

Fiche n° 4

MODES ALTERNATIFS DE RÈGLEMENT DES LITIGES CONTRACTUELS ET ÉLÉMENTS D'EXTRANÉITÉ

BIBLIOGRAPHIE

- AUDIT (M.) (dir.), *Contrats publics et arbitrage international*, Bruylant, coll. « Droit administratif », 2011.
- BERLIN (D.), « V° Contrats d'État », Dalloz, *Rép. Dr. international*.
- BOUSSARD (S.), « Modes alternatifs de règlement des litiges (médiation, conciliation, transaction, arbitrage) »: *JCl. Justice Administrative*, Fasc. 120 (2011).
- BRACONNIER (S.), « L'extranéité dans les contrats de partenariat », *Rev. Trésor* 2007, p. 241.
- CASSIA (P.), « Les sentences arbitrales internationales : une compétence de contrôle partagée entre les juridictions françaises », *AJDA* 2010, p. 1564.
- CLAY (T.) : « Les contorsions byzantines du tribunal des conflits en matière d'arbitrage », *JCP-A* 2013, 2214.
- GAUDEMET (Y.), LAPP (C.) et STEIMER (A.), « Les personnes publiques et l'arbitrage international », *D.* 2011, p. 2552.
- JAEGER (L.), « Les conséquences de la jurisprudence *INSERM/SMAC* sur la pratique de l'arbitrage », *Cahiers de l'arbitrage*, 1^{er} juillet 2015, n° 2, p. 253.
- LAZOUZI (M.), « La nature des contrats administratifs internationaux », *AJDA* 2012, p. 2420.
- LABETOULLE (D.) (dir.), « L'arbitrage en droit public », rapport du groupe de travail sur l'arbitrage présidé par Daniel Labetoulle, *JCP A* 2007, n° 2082 et *Rev. Arb.* 2007, p. 651.
- LAZERGES (R.), « La résolution des litiges dans les contrats de partenariat », *AJDA* 2009, p. 1924.
- LE CHATELIER (G.), « V° Transaction », *Rép. Cont. Adm.*, Dalloz, 2014.
- LOMBARD (F.), « Arbitrage international et répartition des compétences juridictionnelles », *AJDA* 2015, p. 1150.
- RENDERS (D.), DELVOLVÉ (P.), TANQUEREL (Th.) (dir.), *L'arbitrage en droit public*, Bruylant, 2010.
- RICHER (L.), « Arbitrage et conciliation », *Rép. Cont. Adm.* Dalloz 2013.
- ZARCA (A.), « Questions sur l'annulation des transactions », *AJDA* 2013, p. 506.
- Dossier *Personnes publiques et arbitrage*, RDP 2014, p. 603.

RÉFÉRENCES ET DOCUMENTS

- Référence 1 :** Conclusions sur CE Ass., 6 Déc. 2002, avis Syndicat Intercommunal des établissements du second cycle du second degré de l'Hay-les-Roses, Rec. p. 433
- Référence 2 :** CE Ass., 6 déc. 2002, avis Syndicat Intercommunal des établissements du second cycle du second degré de l'Hay-les-Roses, Rec. p. 433
- Référence 3 :** Conclusions sur CE, 19 avr. 2013, Syndicat Mixte des aéroports de Charente, req. n°352750 n°362020
- Référence 4 :** CE, 19 avr. 2013, Syndicat Mixte des aéroports de Charente, req. n°352750 n°362020
- Référence 5 :** CE, 23 décembre 2015, Administrateur supérieur des Îles Wallis-et-Futuna, req. 370618

DÉCISIONS DU CORPUS

TC, 17 mai 2010, *INSERM*

EXERCICES SUGGÉRÉS :

Épreuve théorique : dissertation

- *Le juge administratif et les modes alternatifs de règlement des litiges contractuels*

Épreuve pratique : Commentaire

- *CE, 23 décembre 2015, Administrateur supérieur des Îles Wallis-et-Futuna, req. 370618*

Référence 1 : Conclusions sur CE Ass. 6 déc. 2002 avis Syndicat Intercommunal des établissements du second cycle du second degré de l'Hay-les-Roses, Rec. p. 433

1. Par un marché conclu le 2 avril 1999, le Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Hay-les-Roses a chargé la Société CDI 2000 de la réalisation de divers travaux sur le bâtiment d'accueil du stade intercommunal de Chevilly-Larue. Ce marché a été déféré à la censure du juge par le préfet du Val-de-Marne qui estimait que la procédure de marché négocié, après que l'appel d'offres ait été déclaré infructueux, avait été irrégulière. Le Tribunal administratif de Melun devait lui donner raison et annuler par un jugement du 8 février 2000 le marché conclu le 2 avril 1999. Toutefois, le marché ayant été entre temps complètement exécuté, se posait la question de la régularisation de la situation entre les parties. Celles-ci décidaient de se rapprocher et concluaient le 16 août 2001 une convention de transaction. Son article 1er reconnaissait que les travaux prescrits par le marché du 2 avril 1999 avaient été entièrement réalisés et son article 2 que la totalité des sommes correspondant aux travaux avait été réglée à l'entreprise.

L'article 3 récapitulait les droits de cette dernière : 138 842,84 F pour les travaux et 20 000 F pour le préjudice que lui avait causé le maître d'ouvrage du fait de l'illégalité entachant le marché. L'article 4 constatait qu'une somme de 1 003,67 F était encore due à l'entreprise, née de la différence entre le décompte de l'article 3 et les sommes déjà versées. A l'article 5, la Société CDI 2000 déclarait qu'elle était remplie de tous ses droits et renonçait à toute réclamation, même si l'article 6 réservait la question de ses obligations au titre de la garantie décennale. L'article 7 concluait la convention en indiquant qu'elle était soumise aux dispositions des articles 2042 et suivants du code civil, qu'elle avait l'autorité de chose jugée entre les parties et que toute contestation sur son interprétation relevait de la compétence du Tribunal de grande instance de Créteil.

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

- le juge administratif peut-il donner acte, approuver ou homologuer au titre de ses attributions contentieuses un accord intervenu sous la forme d'une transaction entre les parties aux fins de réparation d'un dommage, alors qu'aucun litige n'est introduit devant lui ?

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

Aucune de ces deux questions n'est aisée à trancher et c'est pourquoi vos sous-sections réunies ont décidé de vous renvoyer la réponse à apporter à ces questions. En revanche, nous n'avons aucun doute pour estimer que les trois conditions de « recevabilité » posées par l'article L. 113-1 du CJA sont ici remplies : les questions sont nouvelles et assurément sérieuses, la possibilité de recourir à la transaction offerte aux collectivités publiques les rendent susceptibles de se poser dans de nombreux dossiers. A cet égard, on ne peut que se féliciter de la demande d'avis formée par

le Tribunal administratif de Melun, alors que depuis quelques années plusieurs tribunaux administratifs ont été confrontés à ces questions et y ont apporté des réponses contrastées – nous y reviendrons.

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

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

La transaction obéit aux dispositions de l'article 2044 du code civil aux termes desquelles « *la transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître. Ce contrat doit être rédigé par écrit* ». Le recours à la transaction a d'abord été limité car considéré comme un abandon de droits par une personne publique, opération qui, comme telle, devait être encadrée. Ainsi, s'agissant de l'Etat, le décret des 27-31 août 1791 disposait que « *s'il s'agit de transiger, l'agent du Trésor public pourra y être autorisé par les commissaires de la trésorerie ; mais la transaction n'aura d'effet vis-à-vis de la Nation qu'après l'approbation du corps législatif* ». Pour les autres personnes publiques, le dernier alinéa de l'article 2045 du code civil prescrit que « *les communes et les établissements publics ne peuvent transiger qu'avec l'autorisation expresse du Roi* ».

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

Quant aux établissements publics de l'Etat, vous jugez qu'ils restent aujourd'hui soumis à l'article 2045 du code civil, la forme républicaine du régime et les dispositions de l'article 21 de la Constitution relatives au titulaire du pouvoir réglementaire vous ayant conduits à remplacer l'autorisation du Roi par celle du Premier ministre (**CE 14 décembre 1998 Chambre d'agriculture de la Réunion t.p. 729**). Si, aux termes de ces dispositions, il semble qu'une autorisation expresse soit nécessaire pour chaque transaction, vous avez cependant admis que l'insertion dans les statuts de l'établissement public d'une disposition prévoyant sa capacité à transiger pouvait ici suffire

(Avis de la Section des travaux publics du 21 janvier 1997 précité). Et nombreux sont aujourd'hui les établissements publics ayant ce pouvoir (par exemple, pour les établissements publics hospitaliers voir l'article L. 714-4 du code de la santé publique).

Par ailleurs, le recours à la transaction a été largement encouragé, s'agissant d'un moyen de résoudre de manière plus rapide les litiges et de désencombrer la justice administrative. L'article 13 de la loi du 31 décembre 1987 avait renvoyé à des décrets en Conseil d'État le soin de déterminer dans quelles conditions les litiges contractuels ou mettant en jeu la responsabilité extra-contractuelle des collectivités publiques pouvaient être soumis à une procédure préalable soit de recours administratif, soit de conciliation. La difficulté de la tâche n'ayant pas permis l'adoption desdits décrets, votre rapport « Régler autrement les conflits » (**Documentation française 1993**) devait relancer la réflexion sur ces sujets en prônant, entre autres, un recours accru à la transaction. Suivant ses recommandations, la circulaire du Premier ministre du 6 février 1995 (**Journal officiel p. 2518 et s.**) a encouragé son utilisation en soulignant l'économie pour les deniers publics qui pouvait en résulter, notamment en matière de paiement d'intérêts de retard. Le législateur est également venu soutenir ce mouvement en étendant le bénéfice de l'aide juridictionnelle aux démarches visant à conclure une transaction avant l'introduction de l'instance, par l'article 1er de la loi n°98-1163 du 18 décembre 1998.

Un champ spécifique de l'activité administrative traditionnellement familier de la technique de la transaction est bien évidemment le secteur fiscal où cette possibilité existe depuis l'intervention des ordonnances des 30 janvier et 13 février 1822. L'article L. 247 du livre des procédures fiscales prévoit que « *L'administration peut accorder sur la demande du contribuable (...) 3° Par voie de transaction, une atténuation d'amendes fiscales ou de majoration d'impôts lorsque ces pénalités et, le cas échéant, les impositions auxquelles elles s'ajoutent ne sont pas définitives* ». L'article L. 251 du LPF prévoit que lorsque la transaction est devenue définitive, aucune procédure contentieuse ne peut plus être engagée ni reprise pour remettre en cause les pénalités qui ont fait l'objet de la transaction ou les droits eux-mêmes.

Un mécanisme similaire est prévu en matière douanière par l'article 350 du code douanier. Toutefois, la transaction dans ces hypothèses ne semble plus vraiment de nature contractuelle, mais plutôt révéler un acte unilatéral dont l'intervention est conditionnée par l'attitude ou un agissement du particulier concerné (**CE 14 septembre 1945 Dame Noury p. 190**).

Ces dispositifs doivent être rapprochés de l'article 6 du code de procédure pénale qui prévoit que l'action publique peut s'éteindre par transaction lorsque la loi en dispose expressément et qui connaît des applications particulières dans plusieurs polices spéciales (chasse, pêche, sécurité aérienne ...). La transaction est également pratiquée par les collectivités publiques dans le domaine des accidents de la circulation, l'article 24 de la loi du 5 juillet 1985 leur rendant applicables les dispositions de l'article L. 211-9 du code des assurances imposant à la personne responsable de proposer à la victime une offre d'indemnité dans un délai maximal de huit mois à compter de l'accident. Bien qu'il soit difficile d'évaluer l'importance du recours à la transaction par les administrations, votre rapport de 1993 les évaluait à plusieurs dizaines de milliers par an dont 15 à 20 000 pour la seule matière fiscale, 7 à 8000 pour les refus de concours de la force publique pour les expulsions locatives et 2 à 3000 dans le domaine de la police de la pêche, de la chasse et de la protection des forêts. En matière de responsabilité extra contractuelle, les établissements hospitaliers poursuivent depuis quelques années une politique systématique de transaction pour la réparation des accidents

médicaux conduisant à la conclusion de plusieurs dizaines de transactions par an (**voir à titre d'exemple, A. Levasseur « Les transactions : l'exemple de l'AP-HP » AJDA 1997 p. 54 et s.**). En revanche, tous les auteurs s'accordent pour dire qu'elle reste très peu pratiquée en matière de litiges de marchés publics.

3. Bien qu'il s'agisse d'un moyen de prévention du contentieux, vous avez eu à connaître du bien fondé des transactions conclues par l'administration et ce à plusieurs titres. D'abord, dans l'hypothèse aujourd'hui réservée aux seuls établissements publics de l'État, vous êtes amenés à contrôler la légalité d'un décret du Premier ministre autorisant un établissement à transiger pour régler un litige donné (**CE 23 avril 2001 M. Ceccaldi Reynaud n° 215 552 à publier**). De même, vous pouvez être conduits à connaître, sur déferé du préfet, de la légalité d'une délibération d'une assemblée délibérante autorisant son exécutif à conclure une transaction (**CE 8 décembre 1995 Commune de Saint Tropez p. 432 avec note de V. Haïm AJDA 1996 p. 448 et s. ; CE 29 décembre 1997 SEMSAT n° 154 320**). Vous pouvez également, au titre du régime des autorisations de plaider prévu à l'article L. 2132-5 du CGCT, vérifier si un contribuable communal a intérêt à être autorisé à introduire une action en nullité au nom de la commune contre une transaction que celle-ci aurait conclue pour mettre fin à un contrat de délégation de service public (**CE 29 décembre 2000 M. Comparat p. 658 BJCP n° 17 p. 337 et s. avec les conclusions de Mme Fombeur**).

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

Face à cette situation, votre attitude a varié, dépendant en réalité largement de l'objet des conclusions des parties ayant conclu la transaction (**CE 7 octobre 1981 ANIFOM c/Sahuc p. 355**). D'abord, et conformément aux effets qui s'attachent à cette dernière, vous vous contentez parfois d'estimer que l'action perd son intérêt pour la partie qui l'introduit. Dès lors, vous jugez que la demande portant sur le même objet que celui qui a donné lieu à la transaction est irrecevable (**CE 8 juillet 1925 Renaud p. 653 ; CE 11 décembre 1987 Boulacheb et Khelfa p. 417 ; CE 28 novembre 1990 OPHLM de la Meuse t.p. 871**) et symétriquement que l'intervention d'une transaction en cours d'instance justifie qu'il n'y ait plus lieu de statuer sur les demandes satisfaites par cette convention (**CE 9 juillet 1929 Sieur Quillery p. 703 ; CE Section 26 juillet 1935 Dame Moussempés p. 902 ; CE 30 octobre 1974 Commune de Saint Pierre les Bois c/Sieur Gohin p. 525 ; CE 28 janvier 1994 Société Raymond Camus et Cie t.p. 1041**).

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

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

juge ne peut ignorer et dont il lui appartient de donner acte aux parties (**CE Section 9 février 1934 Chemin de fer du nord c/Sieur de Brigode p. 194**). Si cet accord a été constaté par le juge de première instance, ce contrat judiciaire ne peut plus être remis en cause par les parties en appel (**CE 24 mars 1944 Sieur et Delle Canel p. 102 ; CE 9 novembre 1949 Sieur Marquis c/Ville de Pantin p. 470 ; CE 23 avril 1958 Ministre des P.T.T. c/Sieur Cachard t.p. 993**). Toute l'originalité de cette construction vient de ce que l'acquiescement devant le juge se voit paré des qualités d'une véritable transaction, alors même qu'aucune convention écrite n'aurait effectivement été conclue entre les parties. Malgré tout, le juge accepte de donner acte de cet accord dans le dispositif de sa décision (**CE Section 9 février 1934 Chemin de fer du nord c/Sieur de Brigode précité**).

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

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

D'abord, vous avez pleinement fait vôtre le principe figurant au premier alinéa de l'article 2045 du code civil selon lequel « *Pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction* ». Comme nous l'avons dit, vous vérifiez que la transaction ait été autorisée, si une telle autorisation est nécessaire, avant de vous prononcer sur sa validité (**CE 14 décembre 1998 Chambre d'agriculture de la Réunion précité**). De même, le juge vérifie que l'avocat concluant une transaction au nom d'un particulier disposait d'un mandat de celui-ci (**CE Section 5 janvier 1966 Sieur Hawezack p. 6**) ou que l'autorité administrative qui l'a fait au nom de l'Etat disposait bien d'une délégation régulière pour ce faire (**Tribunal administratif de Melun 4 décembre 2001 Ministre de la défense BJCP n° 23 p. 308 et s. avec les conclusions de M. Jarrige**). S'agissant de la capacité du signataire à conclure une transaction, vous êtes en présence d'une question qu'il vous faut soulever d'office conformément à votre jurisprudence selon laquelle le moyen tiré de l'incompétence du signataire d'un acte contractuel engageant une collectivité publique est d'ordre public (**CE Section 28 janvier 1977 Ministre de l'économie et des finances c/Société Hurtey p.50**). De même, conformément au principe figurant à l'article 6 du code civil selon lequel on ne peut pas déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre

public et les bonnes moeurs, la transaction ne peut couvrir en droit administratif certains objets.

Ainsi, elle est exclue lorsqu'il s'agit d'intervenir par contrat dans une matière où le recours à ce dernier est proscrit, qu'il s'agisse d'aliéner le domaine public (**Cass. Req. 7 novembre 1892 Veuve Dessales c/Veillas et Chamussy D. 1893 I. p. 61**) de procéder à sa délimitation (**CE 20 juin 1975 Ferrand**) ou de déterminer l'étendue des pouvoirs de police d'une autorité administrative (**Conseil de préfecture de Lille 18 mai 1953 Maire de Nouveaux c/Lagache D. 1953 p. 470**).

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

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

Vous avez également tiré les conséquences des dispositions de l'article 2051 du code civil aux termes desquelles « *la transaction faite par l'un des intéressés ne lie point les autres intéressés et ne peut être opposée par eux* », en jugeant que la transaction n'a d'effet qu'entre les parties et ne peut faire obstacle à l'éventuelle action d'un tiers (**CE 28 novembre 1990 OPHLM de la Meuse précité**). Cependant, malgré ces rapprochements, une différence majeure continue de distinguer le régime de la transaction administrative. Certes, le juge judiciaire accepte de vérifier un certain nombre d'éléments relatifs au fond de la transaction. Outre le contrôle de l'objet de la transaction, il s'assurera que la transaction comporte bien des concessions réciproques, ce qui la

distingue de la conciliation judiciaire (**Cass. Soc. 28 mars 2000 D. 2000 p. 537 avec note Savatier**), qu'elle ne fait pas suite à une procédure irrégulière (**pour la nullité de la transaction intervenue à la suite d'un licenciement prononcé dans des formes irrégulières Cass. Soc. 2 décembre 1997 Bull civ. Vè n° 416**) ou qu'elle ne fait pas obstacle à une règle de droit de niveau supérieur (**pour une transaction écartée car empêchant l'application de l'article 85-1 du traité de Rome Cass. Com. 26 mars 1979 JCP 1979 II 19249 note Jeantet**). De même, conformément à l'article 2053 du code civil, une erreur sur l'objet de la transaction est une cause de nullité : pour une transaction conclue par des parties qui ont cru à tort que le champ de leurs prétentions étaient limité (**Cass. Soc. 24 novembre 1998 Bull civ. Vè n° 515**) ; dans l'hypothèse d'une transaction conclue à la suite de désordres affectant une construction, alors que certaines malfaçons n'ont été révélées que postérieurement (**Cass. Civ. 3è 24 mai 1978 Bull civ. III n° 221**) ; ou pour une convention conclue sur la base d'une erreur de fait concernant le solde d'une opération (**Cass. Civ. 1er 13 décembre 1972 Gaz Pal 1973 1.293 ; Cass. Civ 3è 1er avril 1971 Bull civ. III n° 242**). Enfin, plus globalement, le juge judiciaire refuse d'homologuer une transaction qui ne préserve pas les droits de chacune des parties (**Cass.Soc. 18 juillet 2001 Bull. civ. V n°279**). Le dernier alinéa de l'article 2053 du code prévoit également que la transaction peut être rescindée dans les cas où il y a dol ou violence.

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

C'est précisément ici que se situe la différence notable avec le contrôle qu'exerce le juge administratif. Comme l'exprimait le Président Romieu dans ses conclusions sur votre décision « Chemin de fer du nord c/Ministre de la guerre » du 17 mars 1893 (**D.S. 1894 III p. 124**) s'agissant du pouvoir reconnu aux ministres de transiger au nom de l'Etat : [ceux-ci] « *ne peuvent pas, non plus, engager les finances de l'Etat sans aucune espèce d'obligation préexistante ; c'est, pour employer une expression plus brutale, dire qu'ils ne peuvent pas faire de libéralités, les deniers de l'Etat ne pouvant servir qu'à payer les services faits* ». Dès lors, dans votre examen de la régularité d'une transaction administrative, vous vous attachez à vérifier qu'une collectivité publique n'est pas conduite à payer une somme qu'elle ne doit pas, cette interdiction étant d'ordre public et devant être soulevée d'office par le juge (**CE 29 avril 1957 Sté commerciale de l'Ouest africain p.271 ; CE Section 19 mars 1971 Sieur Mergui précité**). Pour reprendre la formule devenue célèbre du Président Rougevin-Baville, il vous appartient lorsque vous êtes saisis de conclusions tendant à ce que vous homologuiez une transaction « *d'examiner au préalable sur quelle sorte de marchandise on vous invite à apposer ainsi votre label* » (**rec. p. 244**). Comme le relevait les chroniqueurs autorisés de l'arrêt Mergui, le fondement de cette solution, qui la distingue nettement de la pratique des juridictions judiciaires, trouve, son origine dans le fait qu'il appartient au juge administratif de protéger les deniers publics, toute carence à ce titre pouvant porter atteinte au principe d'égalité devant les charges publiques (**chronique du Président Labetoulle et de M. Cabanes AJDA 1971 p. 274 et s.**).

Une transaction qui ne respecterait pas ce principe serait contraire à l'ordre public et à ce titre entachée de nullité. Ainsi, par exemple, une transaction qui interviendrait dans le champ de la responsabilité extracontractuelle ne peut en venir à réparer un préjudice qui n'existe pas (**CE 2 avril 1971 Ministre de la santé**

publique et de la sécurité sociale c/Marchand p. 273) ou qui n'a pas de lien direct avec l'agissement administratif incriminé (**CE Section 3 janvier 1975 Ministre de l'aménagement du territoire, de l'équipement, du logement et du tourisme c/Epoux Paya p. 11**).

S'agissant de transactions intervenues en matière contractuelle, le juge vérifie que l'indemnité due à la personne publique pour la rupture d'un contrat provoquée par le cocontractant n'est pas minorée au regard de ses droits (**Tribunal administratif de Paris 5 mars 2002 Département des Hauts-de-Seine et Société les équipements de la Colline BJCP n° 24**) et que des concessions effectives ont été consenties par les deux parties dans lesquelles ont été pris en compte les intérêts de la collectivité publique (**Tribunal administratif de Strasbourg 26 septembre 1999 Société MS Aménagements c/Conseil régional d'Alsace et autres BJCP n° 10 p. 165 et s. avec les conclusions de Mme Malvosio ; Tribunal administratif de Melun 26 février 2002 Préfet du Val-de-Marne c/Commune de Fontenay-sous-Bois BJCP n° 23 p. 305 et s. avec les conclusions de M. Jarrige**).

Ainsi, saisis au titre du régime des autorisations de plaider, vous avez considéré que l'action en nullité d'une transaction que le contribuable communal se proposait d'engager au nom de la commune était sans intérêt pour elle, dès lors qu'en cas de réussite ladite action pouvait aboutir à ce que la ville soit condamnée à payer une indemnité supérieure à celle qu'elle s'était engagée à verser par la voie transactionnelle (**CE 29 décembre 2000 Comparat précité**). S'agissant toujours des marchés, vous vous livrez à un examen approfondi des droits des parties sur les différents éléments de l'indemnité transactionnelle, refusant de considérer que le prix initialement convenu suffise nécessairement à les prendre correctement en compte.

Ainsi, dans l'hypothèse d'un marché annulé, vous vérifiez si et de quelle manière l'indemnité transactionnelle reprend les différents éléments auquel le cocontractant a droit : la somme des dépenses utiles exposées par le cocontractant au profit de la collectivité, augmentée éventuellement de la réparation du préjudice subi par le cocontractant du fait de la faute constituée par l'illégalité entachant le marché, y compris, le cas échéant la privation du bénéfice qu'il escomptait de l'exécution du marché, le montant total de l'indemnité ne pouvant dépasser celui du prix du marché (**CE 23 mai 1979 Commune de Fontenay le Fleury p.226 ; CE 8 décembre 1995 Commune de Saint Tropez précité ; CE 29 décembre 1997 SEMSAT précité ; Tribunal administratif de Lille 20 novembre 2001 Préfet du Pas de Calais BJCP n° 23 p. 302 et s. avec les conclusions de M. Lepers**).

Cette jurisprudence traduit selon nous à la fois votre souci de protéger les deniers publics mais également le fait que vous estimez, comme les juridictions judiciaires, qu'une transaction pour être régulière implique des concessions réciproques des parties. Cette démarche vous conduit également à veiller à ce que les droits de la partie privée soient eux-mêmes respectés. Vous jugez en effet que constitue un moyen d'ordre public le fait que des conclusions soient mal dirigées contre une personne privée (**CE Section 17 mars 1978 S.A. Entreprise Renaudin p. 140 avec les conclusions du Président Galabert**). Surtout, dès qu'une transaction intervient dans le domaine contractuel, la théorie de l'enrichissement sans cause constitue ici la meilleure protection des droits des entreprises privées auxquelles est au moins dû le remboursement des dépenses utiles exposées par elles au profit de la collectivité (**CE Section 2 décembre 1938 Sieur Laily p. 905 ; CE 19 avril 1974 Société entreprise Louis Segrette et autres t.p. 1052**).

7. Après ce trop long rappel, vous pourriez douter de l'intérêt de la question que vous a adressée le Tribunal administratif de Melun, tant le régime et la pratique de la transaction paraissent

bien établis en droit administratif. Pourtant, plusieurs tribunaux administratifs ont été saisis depuis au moins trois ans de demandes d'homologation de transaction indépendamment de tout litige. La plupart d'entre eux ont admis avoir ce pouvoir, que ce soit pour accepter d'homologuer la transaction (**Tribunal administratif de Strasbourg 28 septembre 1999 Société MS Aménagement c/Conseil régional d'Alsace et autres précité ; Tribunal administratif de Versailles 24 décembre 2001 SAMAN c/Société IBM France BJCF n° 23 p. 308 ; Tribunal administratif de Melun 4 décembre 2001 Ministre de la défense BJCP n° 23 p. 308 et s. avec les conclusions de M. Jarrige; tribunal administratif de Toulouse 24 octobre 2002 Université de Toulouse-le-Mirail et Société Penaille Polysécurité n°02/2143**) ou pour refuser de le faire pour un motif tenant à la régularité de la transaction et non à la limite des pouvoirs du juge (**Tribunal administratif de Paris 5 mars 2002 Département des Hauts-de-Seine et Société les équipements de la Colline précité**).

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

8. A ce stade, on peut légitimement douter de l'intérêt de reconnaître au juge administratif un tel pouvoir général d'homologation des transactions. D'abord, parce que dans de très nombreux domaines, l'homologation par le juge n'apportera rien par rapport à la force juridique de la transaction simple. Les dispositions de l'article 2052 du code civil qui prévoient que les transactions ont entre les parties l'autorité de la chose jugée en dernier ressort suffisent dans de nombreux cas pour conclure des conventions qui auront l'autorité nécessaire pour se voir exécuter par les parties. C'est ce qu'indique à juste titre la circulaire du premier ministre du 6 février 1995 et nous avons d'ailleurs rappelé tout à l'heure que vous tiriez toutes les conséquences d'une transaction conclue sur un éventuel contentieux ultérieur. Ensuite, il peut sembler paradoxal de venir « juridictionnaliser » une procédure de conciliation dont l'objet même est d'éviter de recourir au juge. A l'heure où les réflexions sur le mode de règlement non contentieux des litiges continuent d'avoir tout leur sens, la reconnaissance d'un pouvoir général d'homologation des transactions par le juge administratif pourrait avoir pour effet de réintroduire l'intervention du juge dans des dispositifs conçus pour s'en abstraire. A tout le moins, cette objection ne doit pouvoir être surmontée que dans des hypothèses où le recours à la transaction "simple" se heurterait à des obstacles tels que son utilisation même par les collectivités publiques serait mise en cause.

9. Or, il nous semble que dans un certain nombre d'hypothèses, l'utilité de la fonction d'homologation pourrait se révéler pleinement. La matière du contentieux des marchés publics en offre un exemple particulièrement éclairant. C'est d'ailleurs quasi exclusivement dans ce domaine que les tribunaux administratifs ont été saisis dans les dernières années de demandes d'homologation directe. En effet, le recours à la transaction s'est imposé depuis quelques années comme un moyen de permettre le

paiement des prestations effectuées par le cocontractant de l'administration alors que le contrat conclu ne le permettait plus. Plusieurs hypothèses peuvent être ici évoquées.

Tel sera le cas si le marché a été déclaré nul par le juge du contrat ou annulé à la suite d'un déféré du préfet ou si le juge de l'excès de pouvoir a annulé l'acte détachable décidant de conclure le contrat. On peut également admettre qu'une collectivité publique qui ait des doutes sérieux sur la régularité d'un marché conclu souhaite régulariser la situation par l'intermédiaire d'une transaction. Enfin, peut également se présenter l'hypothèse où la prestation aurait été assurée sans qu'aucun contrat n'ait été conclu.

Précédemment, les collectivités publiques –pour résoudre ce type de situations– procédaient très largement par la voie du marché de régularisation. Or cette voie est aujourd'hui presque totalement fermée, car ces marchés tombent le plus souvent sous le coup de plusieurs irrégularités : le fait qu'ils sont conclus « *intuitu personae* » alors que, compte tenu de leur seuil, une procédure d'appel d'offres aurait été nécessaire (**CE 27 mai 1998 Commune d'Agde t.p. 1019 avec les conclusions de C. Bergeal BJCP n° 1 p. 31 et s.**) ; le fait qu'ils ont reçu un commencement d'exécution avant leur notification en infraction aux règles du code des marchés publics (articles 39 et 250 de l'ancien code des marchés publics, repris à l'article 79 du nouveau code). Dès lors, seule l'intervention d'une transaction paraît de nature à régulariser la situation. Vous avez d'ailleurs jugé que la conclusion d'une transaction constituait une voie d'exécution appropriée d'une décision juridictionnelle annulant l'acte détachable décidant de signer le contrat, la saisine du juge d'une action en déclaration de nullité du contrat n'étant pas la seule voie requise (**CE 14 mai 2001 Avrillier n°194410 à mentionner aux tables**).

Mais, les collectivités publiques et leurs cocontractants ont alors rencontré divers obstacles. Le premier d'entre eux a trait à l'application des règles de la comptabilité publique. Comme on le sait, le comptable lors du paiement doit, conformément aux articles 12 et 13 du décret du 29 décembre 1962 portant règlement général sur la comptabilité publique, contrôler la validité de la créance. Ce contrôle porte sur la justification du service fait, l'exactitude des calculs de liquidation, l'intervention préalable des contrôles réglementaires et la production des justificatifs et enfin sur l'application des règles de prescription et de déchéance. Très clairement –et vous avez eu l'occasion de le réaffirmer avec force à plusieurs reprises– ces dispositions ne donnent pas au comptable le pouvoir de se faire juge de la légalité des décisions administratives (**CE 19 octobre 1951 Sieur Simon p. 486 ; CE Section 5 février 1971 Ministre de l'économie et des finances c/Sieur Balme p. 105 avec les conclusions de Mme la présidente Grévisse ; CE 8 juillet 1974 Ministre de l'économie et des finances c/Sieurs Méry, Florence et Brevard p. 405 ; CE Section 23 mai 1980 Commune d'Evau-les-Bains p. 239 avec les conclusions du Président Labetoulle AJDA 1981 p. 157 et s.**), les juridictions financières procédant à la même interprétation (**Cour des comptes 28 mai 1952 Marillier, receveur de la commune de Valentigney –Grands arrêts de la jurisprudence financière n° 15 p. 148 et s. ; Cour des comptes 21 janvier 1988 Mlle Benoît, Commune de Civray Rec. p. 125 ; Cour des comptes 5 novembre 1992 Cettour et Cheylan, Commune de Nice Rec. p. 112 Revue adm. N° 276**).

En revanche –et fort logiquement– le comptable ne peut assurer le paiement d'un acte dont la nullité ou l'illégalité aura été reconnue par le juge administratif (**Cour des comptes 28 mai 1952 Marillier précité**) ou qui serait juridiquement inexistant (**Cour des comptes 6 octobre 1989 Trésorier Payeur Général de Meurthe-et-Moselle R.A. 1991 p. 245**), puisque dans cette hypothèse il y aura bien défaut de pièce justificative au sens des

textes réglementant la comptabilité publique. Il refusera ainsi de payer des prestations assurées en vertu d'un marché annulé ou déclaré nul et un marché de régularisation ne sera pas suffisant, la jurisprudence des juridictions financières ayant adopté la même position que vous à leur égard (**Cour des comptes 1er juillet 1993 Mme Soldevilla, comptable du Syndicat intercommunal du sud de la Corse – Grands arrêts de la jurisprudence financière n° 17 p. 161 et s. ; Cour des comptes 12 et 20 octobre 1989 Trésorier Payeur Général du Var R.A. n° 261 p. 246 avec note Fabre**).

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

Un tel inconvénient peut être surmonté par la réquisition du comptable par l'ordonnateur. Cela étant, le risque n'aura été que déplacé vers ce dernier qui pourra se voir traduit devant la Cour de discipline budgétaire et financière en application des dispositions de l'article L. 313-6 du code des juridictions financières qui punit toute personne qui, dans l'exercice de ses fonctions aura, en méconnaissance de ses obligations, procuré à autrui un avantage injustifié entraînant un préjudice pour le Trésor. A cet égard, une transaction simple peut être considérée comme insuffisante par l'ordonnateur pour encourir un tel risque. De même, la transaction "simple" connaît d'autres limites. Ainsi, si elle n'est pas revêtue de l'autorité d'une décision juridictionnelle, elle ne bénéficie pas des voies d'exécution prévues par le code de justice administrative et notamment pas des dispositifs d'astreinte (**CE 1er février 1984 Société de promotion et de réalisation hospitalières p. 32**). Rappelons également qu'au titre de la loi n°91-650 du 9 juillet 1991, elle ne constitue pas non plus un titre exécutoire, contrairement aux décisions juridictionnelles prises par le juge administratif.

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

employée dans d'autres hypothèses où une nouvelle intervention du juge, poursuivant jusqu'à son terme sa mission, sera nécessaire pour venir régulariser une situation irrégulière.

10. Deux objections pourraient cependant vous retenir pour admettre ce nouveau dispositif d'homologation juridictionnelle. D'abord, vous pourriez vous demander si les fonctions d'un tel mécanisme ne pourraient pas être assurées par d'autres moyens juridictionnels ? Rien n'empêcherait effectivement – en l'état actuel des choses – les parties d'engager un contentieux indemnitaire devant le juge administratif pour ensuite venir lui demander d'homologuer en cours d'instance une transaction qu'ils auraient déjà en fait conclue au préalable, pouvoir que vous vous reconnaissez depuis fort longtemps comme nous l'avons vu. Toutefois, nous avons quelque peine à recommander un tel procédé qui, outre son caractère purement artificiel, aboutit à rallonger inutilement la procédure. Dans le même sens, votre récente jurisprudence qui admet que le cocontractant de l'administration puisse à tout moment introduire des conclusions indemnitaires à l'occasion d'un litige où la nullité du contrat serait reconnue (**CE Section 20 octobre 2000 Société Citicible Est p. 457**) pourrait permettre de régulariser la situation d'un marché déjà exécuté, mais elle le ferait à l'issue de délais plus longs qu'une action en demande d'homologation. Surtout, cette voie de droit resterait fermée aux parties dans l'hypothèse où c'est le juge d'appel qui prononcerait au final la nullité du marché. De même, elle ne peut être utilisée si le juge se contente d'annuler l'acte détachable du contrat formalisant la décision de le conclure.

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

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

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

Trois considérations nous invitent cependant à vous le proposer. Tout d'abord, ce ne serait pas la première fois que vous accepteriez d'étendre par voie prétorienne à la juridiction administrative une voie de d'accès au juge existant devant le juge judiciaire, tout en l'adaptant aux spécificités du contentieux administratif. Vous avez ainsi déjà procédé chaque fois que vous avez considéré qu'une telle transposition répondait à un souci de bonne administration de la justice ou de combler un vide préjudiciable à son bon fonctionnement (**par exemple, pour le recours direct en interprétation CE 26 juillet 1912 Compagnie d'Orléans et du Midi p. 889 avec les conclusions de M. Riboulet, ou pour le recours en rectification d'erreur matérielle CE 23 janvier 1918 ministre des travaux publics p.**

58 et CE 4 mars 195 Veuve Sticotti p. 131). Vous ne vous refusez à une telle opération que si elle est contraire aux textes régissant la matière administrative (**par exemple, pour l'interdiction de recourir à l'arbitrage CE Section 3 mars 1989 Société des autoroutes de la région Rhône-Alpes p. 69 avec les conclusions d'E.Guillaume**) ou incompatible avec eux (**à propos du référé provision CE Section 20 juin 1980 Société Gaz de France p. 284 avec les conclusions du Président Rougevin-Baville**). Or, en l'espèce, la procédure d'homologation ne se heurte à aucun obstacle de cet ordre.

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

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

11. Compte tenu de l'ensemble de ces éléments, nous ne vous proposerons d'admettre l'action en homologation de transaction que comme une voie d'accès au juge ayant un caractère exceptionnel. Il convient en effet d'éviter que l'administration se croit désormais tenue de faire homologuer par le juge l'ensemble des transactions qu'elle conclut, y compris dans des hypothèses où leur conclusion et leur exécution ne pose pas de difficultés particulières, le principe demeurant celui de la force obligatoire de la transaction vis à vis des parties, compte tenu des dispositions de l'article 2052 du code civil. Comme nous l'avons dit, le domaine des marchés publics et des délégations de service public devrait être particulièrement intéressé par cette nouvelle procédure, du fait de l'interdiction de la pratique des marchés de régularisation, cette difficulté ne se retrouvant pas dans d'autres champs contractuels comme, par exemple, celui des contrats des agents publics ou celui des conventions d'occupation domaniale. En revanche, cette nouvelle voie de droit doit également pouvoir se rencontrer dans certaines hypothèses de responsabilité extra contractuelle.

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

été au préalable passé. En effet, il nous semble à la réflexion difficile d'établir une distinction entre les différentes causes d'irrégularité ayant justifié le recours à la procédure d'homologation. A ce titre, si une irrégularité grave était en cause, l'homologation par le juge administratif ne serait en aucun cas de nature à empêcher l'intervention du juge pénal.

12. Ces principes étant posés, il convient de s'interroger sur la nature et l'étendue de la tâche du juge administratif lorsqu'il serait saisi d'une demande d'homologation. Tout d'abord, plusieurs conditions de recevabilité nous semblent devoir être posées.

En premier lieu, le texte soumis à la demande d'homologation doit être une transaction définitivement conclue par les parties et approuvée par elles. En particulier, elle doit avoir préalablement fait l'objet d'une approbation par les organes compétents (assemblées délibérantes pour les collectivités locales, conseils d'administration pour les établissements publics) et d'une transmission au contrôle de légalité si celle-ci est imposée par les textes. De même, la demande d'homologation devra avoir été effectuée par les deux parties, même si l'article 1441-4 du nouveau code de la procédure civile ne requiert que l'action d'un des deux cocontractants, cette formalité nous semblant nécessaire pour protéger les deniers publics et prévenir toute manœuvre éventuelle. En revanche, la demande n'est pas soumise aux procédures dont l'accomplissement serait normalement requis avant de pouvoir saisir le juge, comme par exemple le système complexe de réclamation préalable mis en place par le CCAG.

De même, le recours au ministère d'un avocat ne nous paraît devoir être imposé que dans les seuls cas où celui-ci est nécessaire pour l'introduction de l'action tendant à ce que le juge tranche le litige auquel la transaction met fin ou a pour objet de prévenir. Pour l'examen de la demande, le juge devra faire application des règles de procédure ordinaire qui ne sont pas incompatibles avec les caractéristiques et l'objet de cette nouvelle voie de droit. En particulier, le juge devra communiquer la demande d'homologation à toute personne qui lui semblera utile d'appeler devant lui. Une fois saisi, le juge administratif devra exercer son contrôle sur la transaction en reprenant l'ensemble des éléments qui sont d'ores et déjà soumis à votre examen : licéité de l'objet, compétence de l'autorité ayant transigé, respect des règles d'ordre public. C'est bien évidemment ce dernier point qui est le plus délicat puisque le juge devra à la fois faire application de la théorie de l'enrichissement sans cause et réparer le préjudice éventuel résultant pour le cocontractant de l'illégalité commise par l'administration, mais aussi s'abstenir d'imposer à une collectivité publique le paiement d'une somme qu'elle ne doit pas, tout cela en s'assurant que les deux parties ont consenti des concessions réciproques ! Même si cela peut paraître complexe et surtout inhabituel pour le juge administratif, vous assurez déjà une telle tâche depuis que vous acceptez d'homologuer des transactions en cours d'instance.

A cet égard, la demande d'avis que vous a adressée le TA de Melun vous offre l'opportunité de venir préciser votre jurisprudence « Mergui ». En effet, depuis l'intervention de cette décision, les commentateurs les plus variés se sont plu à mettre en exergue l'écart qui semblait exister entre les conclusions du Président Rougevin-Baville qui ne semblait admettre qu'une forme de « contrôle restreint » sur les concessions que consent l'administration en transigeant et les termes de la décision dont la formulation semblait appeler une vérification plus approfondie. Parce que, si vous nous suivez, les tribunaux administratifs seront plus souvent confrontés à cette difficulté, une précision nous paraît s'imposer. Vous pourriez d'abord choisir une voie radicale consistant à abandonner ce contrôle du montant de la transaction, mais nous ne voyons pas pourquoi les principes solides qui avaient présidé à l'adoption de votre jurisprudence « Mergui »

devraient être aujourd'hui ignorés. Aussi, parce que la conclusion d'une transaction doit laisser une certaine marge de négociation à l'administration pour peser l'intérêt des concessions auxquelles elle consent, il nous semble que l'exercice d'un contrôle limité devra être préconisé. Pour établir cette solution, il nous semblerait pertinent de reprendre l'expression qu'utilisait le président Romieu dans ses conclusions sur l'affaire « Chemins de fer de l'est » et ainsi vérifier qu'en transigeant l'administration ne consent pas de libéralités. Vous avez quelque fois eu à faire application de cette notion (**CE 6 mars 1914 Syndicat de la boucherie de la ville de Châteauroux p. 308 ; CE 25 novembre 1927 Société des établissements Arbel p.1114**) et le Conseil constitutionnel a eu lui-même l'occasion de rappeler que la Constitution s'oppose à ce que des biens faisant partie de patrimoines publics soient cédés à des personnes poursuivant des fins d'intérêt privé pour des prix inférieurs à leur valeur (**CC 25-26 juin 1986 rec.p.71 et 72**). Il s'agira donc de mettre en balance, d'une part, la valeur de la part de sa créance à laquelle renoncera l'administration et, d'autre part, l'avantage au regard de l'intérêt général que représente la conclusion de la transaction, notamment en termes de résolution plus rapide du litige. Un déséquilibre trop marqué entre les deux termes de l'équation sera alors la marque d'une libéralité de la part de la collectivité publique que vous ne pourrez valider. Ce mode de raisonnement, où vous admettez qu'une collectivité publique puisse renoncer à une partie de la valeur « monétaire » de ses biens, ne vous est pas inconnu puisque vous l'avez déjà pratiqué, par exemple, en validant la cession par une commune d'un terrain à une entreprise pour un franc symbolique, dès lors que cette opération était justifiée par un motif d'intérêt général et trouvait sa contrepartie dans la création de plusieurs emplois sur le territoire communal (**CE section 3 novembre 1997 Commune de Fougerolles p. 391**).

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

A cet égard, il ne nous semblerait pas incongru que, dans certains cas, le juge recoure éventuellement à une procédure qui serait pour partie orale, voire dans certaines hypothèses particulièrement complexes à l'expertise. Enfin, si le juge s'estimait insuffisamment éclairé sur tous ces points, il nous paraît souhaitable qu'il refuse alors de faire droit à la demande d'homologation, puisqu'il n'aura pas été mis en mesure de contrôler les éléments qu'il lui appartient de vérifier. En revanche, il ne lui appartient pas de rectifier tout ou partie des éléments soumis à son homologation, car cela reviendrait selon nous à méconnaître les termes de la demande dont l'ont saisi les parties. Nous nous permettons de vous proposer de prévoir un soutien supplémentaire dans la conduite de cette procédure, tenant au fait que le juge ait l'obligation de mettre en cause le préfet si la transaction concerne une collectivité locale. Outre que celui-ci pourra disposer d'éléments fiables d'information, sa présence à l'instance nous paraît souhaitable pour animer la contradiction si nécessaire. Elle répondra ainsi à un souci exprimé par une partie

de la doctrine selon laquelle l'homologation de la transaction par le juge priverait de tout effet l'exercice par le préfet de sa mission de contrôle de légalité sur ce point, méconnaissant ainsi les termes de l'article 72 de la Constitution. A ce titre, il reviendra au tribunal administratif de choisir ce qu'il veut faire de la demande d'homologation de la transaction si la délibération l'approuvant a également fait l'objet d'un déféré préfectoral. Le fait que seule une transaction déjà soumise au contrôle de légalité puisse être homologuée évitera selon nous que le préfet soit mis devant le fait accompli d'une décision juridictionnelle.

14. Pour finir, nous voudrions ajouter un mot sur les effets des jugements d'homologation que rendra le juge administratif. Deux conceptions nous paraissent ici possibles. La première serait d'emprunter aux juridictions judiciaires leur conception selon laquelle l'homologation n'a pas d'effet sur la transaction, ce qui se traduit notamment par le fait que le refus d'homologation n'a pas pour effet de faire disparaître celle-ci (**voir sur la nature de l'homologation comme acte "perfecteur" C. Fardet "La notion d'homologation" Droits 1999 p. 181 et suivants**). A cet égard d'ailleurs, la question de la nature des décisions rendues en application du nouvel article 1441-4 du NCPC a suscité un débat nourri en doctrine pour savoir si le juge civil rendait des décisions ou non juridictionnelles à ce titre (**voir R. Perrot "L'homologation des transactions" Procédures août septembre 1999 p. 3 et s., Y. Desdevises "Les transactions homologuées : vers des contrats juridictionnalisables" D. 2000 n°18 p. 284 et s.; Cass. Avis 20 octobre 2000 TGI de Saint Nazaire JCP 2001 p. 438 et s.**).

Cette solution ne nous paraît pas pouvoir être transposée à la procédure administrative contentieuse pour deux raisons. D'abord, vous n'intervenez pas dans le même contexte juridique que le juge judiciaire à qui d'une part est posée la question de la limite entre la sphère de l'autonomie contractuelle des parties et l'office du juge et d'autre part doit se prononcer sur la nature ou non juridictionnelle de l'intervention du juge de l'homologation compte tenu notamment de l'existence des compétences gracieuses du juge civil (**sur tous ces aspects I. Balensi "L'homologation judiciaire des actes juridiques" RTDC 1978 p. 42 et s. et 233 et s.**).

Ensuite, il nous semble que le contrôle plus approfondi que vous exercez sur le montant même de la transaction doit logiquement avoir pour conséquence que l'homologation en tant que telle produise des effets de droit étendus. Admettons d'ailleurs que si tel n'était pas le cas, une partie importante des avantages que procurerait cette nouvelle procédure apparaîtrait plus incertaine. Vous mènerez ainsi jusqu'à son terme la logique de votre jurisprudence « Mergui » qui reconnaît qu'en droit public le libre consentement des parties à la transaction rencontre des obstacles spécifiques aux collectivités publiques.

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

la transaction ne produit ses effets que dans l'ordre administratif et ne saurait en aucun cas constituer un brevet de validité générale.

Cette position aura, selon nous, quelques conséquences. Dans l'hypothèse où la transaction est homologuée par le juge, il nous semble qu'elle est alors pleinement revêtue, en application des dispositions de l'article 2052 du code civil de l'autorité de la chose jugée en dernier ressort et qu'en conséquence un tel jugement de ne peut plus faire l'objet que d'un recours en cassation. Cette position rejoindrait d'ailleurs celle des juridictions judiciaires qui considèrent traditionnellement qu'une décision juridictionnelle qui ne statue sur aucune contestation n'est pas susceptible d'appel, seule la voie de la cassation étant ouverte aux personnes entendant la contester. Si le juge refusait d'homologuer, deux hypothèses devraient être distinguées : soit ce rejet est lié à des conditions de recevabilité – par exemple, l'absence du ministère avocat ou le défaut de transmission préalable au contrôle de légalité – ou au fait que le juge s'est estimé insuffisamment éclairé par les parties et la portée de la chose jugée sera réduite ; soit le refus d'homologation s'appuie sur un motif de fond – défaut de qualité pour conclure la transaction, objet illicite, libéralité consentie à tort par une collectivité publique – et, dans cette hypothèse, l'exercice du contrôle du juge doit aboutir à rendre nulle la transaction qui lui est soumise, sous peine de rendre son contrôle sans portée effective. Là encore, et par souci de symétrie, la seule voie du recours en cassation nous paraît devoir être ouverte aux parties. Ajoutons que le fait que les tribunaux administratifs soient appelés à juger dans cette matière en premier et dernier ressort est également un facteur d'accélération de la procédure, les avantages de rapidité de l'homologation juridictionnelle ne se satisfaisant peut-être pas d'une procédure pouvant comporter trois échelons de juridictions.

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

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

Contrairement à ce qui a pu être écrit ici ou là, cette question n'est pas clairement tranchée par votre jurisprudence et deux thèses s'affrontent en doctrine. Pour la première, la transaction, conformément aux dispositions de l'article 2044 du code civil, est un contrat auquel il convient d'appliquer les critères habituels de votre jurisprudence. N'étant pas administratif par détermination de la loi, ne comportant qu'exceptionnellement des clauses exorbitantes du droit commun et ne faisant pas, par lui-même, participer le cocontractant à l'exécution du service public – s'agissant le plus souvent de venir régler a posteriori une situation – la transaction ne peut être qu'un contrat de droit privé (**J.M. Auby « La transaction en matière administrative » AJDA 1956 p.4 et s ; A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé « Traité des contrats » tome I n°333 ; « Régler autrement les conflits ; conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative » précité ; Y. Gaudemet « Le pré-contentieux : le règlement non juridictionnel des conflits dans les marchés publics » AJDA 1994 p. 84 et s.**)

Ajoutons que pour les tenants de cette thèse, la question du pouvoir d'homologation par le juge des transactions conclues par des personnes publiques se résout d'elle-même, l'administration

pouvant alors s'adresser au juge civil en application des dispositions de l'article 1441-4 du NCPC. Adopter une telle solution permettrait assurément d'éviter toutes les questions difficiles que nous vous avons longuement présentées et de répondre fort aisément à la question posée par le tribunal administratif de Melun !

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

Or votre jurisprudence ne nous paraît pas avoir clairement pris parti sur cette question, en tout cas beaucoup moins clairement que ne l'affirment certains partisans de la deuxième thèse. La première expression de la jurisprudence est intervenue pour considérer que la question de la validité de la transaction relevait de la compétence du juge judiciaire, dans une hypothèse il est vrai où le fond du litige relevait également de sa compétence (**TC 17 juillet 1908 Caisse d'épargne de Caen c/ hospices de la même ville p. 772**).

Par la suite, votre jurisprudence a très clairement admis votre compétence pour connaître de la validité des transactions intervenant dans des domaines de compétences que la loi attribuait au juge administratif : litige concernant une transaction conclue pour l'exécution d'un marché de travaux publics (**CE 23 octobre 1970 Sieur Clot et Sté Oréficé, Sté Hebert c/ dame Tourmente p. 617, CE 21 janvier 1994 S.A. Stefal t.p. 853**), litige portant sur une transaction intervenue en matière de dommages de travaux publics (**CE 5 mai 1971 Ville de Carpentras c/ sieur Delhomme p. 326, CE 25 juillet 1975 Dame III p.442, TC 26 octobre 1981 Syndicat des copropriétaires de l'immeuble d'Armenonville c/ ville de Cannes p. 507**).

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

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

D'abord, outre que cette thèse représente aujourd'hui l'opinion dominante au sein de la doctrine sur ce sujet et qu'elle semble avoir reçu le suffrage de plusieurs commentateurs « autorisés » (**voir par exemple chronique du président Labetoulle et de M. Cabanes sur l'arrêt « ville de Carpentras c/ sieur Delhomme » AJDA 1971 p. 403 et s., conclusions de P. Fombeur sur l'arrêt « Comparat » BJCP n° 17 p. 337 et s.**), elle nous semble déjà

validée implicitement mais nécessairement par votre jurisprudence. En effet, par votre décision « Mergui », vous vous êtes implicitement reconnus compétents pour connaître de la validité d'une transaction intervenue à l'occasion d'un litige mettant en cause la responsabilité de l'administration (il s'agissait de la responsabilité pour refus d'octroi de la force publique pour procéder à une expulsion locative). Or, devant ce qui constituait une difficulté d'interprétation de la convention transactionnelle, vous auriez dû la renvoyer aux juges judiciaires si vous aviez estimé être en présence d'un contrat de droit privé (**CE Section 4 mars 1960 Sté le peignage de Reims p. 169**).

La seconde raison qui a achevé de nous convaincre est davantage d'opportunité et a trait au fait qu'il peut paraître étrange que l'intervention d'une transaction conclue pour résoudre un litige ait pour effet de transférer le contentieux de l'ordre administratif à l'ordre judiciaire. Un tel mouvement apparaît particulièrement inopportun dans l'hypothèse où le juge administratif aurait déjà eu à connaître de la situation ayant conduit à la conclusion de la transaction – par exemple en déclarant nul le marché pour le règlement duquel la convention serait intervenue. S'agissant au surplus du contrôle du fond de la transaction que vous vous êtes reconnus et que le juge administratif serait amené à effectuer sans doute plus fréquemment que par le passé au titre de ses nouveaux pouvoirs d'homologation, il serait encore plus difficile d'admettre qu'il ne puisse pas bénéficier dans son appréciation de la connaissance préalable qu'il aura eue du dossier. Il nous paraît dès lors y avoir une logique évidente à considérer que le juge de la transaction doit être le même que le juge du fond du litige auquel il doit mettre un terme. Cette solution n'introduit au surplus selon nous aucune rupture dans votre jurisprudence dans la mesure où ce raisonnement sous-tendait déjà le précédent du tribunal des conflits de 1908 que nous avons cité préalablement. S'agissant notamment des transactions qui pourraient intervenir dans le domaine des marchés publics et des délégations de service public, la compétence du juge administratif n'est guère douteuse, notamment s'agissant des premiers depuis l'intervention de l'article 2 de la loi MURCEF du 11 décembre 2001, tel qu'interprété par vos soins (**CE 29 juillet 2002 Sté MAJ blanchisseries de Pantin n°246921 à publier au recueil**).

Toutefois, cette solution, si elle nous paraît être le fruit d'un mouvement engagé de longue date, aura tout de même pour effet d'ajouter une nouvelle catégorie de contrats administratifs par détermination de la jurisprudence, la théorie de l'accessoire défendue par certains auteurs ne nous paraissant pas tout à fait convaincante dans la mesure où la transaction est un contrat totalement distinct de celui à la suite duquel elle est intervenue. Elle ne vaut pas par ailleurs en matière de responsabilité extra-contractuelle. Et par ces motifs nous concluons à ce que vous répondiez aux deux questions posées dans le sens des observations qui précèdent.

Référence 2 : CE Ass., avis 6 déc. 2002, avis Syndicat Intercommunal des établissements du second cycle du second degré de l'Hay-les-Roses, Rec. p. 433

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

code de justice administrative, de transmettre le dossier de cette demande au Conseil d'Etat, en soumettant à son examen les questions suivantes :

1°) si le juge administratif peut donner acte, approuver ou homologuer un accord intervenu en cours d'instance sous la forme d'une transaction entre les parties aux fins de réparation d'un dommage, peut-il être saisi aux mêmes fins, au titre de ses attributions contentieuses et en faisant application de celles des règles de la procédure ordinaire qui sont compatibles avec une telle demande, alors qu'aucun litige n'est introduit devant lui ;

2°) s'il est répondu par l'affirmative à la question précédente, le juge administratif est-il compétent pour connaître des transactions ayant pour objet de mettre fin ou de prévenir tout différend de nature administrative, ou seulement des transactions qui comportent des clauses exorbitantes du droit commun ou qui sont relatives à des marchés ou des dommages de travaux publics ;

REND L'AVIS SUIVANT :

I.

En vertu de l'article 2052 du code civil, le contrat de transaction, par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître, a entre ces parties l'autorité de la chose jugée en dernier ressort. Il est exécutoire de plein droit, sans qu'y fassent obstacle, notamment, les règles de la comptabilité publique.

Par suite, en dehors des cas où la contestation à laquelle il est mis fin a été précédemment portée devant le juge administratif, des conclusions tendant à ce que celui-ci homologue une transaction sont en principe dépourvues d'objet et par suite irrecevables/.

La recevabilité d'une telle demande d'homologation doit toutefois être admise, dans l'intérêt général, lorsque la conclusion d'une transaction vise à remédier à une situation telle que celle créée par une annulation ou la constatation d'une illégalité qui ne peuvent donner lieu à régularisation, ou lorsque son exécution se heurte à des difficultés particulières. Tel peut notamment être le cas en matière de marchés publics et de délégations de service public.

II.

Lorsque cette condition est remplie - et sous réserve que la transaction ait pour objet le règlement ou la prévention de litiges pour le jugement desquels la juridiction administrative serait compétente - le juge vérifie que les parties consentent effectivement à la transaction, que l'objet de cette transaction est licite, qu'elle ne constitue pas de la part de la collectivité publique intéressée une libéralité et qu'elle ne méconnaît pas d'autres règles d'ordre public. Si une de ces conditions n'est pas remplie, la non-homologation entraîne la nullité de la transaction.

III.

La demande d'homologation ne peut porter que sur un contrat conclu. Lorsque ce contrat doit être soumis à l'approbation de l'assemblée délibérante d'une collectivité territoriale ou d'un ou plusieurs des conseils d'un établissement public, le juge ne peut être saisi qu'après cette approbation. Les contrats de transaction soumis au contrôle de légalité ne peuvent faire l'objet d'une demande d'homologation avant d'avoir été transmis au représentant de l'Etat. La demande d'homologation n'est pas soumise aux procédures dont l'accomplissement serait nécessaire avant que le juge puisse être saisi de conclusions tendant au règlement du litige que la transaction prévient ou éteint.

Le juge fait application de celles des règles de procédure qui ne sont pas incompatibles avec une telle demande. Les demandeurs sont dispensés du ministère d'avocat s'ils l'auraient été pour saisir

le juge d'une demande tendant à ce qu'il tranche le litige auquel la transaction met fin ou qu'elle a pour objet de prévenir.

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

La demande d'homologation est communiquée à toute personne qui aurait eu la qualité de partie dans une telle instance.

Lorsque le contrat de transaction doit être adressé au représentant de l'Etat pour l'exercice du contrôle de légalité, la demande d'homologation portant sur ce contrat lui est communiquée.

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

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

Référence 3 : Conclusions sur CE, 19 Avril 2013 syndicat mixte des aéroports de Charente Maritime, rep. N°352750 et 362020

Le litige qui oppose les sociétés de droit irlandais Ryanair Ltd et Airport Marketing Services Ltd au Syndicat mixte des aéroports de Charente, chargé notamment de la gestion de l'aéroport d'Angoulême, pose plusieurs questions de droit aussi intéressantes qu'inédites, dont les affaires qui viennent d'être appelées vous donneront un aperçu, sans pour autant vous conduire à répondre à l'ensemble d'entre elles.

Malgré les puissants attraits du département de la Charente, il est peu de dire que l'Etat, en créant au milieu des années 1980 à Angoulême un aéroport en mesure d'accueillir 200 000 passagers par an, alors qu'il existait déjà un aéroport à Cognac, a vu grand, comme le montre sa fréquentation, qui n'a jamais dépassé les 10 000 passagers par an. Le Syndicat mixte des aéroports de Charente, auquel le département, devenu propriétaire des aérodromes civils de l'Etat en application de l'article 28 de la loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, a transféré la gestion de ces infrastructures, a cherché à développer le trafic de cet aéroport et publié, en 2007 au Journal officiel de l'Union européenne, un appel à projets auprès des transporteurs aériens en vue de l'ouverture en 2008 d'une liaison aérienne régulière au départ et à l'arrivée d'Angoulême.

La société Ryanair a présenté une offre qui a débouché sur la conclusion avec le Syndicat de deux conventions le 8 février 2008. Par la première, elle s'est engagée à assurer trois liaisons par semaine entre Londres-Stansted et Angoulême pendant une période allant d'avril à octobre, pour environ 13 000 passagers par an, en contrepartie de réductions sur les redevances aéroportuaires au cours des trois premières années d'exécution du contrat. Par la seconde, la société Airport Marketing Services, filiale à 100 % de Ryanair, s'est engagée à faire, sur le site internet de la compagnie aérienne, la promotion du département, autrement dit de la liaison aérienne qu'elle assure, moyennant le versement par le syndicat mixte d'une somme totale de 925 000 euros sur les trois premières années d'exécution du contrat. Ces deux conventions sont régies par le droit français mais comportent une clause d'arbitrage au profit d'un arbitre de la Cour d'arbitrage international de Londres, dont la mise en oeuvre fait tout le sel du litige qui ne tardera pas à naître entre les parties.

En effet, la société Ryanair, arguant de la conjoncture économique difficile, a demandé au président du Syndicat, à la fin de l'année

2009, de réduire le montant des taxes aéroportuaires, ce qu'il a refusé. La société a alors proposé de limiter le service aux mois de juillet et août et, face au refus réitéré du syndicat, lui a notifié, le 17 février 2010, son intention de résilier la convention en application de l'article 9 qui permet en substance à Ryanair de la résilier unilatéralement "si l'une des conditions commerciales essentielles est modifiée de manière substantielle", modification qui, au terme du même article, inclut "une chute significative, sur une période d'au moins trois mois, du niveau des recettes générales au profit de Ryanair par les lignes vers/de l'aéroport d'Angoulême". La convention de promotion commerciale a été résiliée en conséquence de la résiliation de la convention principale.

Le Syndicat mixte a saisi le 28 juin 2010 TA de Poitiers de conclusions tendant à la condamnation de ses cocontractants à l'indemniser des préjudices subis du fait de la rupture de leurs engagements contractuels. Les sociétés ont contesté la compétence du tribunal administratif et saisi la Cour d'arbitrage international de Londres. L'arbitre, désigné le 18 février 2011, s'est d'abord, par une sentence avant dire droit du 22 juillet 2011, déclaré compétent pour connaître du litige, avant de le trancher par une sentence du 18 juin 2012 qui confirme la validité de la résiliation des conventions, rejette les conclusions indemnitaires des sociétés au titre d'un manquement à la clause d'arbitrage et met à la charge du syndicat les frais juridiques et d'arbitrage, d'un montant total d'environ 400 000 euros.

Ce sont ces deux sentences que le Syndicat mixte vous demande d'annuler. Il vous demande également, à titre subsidiaire, de déclarer, en qualité de juges de l'exequatur de la sentence avant dire droit, qu'elle ne peut recevoir exécution en France.

Ajoutons, pour compléter le tableau de l'état du litige, que le président du TGI de Paris a, par une ordonnance du 15 septembre 2012, ordonné l'exequatur de la sentence du 18 juin 2012 et que le syndicat a interjeté appel de cette ordonnance devant la Cour d'appel de Paris, qui n'a pas encore statué. Pas davantage, d'ailleurs, que le TA de Poitiers sur le recours formé devant lui par le Syndicat mixte.

La réponse aux conclusions dont vous êtes saisis est extrêmement simple et ne fait à nos yeux aucun doute : s'agissant des conclusions principales en annulation des sentences arbitrales, vous ne pourrez que vous déclarer incompétents pour connaître de décisions rendues par une juridiction étrangère.

S'agissant des conclusions subsidiaires, qui ne concernent que la sentence avant dire droit et qui nous semblent à la fois devenues sans objet du fait de l'intervention de la sentence au fond et irrecevables en tant qu'elles tendent à ce que vous déclariez qu'il n'y a pas lieu de prendre une décision, elles vous donneront néanmoins l'occasion d'apporter d'utiles précisions quant aux règles de compétence de la juridiction administrative pour ordonner l'exequatur de sentences arbitrales étrangères.

Vous êtes tout d'abord certainement incompétents, ainsi que toute autre juridiction nationale, pour annuler une décision émanant d'une autorité étrangère, non soumise à l'ordre juridique français, en l'absence de disposition conventionnelle vous en attribuant compétence. La compétence des juridictions nationales ne saurait excéder les limites de la souveraineté de l'Etat dont elles sont un organe. Comme le souligne le professeur Picard, "le fondement du principe d'incompétence du juge administratif à l'égard de ces activités non françaises repose sur les limites de la compétence internationale de l'Etat dont il est l'organe, fixées par les principes du droit international".

Bien que peu fournie sur ce point, votre jurisprudence comporte quelques applications de ces principes à des décisions juridictionnelles, dont font partie les sentences arbitrales, émanant d'organes étrangers: vous vous êtes ainsi déclarés incompétents pour connaître de sentences rendues par le Tribunal arbitral mixte franco-allemand institué par l'article 304 du Traité de Versailles (26 oct. 1938, *Sté anonyme des Vignobles et caves de La*

Bouvaie-Anjou, Lebon 795), de décisions de juridictions mixtes franco-vietnamiennes (sect., 31 janv. 1958, *Vally*, Lebon 58, RPD 1958. 3, concl. Tricot, RD publ. 1959. 372, obs. A. Gervais) ou encore, « en l'absence de toute disposition conventionnelle attribuant compétence à la juridiction administrative pour en connaître », de recours formés contre des jugements rendus par le tribunal administratif de Constantine après l'indépendance de l'Algérie, qui par conséquent émanaient désormais d'une juridiction étrangère (31 janv. 1964, *Cne de Bougie*, Lebon 72).

règlement juridictionnel des litiges, empruntant d'autres voies que les recours ouverts devant les juridictions étatiques de droit commun".

La Cour de cassation a également jugé, à propos d'une assignation d'arbitres étrangers en référé pour qu'il leur soit fait interdiction de poursuivre leur mission, que « le tribunal arbitral étant une juridiction internationale autonome (...) il n'entraîne pas dans les pouvoirs du juge étatique français d'intervenir dans le déroulement d'une instance arbitrale internationale » (Civ 1^{ère}, 12 octobre 2011, n° 11-11058, au bull).

Les décisions juridictionnelles - jugements et sentences arbitrales - émanant d'institutions étrangères ne peuvent donc pas être contestées devant les juridictions françaises, qui ne peuvent connaître que des sentences arbitrales rendues en France. Si ces dernières ne peuvent être contestées, à moins que les parties l'aient prévu, par la voie de l'appel (art 1489 du code de procédure civile), elles peuvent faire l'objet d'un recours en annulation, pour des causes limitées (articles 1491 pour les recours en annulation contre les sentences d'arbitrage interne et 1518 pour les recours en annulation contre les sentences rendues en matière d'arbitrage international). Ces règles ne sont cependant pas applicables aux sentences arbitrales rendues en France dans des litiges relevant de la juridiction administrative et n'intéressant pas le commerce international, qui sont susceptibles d'appel devant le Conseil d'Etat, compétent en application de l'article L. 321-2 du code de justice administrative pour statuer sur les appels formés contre des jugements rendus par d'autres juridictions administratives que les tribunaux administratifs (Sect, 2 mars 1956, *SARL Le secteur électrique de Reuilly*, p. 102 ; 4 janvier 1957, *Lamborot*, p. 12 ; 28 déc 2005, *Union syndicale des magistrats administratifs*, n° 274527, p. 591).

Vous pourriez donc parfaitement, comme nous vous le disions, vous limiter, pour rejeter les conclusions du syndicat mixte, à constater que vous n'êtes pas compétents pour annuler les décisions émanant d'un arbitre dont le siège est situé à l'étranger.

Mais vous pourriez également souhaiter profiter de ces recours pour apporter quelques précisions quant aux modalités d'exécution, en France, des sentences arbitrales rendues à l'étranger, ce qui vous permettra également de répondre aux conclusions subsidiaires, qui portent sur une question d'exequatur. Ces sentences doivent, pour pouvoir être exécutées en France, avoir fait l'objet d'une ordonnance d'exequatur, qui émane, en application de l'article 1516 du code de procédure civile, du tribunal de grande instance de Paris.

Le code de procédure civile n'envisage logiquement les modalités d'exécution en France d'une sentence arbitrale étrangère que dans le champ de l'arbitrage international, qui fait l'objet du Titre 2 du Livre IV du code. L'article 1504 définit l'arbitrage international comme celui « qui met en cause des intérêts du commerce international », dont relève, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, toute transaction transfrontalière. Le litige qui oppose la société Ryanair au Syndicat mixte des aéroports de Charente répond à cette définition, ce qui explique d'ailleurs que les parties aient choisi de le soumettre à un arbitre étranger.

Nous ne sommes cependant pas certains que la compétence du juge judiciaire résultant de l'article 1516 puisse s'appliquer lorsque la sentence arbitrale tranche un litige relatif à l'exécution

d'un marché public.

En effet, par une importante décision du 17 mai 2010, *Institut national de la santé et de la recherche médicale c/ Fondation Letten F. Saugstad* (n° 3754), le Tribunal des conflits a jugé que « le recours formé contre une sentence arbitrale rendue en France, sur le fondement d'une convention d'arbitrage, dans un litige né de l'exécution ou de la rupture d'un contrat conclu entre une personne morale de droit public française et une personne de droit étranger, exécuté sur le territoire français, mettant en jeu les intérêts du commerce international, fût-il administratif selon les critères du droit interne français, est porté devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue, conformément à l'article 1505 du code de procédure civile, ce recours ne portant pas atteinte au principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires ; qu'il en va cependant autrement lorsque le recours, dirigé contre une telle sentence intervenue dans les mêmes conditions, implique le contrôle de la conformité de la sentence aux règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou à celles qui régissent la commande publique et applicables aux marchés publics, aux contrats de partenariat et aux contrats de délégation de service public ; que, ces contrats relevant d'un régime administratif d'ordre public, le recours contre une sentence arbitrale rendue dans un litige né de l'exécution ou de la rupture d'un tel contrat relève de la compétence du juge administratif ».

Ces principes déterminent la juridiction compétente pour connaître du recours en annulation d'une sentence arbitrale rendue en France dans un litige intéressant le commerce international. Ils instituent une dérogation à la compétence de la juridiction judiciaire au profit du juge administratif lorsque « la sentence arbitrale a été rendue dans un litige né de l'exécution ou de la rupture » d'un contrat relatif à l'occupation du domaine public ou à la commande publique.

Ces principes de répartition des compétences doivent-ils s'appliquer à la procédure d'exequatur dont la sentence arbitrale étrangère peut seule faire l'objet ?

Si le Tribunal des conflits a réservé une compétence au juge administratif pour connaître des recours en annulation des sentences arbitrales relatives à l'exécution de certains contrats, c'est parce que ces contrats sont soumis en partie "à des règles impératives de droit public français", qu'ils relèvent "d'un régime administratif d'ordre public" dont, en application du principe de liaison de la compétence et du fond, il n'appartient qu'au juge administratif de contrôler le respect par la sentence arbitrale. En d'autres termes, la compétence du juge administratif pour connaître du recours en annulation de la sentence arbitrale française est fondée sur ce qu'elle est soumise à cet ordre public administratif et que le recours permettra d'en assurer le respect.

L'application de ces principes à la procédure d'exequatur d'une sentence arbitrale rendue à l'étranger dépend donc de l'étendue du contrôle qu'exerce le juge sur la sentence à l'occasion de la demande d'exequatur. La compétence du juge administratif ne se justifiera que si l'exequatur est subordonnée au respect par la sentence arbitrale de ces règles d'ordre public. La question n'est pas absolument évidente.

En effet, l'article 1514 du code de procédure civile dispose que "*les sentences arbitrales sont reconnues ou exécutées en France si leur existence est établie par celui qui s'en prévaut et si cette reconnaissance ou cette exécution n'est pas manifestement contraire à l'ordre public international*". Or il ne fait guère de doutes, comme l'expliquait M. Guyomar dans ses conclusions devant le Tribunal des conflits, que l'ordre public international n'englobe pas les règles impératives du droit public français.

Toutefois, les dispositions de l'article 1520 énumérant les cas d'ouverture du recours en annulation contre les sentences arbitrales rendues en France en matière de commerce international ne prévoient pas davantage la méconnaissance de règles impératives du droit public français. Ces dispositions sont

d'ailleurs applicables aux recours contre les ordonnances d'exequatur des sentences rendues à l'étranger (art 1525), de sorte que les textes ne justifient pas de distinguer, au regard des finalités du contrôle, le recours en annulation de l'exequatur.

La soumission de la sentence arbitrale internationale française à l'ordre public français est un apport de la décision du Tribunal des conflits, qui a suivi son commissaire du gouvernement. Se fondant sur la notion de lois de police, celui-ci soulignait que « les règles impératives du droit public français ... saisissent de plein droit les parties au contrat. (...) Alors même que les parties au litige auquel celui-ci a donné lieu auraient entendu soumettre sa résolution, par un arbitre, à d'autres règles telles les lois du commerce international, le caractère impératif de ces règles entraînant la soumission du contrat litigieux à un régime administratif d'ordre public, l'arbitrage ne pourra se dispenser du respect de ces règles ».

Pas davantage que la décision des parties à un contrat relatif au commerce international de soumettre leurs éventuels différends à l'arbitrage, la décision de les soumettre à un arbitre étranger ne saurait les faire échapper à l'application de ces règles impératives. Dans ce dernier cas, ce contrôle ne pouvant s'exercer qu'à l'occasion de la demande d'exequatur, il nous semble que les mêmes raisons doivent conduire à en réserver la compétence au juge administratif. Mattias Guyomar avait envisagé cette hypothèse, soulignant que cette compétence garantirait qu'aucune sentence méconnaissant ces règles impératives ne pourrait bénéficier d'une exécution forcée en France.

Il est vrai qu'il n'existe actuellement pas de procédure d'exequatur devant les juridictions administratives, mais vous pourriez la créer, comme vous l'avez fait pour l'homologation des transactions par votre décision d'Assemblée *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Haÿ les Roses* (6 décembre 2002, p. 433).

L'application des principes dégagés par l'arrêt *Inserm* à l'exequatur des sentences arbitrales étrangères conduirait en l'espèce à la compétence de la juridiction administrative pour se prononcer sur la demande d'exequatur de la sentence rendue par l'arbitre londonien.

Le litige nous semble en effet relever de la réserve de compétence administrative délimitée par le Tribunal des conflits.

Rappelons brièvement l'économie des conventions liant le syndicat mixte des aéroports de Charente et les sociétés du groupe Ryanair : l'une fixe le nombre de vols que la compagnie aérienne s'engage à assurer sur une certaine période et le montant des redevances aéroportuaires dues ; l'autre prévoit le versement d'une somme d'argent par le syndicat mixte à une filiale de la compagnie aérienne pour qu'elle assure la promotion de cette destination sur le site internet de la compagnie. Ces deux conventions sont indissociables.

Ces conventions tendent à satisfaire un besoin du syndicat mixte, qui avait lancé un appel à projets en vue du développement de la desserte aérienne de l'aéroport dont il a la gestion (voyez, pour la qualification d'une action similaire de la Chambre de commerce et d'industrie de Strasbourg vis-à-vis de la même compagnie aérienne : 27 février 2006, *Cie Ryanair Ltd et CCI de Strasbourg*, n° 264406, au rec).

Elles sont conclues à titre onéreux, puisqu'afin d'inciter la compagnie Ryanair à desservir l'aéroport d'Angoulême, le syndicat mixte a d'une part consenti des réductions sur le montant des taxes aéroportuaires, d'autre part et surtout accepté de verser à la filiale à 100 % de la compagnie aérienne une somme d'argent qui constitue en réalité une subvention d'exploitation. Vous l'avez ainsi qualifiée dans la décision précitée relative à l'aéroport de Strasbourg à propos d'un montage identique. La circonstance qu'en l'espèce l'argent soit versé à une société distincte de la compagnie aérienne ne doit pas vous arrêter, puisqu'elle est intégralement détenue par cette dernière.

Les deux critères du marché public de service, à savoir un contrat

conclu à titre onéreux par une personne publique pour répondre à ses besoins en matière de services, sont ainsi remplis.

Il nous semble donc que le président du TGI de Paris, qui a ordonné l'exequatur de la sentence arbitrale du 18 juin 2012 en application de l'article 1506 du code de procédure civile, n'était pas compétent pour le faire et que la Cour d'appel de Paris, devant laquelle le litige est actuellement pendante, devrait se déclarer incompétente. Votre décision, si vous prenez position sur ce point, pourra le lui suggérer.

Nous ne pensons pas en revanche que vous puissiez aller plus loin dans le règlement anticipé des questions que pose ce litige et notamment celle de la licéité de la clause compromissoire contenue dans les conventions. Il appartiendra à la juridiction administrative chargée d'ordonner l'exequatur, si jamais elle en est saisie, de dire si l'interdiction de compromettre « sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public », posée par l'article 2060 du code civil, s'applique aux conventions intéressant le commerce international et si elle fait partie des règles d'ordre public dont la méconnaissance fait obstacle à la compétence de l'arbitre et, par suite, à ce que l'exequatur puisse être donnée à la sentence qu'il a rendue. Ces questions, en particulier la première, font l'objet de controverses doctrinales et nous croyons qu'il serait prématuré de votre part d'anticiper ici les réponses qu'il faudra leur donner.

Vous pourrez donc, après avoir éventuellement indiqué que les sentences arbitrales rendues à l'étranger ne peuvent être contestées qu'à l'occasion de la demande d'exequatur dont elles font l'objet et pour s'opposer à ce qu'elle soit prononcée, demande qui ne devrait pouvoir être formée, lorsqu'elles ont été rendues au sujet de contrats relatifs à l'occupation du domaine public ou à la commande publique, que devant la juridiction administrative, rejeter les conclusions en annulation des sentences arbitrales étrangères, comme présentées devant une juridiction incompétente pour en connaître.

Les conclusions subsidiaires tendant à ce que vous déclariez que la sentence arbitrale avant dire droit ne peut recevoir l'exequatur car elle a été rendue en méconnaissance de la prohibition de l'arbitrage ont perdu leur objet du fait de l'intervention de la sentence au fond (Sect, 30 mai 1975, *Société d'Equipement de la Région Montpelliéraine*, n° 86738). Bien que celle-ci ne soit pas devenue définitive, elle absorbe la décision avant dire droit qui n'avait pour objet que d'affirmer la compétence de l'arbitre, qu'il a donc exercée au fond et qui sera éventuellement contrôlée à l'occasion de la contestation de sa sentence au fond (voyez, pour le non lieu à statuer sur une décision de sursis à exécution, même lorsque la décision au fond n'est pas devenue définitive : Sect, 26 mars 1993, *M.*, n° 121355).

Ajoutons que même si cette demande avait concerné une sentence au fond, elle aurait été irrecevable, car le juge ne peut être saisi que d'une demande d'exequatur, à l'occasion de laquelle la partie qui s'y oppose pourra faire valoir tous les arguments qu'elle estime de nature à y faire obstacle, et non d'une demande tendant à ce qu'il déclare que l'exequatur ne peut être ordonnée.

Nous vous proposons donc de rejeter les deux requêtes du Syndicat mixte des aéroports de Charente, à la charge duquel vous pourrez mettre le versement aux sociétés Ryanair et Airport Marketing service d'une somme de 1 500 euros dans chacune des affaires au titre des frais qu'elles ont exposés.

Référence 4 : CE, 14 Avril 2013 Syndicat mixte de Charente Maritime, req. n°352750 n°362020

Voir le corpus

Référence 5 : CE, 7^{ème} et 2^{ème} SSR, 4 juill. 2008, *Sté Colas Djibouti*

Vu la procédure suivante :

La société Broadband Pacifique a demandé à l'arbitre désigné le 14 janvier 2013 par une ordonnance du président du tribunal de première instance de Nouméa de statuer sur les demandes d'interconnexion qu'elle a adressées à l'administrateur supérieur des îles Wallis et Futuna, d'évaluer le préjudice qu'elle a subi en raison du refus d'y faire droit, de condamner l'administration à réparer ce préjudice et d'enjoindre à cette dernière de se conformer à l'autorisation d'établir et d'exploiter un réseau de communications électroniques ouvert au public délivrée par un arrêté du 18 mai 2009 en faisant droit à ses demandes d'interconnexion. Par une sentence du 4 décembre 2013, l'arbitre désigné a fait droit à cette demande.

Par une requête sommaire, un mémoire complémentaire et un mémoire en réplique, enregistrés les 4 mars et 4 juin 2014 et le 14 avril 2015 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, le préfet, administrateur supérieur des îles Wallis et Futuna demande au Conseil d'Etat :

- 1°) d'annuler cette sentence arbitrale ;
- 2°) de rejeter la demande de la société Broadband Pacifique ;
- 3°) de mettre à la charge de la société Broadband Pacifique la somme de 6 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- la Constitution ;
- le code civil ;
- la loi n° 61-814 du 29 juillet 1961 ;
- la décision n° 4025 du Tribunal des conflits du 16 novembre 2015 ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Tristan Aureau, auditeur,
- les conclusions de Mme Béatrice Bourgeois-Machureau, rapporteur public,

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Garreau, Bauer-Violas, Feschotte-Desbois, avocat de l'Administration supérieure des îles Wallis et Futuna, et à la SCP Ortscheidt, avocat de la société Broadband Pacifique ;

1. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que, par un arrêté du 18 mai 2009, l'administrateur supérieur des îles Wallis et Futuna a autorisé pour cinq ans la société Broadband Pacifique à établir et exploiter un réseau de communications électroniques sur le territoire de cette collectivité ; que le cahier des charges annexé à cet arrêté définit les conditions de cette exploitation et les obligations de la société ; que son article 10.1 prévoit que " l'interconnexion entre le réseau de l'opérateur et de celui du service des postes et télécommunications (SPT) fait l'objet d'une convention (...) Les litiges de toute nature relatifs à la conclusion ou à l'exécution de ces conventions seront arbitrés par un technicien indépendant désigné, à l'initiative de la partie la plus diligente, par le président du tribunal de première instance de Nouméa. Cette procédure arbitrale est limitée à la première instance, tout appel et autre recours relevant des tribunaux compétents de l'ordre judiciaire ou administratif " ; qu'après avoir vainement sollicité, après la délivrance de l'autorisation du 18 mai 2009, la conclusion d'une convention d'interconnexion avec le

service des postes et télécommunications des îles Wallis et Futuna, la société Broadband Pacifique a demandé la désignation d'un arbitre en se fondant sur les dispositions précitées du cahier des charges ; que, par une sentence du 4 décembre 2013, l'arbitre nommé par l'ordonnance n° 12/00452 du président du tribunal de première instance de Nouméa, a jugé que le refus de l'administrateur supérieur méconnaissait le droit que tenait la société de l'arrêté du 18 mai 2009 de conclure une convention d'interconnexion et que cette illégalité fautive lui avait causé un préjudice direct qui devait être réparé ; que l'administrateur supérieur des îles Wallis et Futuna a formé, devant le Conseil d'Etat, une requête tendant à l'annulation de cette sentence arbitrale ;

Sur les fins de non-recevoir opposées par la société Broadband Pacifique :

2. Considérant, d'une part, qu'il n'existe pas, dans le contentieux de la légalité, de principes généraux en vertu desquels une partie ne saurait se contredire dans la procédure contentieuse au détriment d'une autre partie ; que, d'autre part, l'administrateur supérieur des îles Wallis et Futuna est recevable à soulever pour la première fois devant le juge d'appel le moyen tiré de l'illégalité du recours à l'arbitrage sans que la société puisse utilement invoquer un " principe de bonne foi " pour y faire obstacle ; que, dès lors, les fins de non-recevoir opposées par la société Broadband Pacifique ne peuvent qu'être écartées ;

Sur la compétence :

3. Considérant, ainsi que l'a jugé le Tribunal des conflits par décision du 16 novembre 2015, que le litige soumis à l'arbitre dont la sentence est contestée porte sur la légalité et les conséquences préjudiciables d'une décision administrative prise par l'administrateur supérieur des îles Wallis et Futuna dans l'exercice de sa prérogative d'autoriser l'exploitation, par un opérateur privé, d'un réseau de communications électroniques et d'en fixer les conditions ; qu'un tel litige relève de la compétence de la juridiction de l'ordre administratif ;

4. Considérant que le Conseil d'Etat est compétent, en vertu de l'article L. 321-2 du code de justice administrative, pour connaître de l'appel formé par l'administrateur supérieur des îles Wallis et Futuna au nom de cette collectivité contre la sentence arbitrale du 4 décembre 2013 ;

Sur l'appel :

5. Considérant qu'il résulte des principes généraux du droit public français que, sous réserve des dérogations découlant de dispositions législatives expresses ou, le cas échéant, des stipulations de conventions internationales régulièrement incorporées dans l'ordre juridique interne, les personnes morales de droit public ne peuvent pas se soustraire aux règles qui déterminent la compétence des juridictions nationales en remettant à la décision d'un arbitre la solution des litiges auxquelles elles sont parties ;

6. Considérant qu'aucune disposition législative n'autorisait le préfet, administrateur supérieur des îles Wallis et Futuna, à soumettre à arbitrage les litiges de toute nature relatifs à la conclusion ou à l'exécution des conventions d'interconnexion entre le réseau d'un opérateur de communications électroniques et le service des postes et télécommunications de Wallis et Futuna ; qu'il suit de là que les dispositions de l'article 10.1.2 du cahier des charges annexé à l'arrêté du 18 mai 2009, par lequel le préfet, administrateur supérieur des îles Wallis et Futuna a autorisé la société Broadband Pacifique à établir et exploiter un réseau de

communications électroniques ouvert au public, sont illégales ; que, par voie de conséquence, la sentence arbitrale rendue le 4 décembre 2013 est dépourvue de base légale ; que, dès lors et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête, le préfet, administrateur supérieur des îles Wallis et Futuna est fondé à demander l'annulation de la sentence rendue le 4 décembre 2013 ;

7. Considérant qu'il y a lieu de renvoyer le litige au tribunal administratif de Wallis et Futuna, compétent pour en connaître en vertu des dispositions des articles L. 311-1 et R. 312-1 du code de justice administrative ;

8. Considérant qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire droit aux conclusions présentées par le préfet, administrateur supérieur des îles Wallis et Futuna au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ; que les dispositions de cet article font obstacle à ce que soient accueillies les conclusions présentées au même titre par la société Broadband Pacifique ;

D E C I D E :

Article 1er : La sentence arbitrale du 4 décembre 2013 est annulée.

Article 2 : Le litige est renvoyé au tribunal administratif de Wallis et Futuna.

Article 3 : Le surplus des conclusions de la requête et les conclusions présentées par la société Broadband Pacifique au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 4 : La présente décision sera notifiée au territoire des îles Wallis et Futuna, à la société Broadband Pacifique, à la ministre des outre-mer et au président du tribunal administratif de Wallis et Futuna.