur Mergui, Conseil d'État, 19 mars 1971.
4. CE, sect., 20 octobre 2000, Sté Citécable Est : Rec. CE 2000.
5. CE, 10 avril 2008, Soc. Decaux, n° 244950.
6. CE, 26 mars 2008, Société Spie Batignolles, n° 270772.
7. CE, 10 avril 2008, Soc. Decaux, n° 244950.

DES CONSEILS PRÉCIS

La circulaire reprend assez fidèlement les prescriptions de la circulaire de 1995 en donnant des conseils sur les éléments suivants :

- le litige que la transaction vise à prévenir ou régler ;
- la nature et l'étendue des concessions réciproques des parties ;
- les préjudices couverts par la transaction ;
- le détail des raisons de droit et de fait pour lesquelles la partie concernée estime devoir en assurer la réparation ;
- les modalités d'évaluation des dommages et les opérations de liquidation des sommes comprises dans l'accord.

DOC↓DOC

À TÉLÉCHARGER

Sur www.lettreducadre.fr/base-juridique.html
- CE, sect., 20 octobre 2000.
- CE, 10 avril 2008.
- CE, 26 mars 2008.

POUR ALLER PLUS LOIN

- « *Le contentieux des marchés publics* »
- « *Règlement amiable des litiges dans les marchés publics – méthode et cadre juridique* »

Des ouvrages de Territorial Éditions. Sommaire et commande sur <http://librairie.territorial.fr> rubrique « Dossiers d'Experts ».