



PROCÉDURE ADMINISTRATIVE

DOSSIER D'ACTUALISATION

M. Roussel

PARTIE 1 : LA RESOLUTION NON JURIDICTIONNELLE DES LITIGES

ADMINISTRATIFS.....	4
Transaction administrative et contentieux de l'annulation des actes administratifs unilatéraux : l'aube d'une nouvelle ère ?	4
Conseil d'État, 3ème - 8ème chambres réunies, 21/06/2021, 437744.	Erreur ! Signet non défini.
Conseil d'État, 1ère - 4ème chambres réunies, 16/06/2021, 440064...	Erreur ! Signet non défini.
Conseil d'État - 5ème et 6ème chambres réunies - 2 juillet 2021 - n° 432802	Erreur ! Signet non défini.

PARTIE 2 : LA COMPETENCE DE LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE**Erreur ! Signet non défini.**

A. La répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction **Erreur ! Signet non défini.**

Opération de police administrative ou judiciaire ?..... **Erreur ! Signet non défini.**
Conseil d'État, 6ème - 5ème chambres réunies, 22/07/2020, 440149. **Erreur ! Signet non défini.**

Tribunal des Conflits, 05/10/2020, C4193, **Erreur ! Signet non défini.**

Tribunal des Conflits, 09/03/2020, C4179 **Erreur ! Signet non défini.**

Tribunal des Conflits, , 09/12/2019, C4160, **Erreur ! Signet non défini.**

Tribunal des Conflits, , 09/12/2019, C4174, **Erreur ! Signet non défini.**

B. La répartition des compétences au sein de la juridiction administrative... **Erreur ! Signet non défini.**

CE, 12 février 2020, n°418880..... **Erreur ! Signet non défini.**

PARTIE 3 : LE RECOURS CONTENTIEUX ADMINISTRATIF**Erreur ! Signet non défini.**

A. Le Recours pour excès de pouvoir (REP) **Erreur ! Signet non défini.**

Conseil d'Etat, 24 juillet 2019, Association Réseau « sortir du nucléaire » et autres, n°416140 **Erreur ! Signet non défini.**

Le juge de l'excès de pouvoir peut abroger la suspension d'un sportif si elle est devenue illégale à la date où il statue **Erreur ! Signet non défini.**

À quelle date apprécier la légalité d'un acte administratif dans le contentieux de l'excès de pouvoir ? Le problème général **Erreur ! Signet non défini.**

Mutations..... **Erreur ! Signet non défini.**

Conseil d'État, 17 mars 2021, n°440208 **Erreur ! Signet non défini.**

B. Le recours de plein contentieux **Erreur ! Signet non défini.**

Conseil d'Etat, 3 juin 2019, n°419903..... **Erreur ! Signet non défini.**

C. Le référé..... **Erreur ! Signet non défini.**

L'acheteur public et le défi du référé en matière de secret des affaires..... **Erreur ! Signet non défini.**

Le premier référé « secret des affaires » devant le juge administratif : l'obtention de la suspension de l'analyse des candidatures et des offres par l'assistant à la maîtrise d'ouvrage partial **Erreur ! Signet non défini.**

Titres de séjour : l'utilisation du référé conservatoire pour pallier les carences de l'État **Erreur ! Signet non défini.**

PARTIE 4 : L'INSTANCE CONTENTIEUSE ADMINISTRATIVE**Erreur ! Signet non défini.**

A. Délai de recours contentieux **Erreur ! Signet non défini.**

CE, 27 mars 2020, *Syndicat agricole des petits planteurs de Cadet Sainte-Rose*, n°435277 **Erreur ! Signet non défini.**

Conseil d'État, 21 octobre 2020, n°443327 **Erreur ! Signet non défini.**

Conseil d'État, 3e et 8e chambres réunies, 12 Octobre 2020 – n° 429185. **Erreur ! Signet non défini.**

B. Recevabilité **Erreur ! Signet non défini.**

Recevabilité du recours pour excès de pouvoir –..... **Erreur ! Signet non défini.**

L'affermissement de la justiciabilité des actes de droit souple devant le Conseil d'État –
..... **Erreur ! Signet non défini.**
Conseil d'État, Chambres réunies, 14 Octobre 2020 – n° 434802 **Erreur ! Signet non défini.**

C. Intérêt à agir..... **Erreur ! Signet non défini.**
Conseil d'État, 9 mars 2021, n°433214 **Erreur ! Signet non défini.**
Conseil d'État, 7e et 2e chambres réunies, 27 Mars 2020 – n° 426291 **Erreur ! Signet non défini.**

D. Office du juge..... **Erreur ! Signet non défini.**
Conseil d'État, 7ème - 2ème chambres réunies, 09/06/2021, 438047. **Erreur ! Signet non défini.**
Rapporteur **Erreur ! Signet non défini.**
Rapporteur public **Erreur ! Signet non défini.**
Avocat(s) **Erreur ! Signet non défini.**
Texte intégral..... **Erreur ! Signet non défini.**

PARTIE 5 : LES VOIES DE RECOURS CONTENTIEUSES ADMINISTRATIVES **Erreur ! Signet non défini.**
Conseil d'État, 7e et 2e chambres réunies, 10 Juillet 2020 – n° 427884.... **Erreur ! Signet non défini.**

PARTIE 1 : LA RESOLUTION NON JURIDICTIONNELLE DES LITIGES ADMINISTRATIFS

Transaction administrative et contentieux de l'annulation des actes administratifs unilatéraux : l'aube d'une nouvelle ère ?

RFDA 2020 p.807

Alexandre Lallet, Maître des requêtes au Conseil d'État

Les vertus du procédé transactionnel sont trop connues des éminents lecteurs de cette revue pour qu'il soit besoin d'en faire un long exposé. Alors que les ressources publiques disponibles se raréfient et que les flux contentieux ne cessent d'augmenter, faire l'économie d'un procès, avec les coûts qui en découlent - services juridiques, greffes, magistrats, honoraires d'avocats, multipliés par le nombre d'instances - et les conséquences qui peuvent s'y attacher pour l'administration (condamnation pécuniaire, obligation d'exécution de la chose jugée...) au profit d'une solution qui, par construction, donne satisfaction au citoyen (ou à l'agent public) et à l'administration, au prix d'une indemnité transactionnelle raisonnable, devrait logiquement constituer un objectif prioritaire de l'action publique.

Sa pratique reste pourtant résiduelle (1) et sa place dans le discours récent des pouvoirs publics autour de la « transformation de l'action publique » tout à fait marginale. Le recours à la transaction n'est pas même évoqué dans le rapport du comité Action publique 2022 (2).

L'appel à régler autrement les conflits (3) s'est d'abord, et surtout, traduit par le « boom » des recours administratifs préalables obligatoires. Le Conseil d'État en recensait 140 dans son étude adoptée par son assemblée générale le 29 mai 2008. Ils mériteraient d'ailleurs un bilan actualisé pour en apprécier l'efficacité réelle, mise en regard de leurs inconvénients en termes de coût administratif et de délai pour le justiciable. Intuitivement, on est enclin à penser que, sous réserve de la matière fiscale, ils ne portent réellement leur fruit que lorsqu'ils font intervenir une autorité tierce, indépendante de l'administration. C'est, du reste, dans cette direction que les efforts récents se sont portés, à travers la conciliation et la médiation, administrative (4) et juridictionnelle (5). Mais cet encouragement à la médiation trouve précisément l'une de ses limites dans l'impossibilité, réelle ou supposée, de transiger dans certaines configurations (6).

Le cadre juridique de la transaction, quant à lui, n'a guère évolué depuis 1804. L'importation de ce régime à l'article L. 423-1 du code des relations entre le public et l'administration (CRPA) a eu une portée essentiellement symbolique et didactique, puisque faite à droit constant conformément aux dispositions d'habilitation (7), de même que les

diverses clarifications apportées par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle dans le code civil (C. civ.). L'article 24 de la loi n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un État au service d'une société de confiance (dit ESSoC) a prévu l'intervention des comités ministériels de transaction, en contrepartie de laquelle le signataire de la transaction est protégé d'une mise en cause de sa responsabilité personnelle sur le plan civil et disciplinaire. On peut douter que cette innovation ait permis de « diminuer le nombre de contentieux devant les juridictions », comme l'ambitionnait l'étude d'impact du projet de loi. Enfin, la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice n'évoque tout simplement pas le sujet.

Les dernières démarches officielles en faveur du développement de la transaction datent respectivement de près de dix ans et six ans, avec la circulaire du 6 avril 2011 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits et la note du secrétaire général du ministère de la justice du 25 juin 2015 relative au recours à la transaction pour régler amiablement les conflits. Leur effet n'a pas été publiquement étudié à notre connaissance, mais on peut légitimement suspecter qu'elles n'ont pas eu une grande postérité. C'est en partie parce que, conformément à une croyance largement répandue, elles excluaient de manière générale les « questions de légalité » de leur champ, ce qui en restreignait singulièrement la portée (8).

Cette croyance est pourtant fautive, comme l'a rappelé le Conseil d'État dans sa décision Centre hospitalier de Sedan du 5 juin 2019 (9). Il n'est pas certain que ce précédent, accueilli avec circonspection voire hostilité par une majeure partie de la doctrine, suffise à lever le verrou psychologique qui affecte les administrations et qui explique qu'elles n'ont en général pas développé de réflexe et de culture transactionnels, contrairement aux entreprises.

Sans prétention à l'exhaustivité, cet article s'efforce de synthétiser, sur la base des acquis jurisprudentiels existants, l'office du juge administratif de l'annulation (ou de la réformation) saisi d'une transaction, et en conséquence de dessiner les frontières de l'espace d'expression du procédé transactionnel par l'administration auteur d'un acte unilatéral qu'elle entend préserver par cette voie. Cet espace lui offre d'ores et déjà d'importantes marges de manoeuvre. Le législateur pourrait utilement relayer les efforts récents du juge en complétant le cadre juridique de la transaction afin d'encourager son utilisation sécurisée.

LE JUGE DE L'ANNULATION FACE A LA TRANSACTION ADMINISTRATIVE

Les marges de manoeuvre dont peut disposer l'administration en matière transactionnelle dépendent largement du positionnement qu'adopte le juge en la matière, puisque, précisément, la transaction a pour objet d'éviter sa saisine ou d'y mettre fin. Sa défiance, qu'exprimerait un contrôle trop étroit, dissuaderait l'administration ou son partenaire de s'engager dans une résolution négociée du litige qui les oppose. À supposer qu'il n'admette pas que, selon la formule bien connue, un mauvais accord vaut mieux qu'un bon procès, le juge doit faire en sorte que les accords soient suffisamment « bons » pour mieux accepter de s'effacer devant la volonté des parties. En suivant cette ligne directrice, conjuguant vigilance et retenue, sinon humilité, peut être bâti un office complet et équilibré du juge de la transaction administrative dans le contentieux de l'annulation des actes administratifs unilatéraux, dont on tracera ici les principaux contours.

L'« entrée en contrôle »

Lorsque le requérant exprime sa volonté de se désister purement et simplement de son action tendant à l'annulation d'un acte administratif, le juge doit en donner acte, sans procéder à une quelconque vérification. Il est en effet de jurisprudence constante que le juge n'a pas à rechercher si le désistement procède d'une erreur du requérant ou repose sur la simple perspective d'une transaction qui ne sera finalement pas conclue (10).

Lorsqu'une transaction prévoyant le désistement du requérant est simplement produite devant lui, sans que des conclusions à fins de désistement soient formellement présentées, mais que le requérant, à qui la transaction a été communiquée dans le cadre du débat contradictoire, n'a rien objecté, le juge doit en prendre acte et mettre fin à l'instance (11). Dans un tel cas, il ne doit pas donner acte d'un désistement, comme dans le précédent de 2011, mais prononcer un non-lieu à statuer, comme il l'a fait dans la décision Centre hospitalier de Sedan (12). Dans ce cas, le seul enjeu pour le juge est celui de l'interprétation du protocole transactionnel, afin de déterminer si le recours dont il est saisi entre dans le champ de ce dernier. Dans cet exercice, il peut utilement s'inspirer des articles 2048 et 2049 du code civil. Il ne peut y avoir non-lieu que pour un litige compris dans l'objet de la transaction, c'est-à-dire relatif au différend qui oppose les parties à la date de sa conclusion, et si y figure soit une indication expresse d'une volonté de mettre fin à ce litige, soit des éléments dont il découle nécessairement que telle a été l'intention des parties.

À cet égard, il nous paraît aller de soi que, lorsque le co-contractant renonce à « toute action » contre une décision, sans autre précision, une telle renonciation inclut aussi bien les recours administratifs et demandes d'abrogation ou de retrait de celle-ci que les recours juridictionnels (y compris les voies de recours). En revanche, il ne devrait pas lui être interdit, sauf stipulation contraire, de se prévaloir de l'illégalité de l'acte par voie d'exception à l'appui d'un recours contre une décision qui ne serait pas elle-même incluse dans le champ de la transaction. L'hypothèse a toutefois vocation à demeurer marginale dès lors, d'une part, qu'il y a lieu d'interpréter largement le champ de la renonciation exprimée en termes généraux (13), de sorte que la décision attaquée a de bonnes chances de ne pas être étrangère au différend qui a justifié la transaction, et si, d'autre part, le champ de la transaction administrative est limité, de jure ou de facto, aux décisions individuelles (14) (v. infra).

Il n'appartient au juge d'exercer un contrôle de validité de la transaction que si un débat s'élève devant lui sur ce point, soit que le requérant la conteste, soit qu'il subordonne son désistement au constat de cette validité (15), soit encore que l'une ou l'autre des parties ou les deux en sollicitent formellement l'homologation (16).

L'office général du juge du protocole transactionnel

La transaction est un contrat. Un contrat de transaction qui vise à prévenir ou à mettre fin à un litige relevant de la compétence du juge administratif est un contrat administratif (17). Par conséquent, l'office du juge doit être celui qui a été tracé par et à la suite de la décision d'assemblée Commune de Béziers du 28 décembre 2009 (18).

Il en résulte que le juge administratif doit en principe faire application de la transaction, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles. Le principe doit donc être celui du non-lieu à statuer. Ce n'est que par exception que le contrat de transaction doit être écarté et que le juge doit statuer sur le recours dont il est saisi en en faisant abstraction. Cette exception peut se produire dans deux hypothèses.

La première est celle dans laquelle le contrat de transaction a disparu à la date à laquelle il statue (19). Tel est le cas si une partie a fait usage de la possibilité de résilier le contrat de transaction en raison de la méconnaissance de ses obligations par l'autre partie (par exemple, l'absence de consignation de l'indemnité transactionnelle). S'agissant du cocontractant de l'administration, une stipulation expresse doit prévoir cette faculté, ce qui est en général le cas. La transaction n'ayant normalement pas pour objet l'exécution même du service public, et dès lors qu'il est peu probable qu'un motif d'intérêt général, tiré notamment des exigences du service public, puisse lui être opposé, cette résiliation paraît acquise si l'administration a effectivement manqué à ses obligations (20). En revanche, en l'absence de résiliation effective, le cocontractant ne peut se borner à invoquer l'exception d'inexécution contractuelle, qui ne joue pas en matière de contrat administratif (21).

La seconde hypothèse, dont il sera seule question dans la suite de l'article, est celle dans laquelle le contrat est entaché d'une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par le juge, tenant :

- soit à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement (22) ;

- soit au caractère illicite du contenu du contrat. Cette illicéité renvoie aux trois conditions auxquelles la jurisprudence, prenant appui sur l'article L. 423-1 du CRPA, subordonne la validité de la transaction : l'existence de concessions réciproques et équilibrées, la licéité de l'objet et le respect de l'ordre public. Il y a lieu de préciser ici que la transaction peut n'être illicite qu'en certaines de ses clauses et que le juge devrait, en toute rigueur, prononcer un non-lieu si ces clauses s'avéraient divisibles (23). Il nous semble toutefois qu'il y a lieu de présumer que les différentes clauses du contrat de transaction participent de son équilibre global et que la commune intention des parties est altérée par leur distraction, à tout le moins s'agissant des clauses favorables au co-contractant et qui l'ont convaincu de renoncer à l'exercice de son droit au recours.

Objet licite et respect de l'ordre public : des contraintes limitées

À titre liminaire, on peut s'interroger sur l'autonomie de ces deux conditions, que la jurisprudence distingue alors que l'article L. 423-1 du CRPA n'évoque que la première.

Il résulte de l'article 6 du code civil que le contrat de transaction, comme tout contrat, ne doit pas contrevenir à l'ordre public. L'ordre public étant indisponible, cette condition recouvre celle que la transaction porte sur des droits dont les parties ont la libre disposition (24), au sens des dispositions relatives à la médiation (25). Or une transaction qui porte sur un droit indisponible ou viole l'ordre public a nécessairement un objet illicite.

Il nous semble donc que la jurisprudence pourrait s'en tenir à ce dernier concept, le cas échéant en l'illustrant par le recours à la notion d'ordre public, quoique celle-ci soit historiquement la source d'une certaine confusion quant au périmètre autorisé de la transaction et qu'elle exerce ainsi un effet dissuasif tout à fait fâcheux dommageable sur les acteurs de la vie administrative.

EXCLUSION CERTAINE DU PROCEDE TRANSACTIONNEL PAR UNE DISPOSITION EXPRESSE

L'illicéité de l'objet - ou la violation de l'ordre public - peut résulter de ce que le législateur ou, pour l'État, le pouvoir réglementaire, a entendu exclure toute transaction (voire, plus largement, tout contrat). Tel est le cas de l'article 67 de la loi n° 94-679 du 8 août 1994, relatif au droit aux intérêts moratoires (26), des dispositions relatives aux accidents du travail et maladies professionnelles (27), à la rupture du contrat de travail (28), ou encore au recours à l'arbitrage (29). On peut éventuellement y ranger les règles relatives aux salariés protégés (30).

Pour le surplus, la définition de la « zone autorisée » de la transaction est à la main du juge. Ses contours se dessinent progressivement.

EXCLUSION PROBABLE DU PROCEDE TRANSACTIONNEL, SAUF DISPOSITION EXPRESSE, POUR L'EDICTON D'UN ACTE ADMINISTRATIF

Il est acquis que l'administration ne peut légalement s'engager par avance à exercer son pouvoir réglementaire dans un sens déterminé. Les principes qui régissent l'action des collectivités publiques et des personnes chargées d'une mission de service public s'y opposent (31). Il doit certainement en aller de même pour les décisions d'espèce (32). On imagine mal, par exemple, qu'une déclaration d'utilité publique soit négociée avec les propriétaires concernés en contrepartie de leur renonciation à la contester au contentieux.

Cette affirmation n'a pas été étendue, à notre connaissance, aux décisions individuelles. Il nous semble à cet égard que rien ne fait obstacle, dans le principe, à une transaction par laquelle le co-contractant de l'administration renoncerait à un recours contre une décision qui l'affecte, mais qui, en vue de la résolution globale du litige et en complément ou en substitution d'une indemnité transactionnelle, prévoirait l'édiction par l'administration d'une mesure individuelle qui lui est favorable (et dont il n'aurait aucun intérêt à demander l'annulation), y compris, le cas échéant, une mesure purement gracieuse (33). La décision individuelle ne constitue alors pas l'objet même de la transaction, mais une contrepartie.

En revanche, l'administration ne semble pas pouvoir convenir de l'édiction d'une mesure individuelle défavorable à une personne en contrepartie de sa renonciation à l'attaquer - ou, pour prendre le problème dans l'autre sens, une personne ne semble pas pouvoir s'engager par avance à renoncer à son droit au recours contre une décision non encore édictée. Cette renonciation anticipée est exclue par une jurisprudence ancienne, avec l'approbation de la doctrine (34).

Cette prohibition ne repose pourtant pas sur une logique incontestable (35). Sauf à regarder les requérants en puissance comme des majeurs incapables, on est enclin à leur reconnaître le droit de renoncer à un droit individuel, sachant, d'une part, qu'il ne s'agit pas d'abdiquer de manière générale et à l'aveugle le droit au recours, mais d'y renoncer uniquement pour une décision donnée, au vu de sa teneur telle qu'elle serait précisée dans le protocole transactionnel (36), et, d'autre part, qu'un vice du consentement avéré est de nature à affecter la validité de l'acte. L'idée qu'en excès de pouvoir, le requérant potentiel ne serait pas seulement cette personne de chair et d'os, avec ses problèmes, ses objectifs et ses moyens, bref, sa vie personnelle, mais aussi une incarnation de la figure transcendante du requérant dont il ne pourrait brader les intérêts pour s'épargner les joies d'un procès, est sans doute intéressante doctrinalement, mais elle est bien trop conceptuelle pour que le juge administratif en tire la moindre conséquence opérationnelle. À soixante-dix ans, Dame Lamotte est une jeune retraitée active et qui sait se réinventer dans le monde contemporain.

L'ouverture d'une telle faculté s'inscrirait en cohérence avec la montée en puissance de la contractualisation de l'action publique, y compris en droit de la fonction publique (avec la création de la rupture conventionnelle pour les fonctionnaires par l'article 72 de la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique) et permettrait aux administrations de sécuriser par avance leurs décisions pour déployer plus efficacement leur action, à l'abri de procès longs et coûteux. Elle ouvrirait aussi la voie à des sanctions négociées, en l'absence même de texte le prévoyant : l'administration, qui dispose d'une marge de manoeuvre dans la fixation du quantum de la sanction (et même, d'ailleurs, dans l'opportunité d'engager des poursuites...) pourrait s'engager sur un quantum donné en contrepartie de l'engagement de la personne sanctionnée de ne pas en demander l'annulation, ou abandonner les poursuites en contrepartie du versement d'une somme ou de l'exécution d'une obligation quelconque, ce qui revient au même.

Il est toutefois peu probable que le juge franchisse le pas, du moins à brève échéance. Il érigerait la transaction, non plus seulement en outil de résolution amiable des litiges, mais en instrument de l'action publique opérationnelle. Et il faut admettre qu'il pourrait, ce faisant, inciter l'administration à commettre des illégalités en toute impunité, là où l'aléa moral que crée l'interdiction de principe de renoncer par avance au droit au recours présente au contraire

une vertu disciplinaire pour elle. Il y a tout lieu de penser que, au moins dans les quelques années à venir, le juge continuera à regarder comme indisponible le droit de renoncer au droit au recours avant l'édition de la décision et s'en remettra au législateur pour autoriser cette pratique au cas par cas, comme ce dernier l'a déjà fait à plusieurs reprises (37).

ADMISSION DU PROCEDE TRANSACTIONNEL EN VUE DE REGLER LES CONSEQUENCES D'UNE DECISION DEJA EDICTEE

Nous ne pensons pas qu'il y ait lieu d'exclure d'emblée et de manière générale toute transaction portant sur un acte réglementaire en raison de sa nature et de ses effets à l'égard des tiers. Le spectre des actes réglementaires est large et la classification de certaines décisions peut prêter à discussion. Il n'y a guère de points communs entre un décret d'application d'une loi qui définit un régime juridique et une autorisation de mise sur le marché d'un produit pharmaceutique, qui se situe à la frontière avec l'acte individuel. La diversité des situations plaide pour ne pas fermer d'emblée la porte au nom d'une catégorisation qui a, fondamentalement, un autre objet.

En pratique, l'espace transactionnel apparaît en tout état de cause très étroit. D'une part, en vertu d'un principe général, il appartient à l'administration de ne pas appliquer les actes réglementaires illégaux (38), de sorte que l'extinction du recours en annulation présente un intérêt très limité. D'autre part, le vivier potentiel des requérants et la possibilité pour toute personne y ayant intérêt de demander l'abrogation d'un tel acte à tout moment rendent les transactions assez vaines.

L'intérêt d'une transaction résiderait dans la possibilité d'obtenir le désistement d'un requérant ayant introduit une demande d'annulation d'un acte réglementaire qui n'est par ailleurs plus susceptible de faire l'objet d'un tel recours direct par une autre personne, afin d'en sanctuariser les effets passés, à l'instar de ce que le juge peut faire au titre de la jurisprudence Association AC ! La transaction, tournée vers le passé, pourrait ainsi s'accompagner d'une réfection de l'acte, pour l'avenir. Seule une transaction extinctive serait envisageable en pratique.

Il en va très différemment des décisions individuelles (39).

Si l'administration ne peut prendre une décision individuelle illégale et ne peut être tenue de l'édicter en raison d'une promesse faite à une personne (40), elle doit, dès l'instant qu'elle l'a prise et sous réserve des possibilités d'abrogation et de retrait, lui donner son plein effet (41), y compris si l'acte a été obtenu par fraude (42). L'importance du point de bascule que constitue l'édition de la décision se retrouve dans la jurisprudence judiciaire en matière de licenciement. On ne peut renoncer par avance aux dispositions encadrant le licenciement, notamment celui des salariés protégés (43). Mais une fois celui-ci notifié, une transaction peut parfaitement être conclue pour régler l'ensemble des conséquences de la décision, y compris si cette décision pourrait être nulle et comporter, au-delà de l'indemnisation, un droit à réintégration du salarié (44).

Lorsqu'on se place du point de vue du citoyen, il n'existe aucune raison de lui interdire de renoncer au droit subjectif d'exercer un recours, quelle que soit sa nature, contre une décision individuelle qui le concerne, ou d'abandonner une procédure qu'il a engagée (y compris en renonçant à l'exercice d'une voie de recours). Du reste, dans les contentieux triangulaires, comme en matière d'urbanisme, nul n'a jamais contesté, au moins récemment, qu'une transaction puisse intervenir entre le bénéficiaire d'une décision (illégale le cas échéant) et le tiers intéressé et prévoir l'absence de recours ou son désistement. Contrairement à ce qui est parfois affirmé, l'article L. 600-8 du code de l'urbanisme n'a ni pour objet ni pour effet d'autoriser une telle transaction, qui serait prohibée en l'absence de ce texte, mais seulement, prenant acte de son existence et, implicitement, de sa légalité de principe, d'en prescrire l'enregistrement auprès de l'administration fiscale (45).

Lorsqu'on se place du côté de l'administration, la barrière psychologique tient à l'idée qu'il n'est pas admissible moralement qu'elle puisse « acheter » la paix juridictionnelle en couvrant une illégalité par le versement d'une somme d'argent. Précisons que, dans ce schéma de pensée, il n'y a aucune raison sérieuse de sanctuariser les litiges d'excès de pouvoir par opposition aux litiges de plein contentieux (objectif) : c'est le juge lui-même qui déplace la frontière entre ces deux catégories, indépendamment du caractère d'« ordre public » ou non des questions en jeu, et en considération de l'office qu'il estime devoir s'attribuer. On concevrait mal que le basculement des sanctions en plein contentieux (sauf exceptions) auquel a procédé la décision d'assemblée Société ATOM (46) ait eu pour effet d'élargir ipso facto le terrain de jeu transactionnel. La question n'est donc pas celle des particularités du recours pour excès de pouvoir, mais celle de la possibilité d'offrir une contrepartie, le cas échéant monétaire, pour prévenir l'annulation ou la déclaration d'illégalité d'un acte administratif unilatéral par le juge, quel que soit son office.

Cet obstacle a été levé, certes prudemment mais certainement, par la décision Centre hospitalier de Sedan, pour ce qui concerne l'admission à la retraite d'un fonctionnaire hospitalier pour invalidité non imputable au service. Il en résulte qu'une transaction par laquelle l'administration négocie la renonciation (transaction préventive) ou le désistement (transaction extinctive) pour un recours en annulation contre une décision individuelle n'est, à ce seul titre, contraire à aucune règle d'ordre public. En particulier, le régime juridique applicable à la décision en litige ne saurait être regardé par principe comme relevant de l'ordre public.

Cette solution a fait l'objet de critiques sévères (contraire au « bon sens », « achat de la paix sociale », « le Conseil d'État semble avoir ouvert une boîte de Pandore » (47) ; « affaiblissement du principe de légalité » (48) ; une « avancée inquiétante », « étrange », « Dame Lamotte enterrée en catimini », « marchandisation du droit au recours » (49)...) ou a éveillé, au terme d'une analyse particulièrement fouillée, des sentiments contradictoires (« clarification attendue » et « solution prévisible » du point de vue de l'administré, mais suscitant « l'étonnement » et « l'inquiétude », qui paraît toutefois « pouvoir être apaisée » lorsqu'on se place du côté de l'administration (50)). À chaque fois, la réserve vient de cette idée que l'administration ne devrait pas pouvoir « acheter l'illégalité ».

Sur le plan conceptuel, la plupart des analyses doctrinales négligent le fait que c'est, in fine, le juge qui distingue ce qui est légal de ce qui ne l'est pas. Il le fait au vu des échanges contradictoires et du dossier qu'il a sous les yeux, ce qui peut le conduire à rejeter un recours insuffisamment étayé contre une décision « objectivement » illégale, ou à annuler une décision qui, si elle avait été défendue correctement, aurait été considérée comme légale. Le jeu des voies de recours et de rétractation montre qu'une appréciation peut varier du tout au tout d'une juridiction à une autre, ou d'une formation de jugement à une autre, et seul le secret des délibérés conduit à ignorer qu'elle peut varier d'un membre à l'autre au sein d'une formation collégiale, de sorte que la légalité ou l'illégalité de l'acte dépendra, prosaïquement, de l'opinion d'une majorité. Du reste, sous réserve des quelques moyens d'ordre public, le juge n'annule la décision que si un moyen le permettant est soulevé devant lui, ce qui le conduit à laisser subsister dans l'ordonnancement juridique, parfois tout à fait sciemment, des décisions entachées d'une illégalité flagrante. De la même façon, il peut, au bénéfice du contrôle distant qu'il pratique, qu'il s'agisse du contrôle restreint en excès de pouvoir ou du contrôle de dénaturation en cassation - « fermer les yeux » sur une situation qui, s'il la regardait au microscope, serait déclarée illégale. L'extension des possibilités de régularisation des actes en cours d'instance est aussi de nature à influencer l'examen de la légalité (51), de même que les possibilités de substitution de base légale et de substitution de motifs. Le juge peut également être amené à faire évoluer sa jurisprudence pour déplacer la frontière entre légalité et illégalité : avant les décisions Danthony (52) et Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT (53), tout le monde aurait juré que les actes pris sans que soit respectée une obligation consultative comme les refus d'abroger un règlement irrégulièrement édicté étaient grossièrement illégaux... À cela s'ajoute, cette fois du point de vue du partenaire de l'administration, que l'annulation elle-même peut ne plus produire ses pleins effets du fait notamment de la technique des annulations conditionnelles et de leur modulation dans le temps. Sans parler, évidemment, de l'erreur judiciaire qui peut conduire à annuler à tort une décision qui était parfaitement légale, et inversement.

La transaction ne permet donc pas à l'administration d'acheter une illégalité (avérée) mais la certitude que l'acte ne sera pas annulé. Elle lui permet de faire l'économie de l'« aléa judiciaire » qui entoure tout procès. Il n'y a donc pas lieu d'ériger le bloc de légalité de référence de l'acte administratif en cause en un ensemble de « règles d'ordre public » et, au terme d'un examen scrupuleux de sa légalité, d'en déduire, le cas échéant, que la transaction n'est pas valide parce qu'elle méconnaîtrait telle ou telle de ces règles. C'est là inverser l'ordre normal d'examen des questions : le juge, saisi d'une transaction, est d'abord juge de la transaction, qui est, d'une certaine manière, un juge de l'évidence - étant rappelé que le principe est celui de la mise en oeuvre de la transaction, et, l'exception, sa mise à l'écart ; et ce n'est que s'il l'écarte en raison de son invalidité que le juge retrouve la plénitude de son pouvoir d'appréciation et son rôle classique de juge du fond.

L'illégalité et surtout « l'annulabilité » éventuelle de la décision n'est pas une question de respect de l'ordre public ou de licéité de l'objet de la transaction. Son occurrence n'intéresse que l'autre condition, cardinale, de la validité de la transaction, qui tient à l'existence de concessions réciproques et équilibrées. Et ce sont les potentialités offertes par cette condition, examinée ci-après, que les critiques dont fait l'objet la jurisprudence du Conseil d'État ont tendance à perdre de vue, au profit d'une vision hypertrophiée de l'ordre public.

Des développements qui précèdent, et de l'idée, qui sera développée au point suivant, que l'interdiction des libéralités peut voire doit en réalité s'appréhender par la condition des concessions réciproques et équilibrées, le lecteur pourra se demander ce qu'il reste de « l'ordre

public transactionnel » d'origine jurisprudentielle, dans les transactions portant sur un acte administratif unilatéral déjà édicté.

En matière d'arbitrage, la jurisprudence a rangé dans cette catégorie l'interdiction d'aliéner le domaine public - ce qui ferait par exemple obstacle à une transaction par laquelle, en lieu et place de l'indemnité transactionnelle, l'administration prétendrait céder voire donner un bien du domaine public sans déclassement - et celle de renoncer aux prérogatives dont les personnes publiques disposent dans l'intérêt général au cours de l'exécution du contrat - qui ferait obstacle à ce que l'administration s'interdise par avance de résilier un contrat par exemple (54). Il semble donc que les règles d'ordre public prétoriennes, à la différence de celles par lesquelles le législateur a interdit le recours à la transaction dans certains domaines, viennent surtout limiter la nature des contreparties que l'administration est susceptible d'accorder en échange de l'absence de recours ou du désistement, plutôt que la nature des décisions que la transaction a pour objet de sécuriser. Il y a également lieu de réserver les « règles d'ordre public du droit de l'Union européenne » également évoquées par cette décision et dont la Cour de justice de l'Union européenne pourrait juger qu'elles sont incompatibles avec toute transaction, au nom de la primauté et de l'effectivité du droit de l'Union (55).

La clé de voûte des concessions réciproques et équilibrées

Selon une jurisprudence constante, consacrée à l'article 2044 du code civil en vigueur, le juge judiciaire s'attache seulement à vérifier la réalité des concessions, c'est-à-dire l'existence d'un « sacrifice réel et appréciable pour chacune des parties » (56) mais non, à proprement parler, leur équilibre. Il faut et il suffit que la transaction préserve les droits de chacune des parties au protocole transactionnel (57).

L'exigence d'équilibre posée par l'article L. 423-1 du CRPA invite le juge administratif à aller plus loin dans le contrôle, ce qui peut s'expliquer par le fait que sont en jeu l'intérêt général et, à travers l'indemnité transactionnelle, les deniers publics. Mais il ne saurait pour autant verser dans un contrôle d'équivalence qui conduirait à confronter hypothétiquement le fruit de la transaction à celui qui résulterait de sa propre décision, sauf à priver d'intérêt le procédé transactionnel. C'est la raison pour laquelle en matière indemnitaire, la jurisprudence, après avoir envisagé de durcir (voire dévoyer) l'application de la jurisprudence Mergui selon laquelle l'administration ne saurait être condamnée à payer une somme qu'elle ne doit pas, se limite à proscrire les libéralités (58). Plus largement, ce n'est qu'en présence de concessions manifestement disproportionnées, dont la libéralité n'est qu'une traduction, que la transaction est invalide (59). Et cette disproportion manifeste s'apprécie de manière globale, c'est-à-dire toutes concessions confondues. Le versement d'une somme en réparation d'un préjudice qui n'existait pas - ce qui est en principe contraire à la jurisprudence Mergui - n'entache pas par elle-même la transaction de nullité, dès l'instant que la transaction, prise dans son ensemble, respecte cette règle (60). Ainsi le juge sera d'autant plus enclin à admettre la validité de la transaction de ce point de vue que celle-ci est large et porte sur des objets multiples, dont certains sont difficiles à valoriser à l'euro près. C'est aussi la raison pour laquelle la décision Centre hospitalier de Sedan prend soin de relever que l'administration a pu régler globalement le litige opposant cet établissement à son (ancien) agent, dans ses volets « excès de pouvoir » et indemnitaire. Cette position est vertueuse car elle incite les parties à vider entièrement le litige qui les oppose.

Lorsqu'un texte règle mécaniquement les conséquences d'une situation de fait constante, toute déviation contractuelle traduira l'absence de concessions réciproques et équilibrées : si l'administration ne donne pas assez, elle n'a consenti aucune concession par rapport à l'application mécanique du texte ; si elle donne trop, c'est le cocontractant qui n'a rien concédé en s'engageant à ne pas attaquer une décision dont il n'avait, peu ou prou, aucune chance d'obtenir l'annulation. Si la transaction s'est essentiellement déployée en matière indemnitaire, ce n'est peut-être pas (seulement) en considération d'une différence de nature avec le contentieux d'excès de pouvoir. C'est (aussi) parce que, de l'existence d'une faute à celle de préjudices et de leur chiffrage (en particulier celui du préjudice moral), en passant par le lien de causalité et d'éventuelles circonstances exonératoires ou atténuatoires, il y a presque toujours place à chaque stade pour des discussions et appréciations, parfois délicates, qui supposent une instruction approfondie et qui se soldent parfois par une réparation procédant d'une « juste appréciation », là où nombre d'actes unilatéraux ne sont que l'application mécanique ou largement guidée d'une réglementation, le cas échéant éclairée par la doctrine administrative (ce qu'on appelle désormais le droit souple).

À nos yeux, c'est donc au titre des concessions réciproques et équilibrées, et non à celui d'une quelconque règle d'ordre public, qu'il y a lieu de faire barrage aux libéralités et, éventuellement, à des contrats léonins. L'évolution est nette de la décision Commune des Angles, qui se place sur le terrain des dispositions d'ordre public pour exclure toute transaction portant sur le calcul des indemnités de licenciement au motif qu'il est régi par un texte, à la décision Garde des Sceaux c/ Colas, qui repose sur le fait que les dispositions en cause « règlent entièrement les conditions de la rémunération du travail des personnes détenues excluant pour leur application toute recherche de concessions réciproques et équilibrées entre les parties » et qui prend soin d'exclure une transaction ayant pour objet « exclusivement d'assurer le versement des salaires légalement dus », et non, en sus, de réparer d'éventuels préjudices. La solution aurait d'ailleurs pu être différente si les circonstances de fait avaient été l'objet d'un débat (61) car, dans un tel cas, l'issue du litige n'aurait pas été mécaniquement commandée par la mise en oeuvre du régime juridique.

L'une des difficultés à laquelle est confronté le juge, après les parties, est celle d'évaluer l'existence d'une incertitude, justifiant dans son principe la transaction, et la valeur du désistement (ou de l'absence de recours), permettant d'apprécier l'absence de disproportion manifeste de la contrepartie offerte par l'administration. Il ressort de la décision Centre hospitalier de Sedan que trois paramètres entrent en ligne de compte.

1. Il y a lieu, d'abord, de tenir compte de la probabilité d'annulation de la décision - de la même façon qu'en contentieux indemnitaire, la jurisprudence Mergui conduit à écarter tout droit à réparation en l'absence de caractère direct du préjudice (62), d'existence de ce dernier et, logiquement, de faute (63).

L'évaluation de cette probabilité s'effectue d'abord en examinant celle de la justiciabilité de l'acte (est-il susceptible de recours ? L'est-il encore au regard des délais ?) et de la recevabilité d'un recours du co-contractant contre la décision (au regard de l'intérêt pour agir du cocontractant). À cet égard, il importe de tenir compte du vivier des personnes susceptibles de pouvoir attaquer la décision litigieuse, parce qu'elles justifient d'un intérêt pour agir contre

celle-ci et ne sont pas forcloses. En effet, dans le cas où la même décision est (encore) susceptible d'être régulièrement attaquée par plusieurs requérants ou l'est effectivement, seule une transaction conclue avec l'ensemble d'entre eux paraît à même de remplir la condition posée.

Il convient ensuite de jauger l'aléa judiciaire. Peuvent entrer en ligne de compte dans cette opération les incertitudes quant aux règles de droit applicables et leur interprétation (notamment lorsqu'elles n'ont pas donné lieu à un éclairage jurisprudentiel), la nécessité de porter des appréciations (par opposition à de simples constats factuels) ou encore les incertitudes factuelles du dossier et la nécessité qu'il y aurait à diligenter des mesures d'instruction pour les lever. Pour les transactions extinctives, le juge dispose d'ailleurs d'une requête dont il peut apprécier le sérieux. Tel sera le cas la plupart du temps puisque, du fait du déclenchement des délais de recours, le destinataire de la décision devra l'attaquer pour préserver ses droits, et négocier parallèlement.

La rédaction du protocole transactionnel n'est pas sans importance sur ce point. Le rappel des points de vue divergents des parties sur telle ou telle question, qui figure en général dans le préambule d'un tel document, permet d'éclairer le juge sur la nature exacte de la contestation qu'il s'est agi de prévenir ou d'éteindre.

Comme on l'a dit, le juge ne doit pas se lancer dans une analyse pointilleuse de la légalité de la décision et, s'il a déjà été introduit, du recours. En jurisprudence judiciaire, si le juge peut « restituer aux faits, tels qu'ils ont été énoncés par l'employeur dans la lettre de licenciement, leur véritable qualification » (64), il ne lui appartient pas, pour apprécier la réalité des concessions, de trancher le litige que la transaction avait pour objet de clore, en se livrant à l'examen des éléments de fait et de preuve pour déterminer le bien-fondé d'une décision (65). En jurisprudence administrative, l'exigence d'équilibre - en réalité, d'absence de déséquilibre manifeste - plaide tout au plus pour une vigilance accrue, mais certainement pas pour un contrôle normal de la légalité de la décision, ni même pour un contrôle restreint qui ferait peser une insécurité juridique excessive sur la transaction, tant la tentation sera grande, de proche en proche, de remettre en cause l'espace de liberté transactionnelle des parties. Tout au plus le juge, au terme d'un examen qu'il doit assumer comme superficiel, devrait-il se borner à écarter l'existence de concessions réciproques et équilibrées dans le cas, presque pathologique, où la légalité de la décision ne se heurterait, à l'évidence, à aucune contestation sérieuse, de sorte que l'administration a accordé une forme de libéralité en versant une indemnité transactionnelle en l'absence de tout risque d'annulation. Tel serait notamment le cas si l'administration se trouvait manifestement en situation de compétence liée, c'est-à-dire si l'acte litigieux reposait uniquement sur des constats de fait et non sur une appréciation - sous réserve d'un débat sérieux sur la matérialité de ces faits.

Contrairement à ce qui a pu être avancé en doctrine, la décision Centre hospitalier de Sedan intègre ce paramètre dans l'appréciation du caractère équilibré des concessions. On ne s'explique pas autrement la référence à la contestation élevée par l'agent quant à l'appréciation portée par l'administration et à la mention selon laquelle celle-ci a suivi l'avis de la commission de réforme (laquelle n'avait toutefois pas entendu l'intéressé) - ce qui donne à penser que le débat était ouvert. La discrétion de la motivation n'est probablement pas anodine. Elle nous paraît témoigner de la très grande retenue du juge administratif dans cet exercice.

S'il ne fait aucun doute que le cocontractant ne consent aucune concession lorsque la probabilité d'annulation de l'acte était manifestement nulle, mais aussi, à l'extrême inverse, lorsque l'acte est en réalité inexistant (66), nous ne sommes pas certain qu'il y ait lieu, symétriquement, de tenir compte de ce que la décision est entachée d'une illégalité flagrante, le cas échéant d'ordre public (quoique cette notion de l'ordre public soit sans grand rapport avec celle qui figure à l'art. 6 du C. civ.), de sorte que cette probabilité tend, cette fois, vers 100 %. D'une part, si le juge administratif est gardien des deniers publics, il n'est pas évident qu'il ait vocation à protéger de la même façon le co-contractant de l'administration, en l'absence de vice du consentement. D'autre part, c'est justement dans le cas où l'administration s'est trompée, le cas échéant lourdement, qu'elle peut trouver intérêt à s'entendre avec le destinataire de l'acte pour purger le litige. Enfin, la seule circonstance qu'une décision serait grossièrement illégale ne suffit évidemment pas à priver d'intérêt la transaction pour le co-contractant de l'administration. Tout dépend en effet de son « espérance de gain » en cas d'annulation (gain net, c'est-à-dire corrigé des inconvénients et désagréments de toutes natures qui s'attache à l'engagement ou à la poursuite d'une procédure contentieuse), mise en balance avec ce que lui offre l'administration, ici et maintenant.

2. Tel est en effet le deuxième paramètre à prendre en compte, qui est probablement le plus important. Il tient aux conséquences de l'annulation qui pourrait être prononcée en l'absence de transaction. Du point de vue de l'administration, ce paramètre permet de contrôler le bien-fondé du montant de la somme versée au co-contractant, qu'il soit manifestement excessif ou dérisoire, voire son principe même dans le cas extrême où l'annulation n'aurait aucune conséquence fâcheuse pour elle, notamment parce qu'elle pourrait reprendre légalement la même décision après annulation. Tel peut être le cas d'annulations de pure forme, sauf exceptions (67). À l'inverse, l'exécution de la chose jugée peut emporter des conséquences lourdes pour l'administration et non nécessairement souhaitées par le co-contractant, comme l'obligation de réintégrer l'agent public illégalement évincé comme dans le précédent Centre hospitalier de Sedan. S'y ajoute, le cas échéant, la réparation des préjudices directs et certains découlant de l'illégalité qui a justifié l'annulation.

En outre, la décision Centre hospitalier de Sedan donne à penser - sans toutefois qu'on puisse trop extrapoler de ce seul précédent - que le plateau de la balance administrative n'est pas circonscrit à l'intérêt propre de l'administration contractante (intérêt général « local », si l'on peut dire), mais peut s'étendre à d'autres considérations d'intérêt général. A ainsi été mise en regard de l'indemnité transactionnelle, dans cette affaire, non seulement le « coût » (au sens large) d'une réintégration de l'agent pour l'établissement (dans le cas où il serait en réalité apte à exercer ses fonctions), mais aussi, en cas d'invalidité imputable au service, celui du versement d'une rente viagère d'invalidité qui est à la charge, non pas de l'établissement de santé, mais de la Caisse nationale de retraite des agents des collectivités locales (CNRACL), gérée par la Caisse des dépôts et consignations (68).

Ce deuxième paramètre permet à notre avis d'exclure largement la transaction avec des tiers pour une décision individuelle favorable à son destinataire en vue de leur renonciation à une demande d'annulation. Dans les litiges triangulaires, comme en urbanisme, c'est au bénéficiaire de la décision de transiger avec le(s) requérant(s) potentiel(s) et actuel(s) afin de négocier leur abstention ou leur désistement. Il serait tout à fait contestable que l'administration engage des deniers publics aux fins de maintenir dans l'ordonnancement juridique une décision, comme un permis de construire délivré à un particulier, dont ¹/₁₆

contribution à l'intérêt général est nulle ou modeste. En la matière, il est toutefois prudent de raisonner au cas par cas et de ne pas exclure par principe que l'intérêt général puisse justifier que l'administration transige avec le(s) tiers, y compris dans le cadre d'une transaction tripartite - qu'on songe, par exemple, à un permis portant sur une opération d'aménagement présentant un intérêt public éminent. En outre, la transaction reste parfaitement envisageable pour prévenir ou mettre fin à un contentieux indemnitaire (69).

Il y a lieu d'observer qu'une transaction est aussi susceptible d'intervenir en aval, une fois l'annulation prononcée. Il est d'usage d'affirmer que les parties peuvent renoncer au bénéfice de la chose jugée en plein contentieux subjectif (70) ainsi qu'à celui de la chose jugée par le juge judiciaire (71), mais non à la chose jugée en excès de pouvoir (72). En réalité, seule la disparition rétroactive de l'acte, par une décision revêtue de l'autorité absolue de la chose jugée, s'impose nécessairement à tous : les parties ne peuvent ressusciter cet acte d'un commun accord en convenant d'ignorer l'annulation. Mais les conséquences de cette disparition peuvent tout à fait être aménagées de façon concertée, afin de prévenir des litiges d'exécution dont tout praticien sait qu'ils ne sont pas les plus faciles à traiter - qu'on songe notamment à la reconstitution de carrière en application de la jurisprudence Deberles. C'est ce que le Conseil d'État a expressément admis en matière de préemption, en conférant explicitement au mode d'emploi de la restitution du bien illégalement préempté un caractère subsidiaire (73).

3. À ces deux premiers paramètres, qui permettent d'évaluer l'occurrence et la gravité du « risque contentieux », s'ajoute la prise en compte de l'ensemble des circonstances pertinentes de l'espèce. La décision Centre hospitalier de Sedan fait référence à « l'intérêt qui s'attache, pour les deux parties, au règlement rapide de leur différend ». La formule peut sembler relever du pléonasmisme car tel est l'objet même d'une transaction. Mais elle recèle des potentialités intéressantes. Le juge peut ainsi tenir compte de l'ancienneté et de la durée prévisible de l'instance et d'autres contentieux en cours ou susceptibles de naître par ramification, le cas échéant devant un autre juge, y compris pénal. Quoique la transaction administrative n'éteigne pas l'action publique, elle peut ne pas laisser indifférente l'autorité judiciaire dans l'appréciation de l'opportunité des poursuites. Le juge pourrait intégrer, fût-ce in petto, d'autres considérations d'intérêt général tirées du contexte de l'affaire, notamment la conflictualité produite par la situation (par exemple, au sein d'un service) ou encore l'ampleur des ressources mobilisées par l'administration pour gérer le litige, mise en regard de la charge globale qui pèse sur elle. Ces considérations sont classiquement mises en avant par les entreprises publiques lorsqu'elles doivent expliquer le « rationnel » de leur transaction à leur conseil d'administration, à leur tutelle et aux autorités de contrôle.

Le point de vue des tiers

Une transaction étant un contrat, elle n'est pas opposable aux tiers (74). L'homologation de la transaction n'est d'ailleurs revêtue que de l'autorité relative de la chose jugée (75).

Il n'en reste pas moins que, dans des cas sans doute limités (76), des tiers sont susceptibles d'être lésés dans leurs intérêts de façon suffisamment directe et certaine par la transaction.

Ceux-ci doivent, dans ce cas, pouvoir agir contre elle dans le cadre fixé par la décision d'assemblée Département de Tarn-et-Garonne du 4 avril 2014 (77).

Une difficulté peut naître de la chronologie des actions. En effet, le protocole transactionnel constitue un document administratif communicable, sous réserve des secrets protégés par les articles L. 311-5 et L. 311-6 du code des relations entre le public et l'administration. À ce titre, lorsqu'il vise à éteindre un litige porté devant le juge administratif, sa communication ne peut intervenir, conformément au f) du 2° de cet article L. 311-5, qu'après que l'instance en cause a pris fin, afin de ne pas porter atteinte au déroulement de la procédure juridictionnelle (78). Une autre solution aurait été possible, qui aurait permis, sinon encouragé, l'intervention des tiers dans l'instance entre les parties, afin de purger autant que possible les griefs qu'ils sont susceptibles de faire valoir.

Le juge pourrait donc être amené, dans des cas il est vrai exceptionnels, à annuler le contrat alors même que, saisi par les parties, il n'avait pas constaté son invalidité et avait prononcé un non-lieu. Dans une telle situation, il pourrait être envisagé que le co-contractant, qui recouvre sa liberté d'action par la disparition de la transaction, se voie ménager une possibilité de recours contre la décision sur laquelle celle-ci portait. Selon toute vraisemblance, l'hypothèse sera rare car le juge du contrat privilégiera la voie de la régularisation, lorsqu'elle est possible, ou la voie indemnitaire, à défaut.

LE LEGISLATEUR FACE A LA TRANSACTION ADMINISTRATIVE : QUELQUES PISTES D'EVOLUTION

Il n'est pas certain que la décision Centre hospitalier de Sedan, par ailleurs abondamment critiquée, suffise à « décomplexer » l'administration à l'égard du procédé transactionnel. Afin de tordre définitivement le cou à l'idée selon laquelle la transaction ne pourrait intervenir sur les « questions de légalité » et de sortir la transaction de la marginalité voire de l'anormalité, l'audace toute relative de la jurisprudence pourrait être relayée par le législateur, afin d'envoyer un signal clair à l'administration. Celui-ci pourrait décider clairement que l'administration peut, sous les réserves rappelées à l'article L. 423-1 du CRPA, conclure une transaction afin de mettre fin à l'ensemble des litiges nés de l'édition d'un acte administratif ou prévenir ceux qu'il pourrait faire naître, incluant la demande d'annulation de cet acte et celle qui tend à la réparation des préjudices résultant de son éventuelle illégalité. Dans un premier temps, il pourrait s'en tenir aux actes individuels, quoique cette précision puisse créer un *a contrario* fâcheux pour les autres catégories d'actes.

Le renvoi à l'article 2044 du code civil, qui ne présente guère d'intérêt propre et qui est d'ailleurs contradictoire avec la définition donnée à l'article L. 423-1 du CRPA (puisque, comme il a été dit, le premier article n'exige pas que les concessions réciproques soient équilibrées), pourrait être utilement remplacé par l'insertion, dans ce dernier code, de dispositions directement inspirées du droit civil mais adaptées au droit administratif. En particulier, il pourrait être précisé, par transposition des articles 2049 et 2052, que la transaction qui prévoit expressément ou nécessairement la renonciation à la contestation d'une décision fait obstacle à l'introduction de tout recours administratif contre cette décision, et de toute demande tendant à l'abrogation ou au retrait de cet acte, ainsi qu'à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action juridictionnelle tendant à son annulation ou à sa

réformation. Il pourrait aussi être rappelé, par analogie avec l'article 2051 du code civil, que la transaction n'est pas opposable aux tiers.

L'exigence de « concessions équilibrées » devrait être remplacée par celle d'absence de déséquilibre manifeste, afin d'entériner la jurisprudence désormais constante et d'éviter une immixtion excessive du juge dans l'équilibre subtil de la transaction, qui est d'abord la chose des parties.

S'il en éprouvait le besoin, notamment s'il constatait un (improbable) développement anarchique du recours à la transaction, le législateur pourrait en outre renvoyer à un décret en Conseil d'État le soin d'énumérer des matières dans lesquelles la transaction est exclue par principe, étant entendu que cette énumération n'empêcherait nullement le juge administratif de dégager des règles d'ordre public s'opposant à l'usage de ce procédé.

L'autorisation du Premier ministre à laquelle est subordonnée la conclusion d'une transaction par les établissements publics de l'État, qui figure au troisième alinéa de l'article 2045 du code civil, mériterait d'être supprimée. Cette survivance de l'histoire, qui faisait référence au Roi jusqu'en 2011, n'apparaît pas justifiée au regard de l'autonomie dont jouissent ces établissements publics, qui sont responsables de la gestion de leurs deniers, et elle peut être source d'insécurité juridique pour certains établissements (comme la Caisse des dépôts et consignations, les établissements publics de santé...).

En revanche, devrait être posé en principe qu'en-dehors de l'État, une transaction ne peut être conclue qu'avec l'autorisation de l'organe délibérant de la personne morale, sous réserve, le cas échéant, de transactions de faible montant. Tel est le cas la plupart du temps, en particulier dans les collectivités territoriales, mais non dans les établissements publics de santé, dans lesquels le directeur a pouvoir pour transiger (art. L. 6143-7 du code de la santé publique) (79) sans que le conseil de surveillance soit amené à en délibérer. La « transparence interne » et l'obligation pour l'exécutif de la personne morale d'exposer à son conseil d'administration ou de surveillance les ressorts de la démarche constituent les meilleures garanties d'une utilisation rationnelle et intelligente de cet outil. À des fins psychologiques plus que juridiques, la loi pourrait expliciter que la transaction conclue conformément à l'autorisation de l'organe délibérant ne peut engager la responsabilité personnelle (extra-pénale) du signataire, comme c'est le cas pour les transactions de l'État conformes à l'avis du comité ministériel de transaction.

La loi pourrait renvoyer à un décret le soin de fixer un modèle-type de protocole transactionnel que l'administration pourrait adapter à chaque litige, mais qui permettrait d'accroître l'homogénéité des démarches, de rassurer les parties et, éventuellement, de limiter le recours à des conseils externes.

Enfin, la procédure d'homologation juridictionnelle des transactions pourrait utilement être prévue par le code de justice administrative, comme elle l'est pour la médiation (80) et, en

matière de transaction civile, par le code de procédure civile, afin d'appeler l'attention des parties sur cette possibilité de sécurisation juridique.

Le législateur pourrait enfin élargir les hypothèses de décisions négociées, en particulier en matière de sanctions. Pourrait ainsi être généralisée, sous réserve du respect du droit de l'Union, la possibilité pour les autorités administratives indépendantes dotées d'un pouvoir répressif de renoncer à sa mise en oeuvre en échange du paiement d'une somme, comme certaines d'entre elles peuvent déjà le faire (81). Cet assouplissement permettrait de réduire le contentieux des sanctions les plus lourdes, qui sont souvent les plus complexes et qui peuvent appeler des délais de jugement longs.

Il faudra sans doute attendre quelque temps encore pour que la jurisprudence administrative la plus récente soit digérée et entre dans les moeurs administratives. Ce serait jouer à se faire peur inutilement que d'invoquer le spectre du « tout-transactionnel ». Non seulement l'administration prend dans l'immense majorité des cas des décisions qui sont à l'abri de la critique contentieuse et pour lesquelles elle n'a aucun intérêt à transiger. Mais la contrainte budgétaire croissante qui pèse sur elle limite le risque d'un usage intempestif du procédé transactionnel et, en contrepoint, celui du « chantage au désistement » par des justiciables conscients que l'administration peut désormais « acheter » leur renonciation à un recours. S'y ajoute l'introduction de la rupture conventionnelle des fonctionnaires, qui limitera le recours à la transaction pour les décisions d'éviction du service. Quant au risque d'abus occasionnels, il apparaît nettement moindre que celui d'une sous-utilisation de l'instrument. La pratique montre d'ailleurs que l'idée très répandue selon laquelle le citoyen ou l'agent public se trouverait dans une situation d'infériorité à l'égard d'une administration qui pourrait tenter de l'exploiter à son avantage est largement une vue de l'esprit. Souvent, l'administration démunie et surmenée est bien à la peine face à un interlocuteur qui gère souvent « l'affaire de sa vie ». Laissons donc se développer l'usage avant d'envisager, si nécessaire, de nouveaux garde-fous, au lieu de s'évertuer à le tuer dans l'oeuf au nom d'un principe de précaution juridique.

Un tel débat restera vain, du reste, tant qu'aucune évaluation plus précise de cet usage ne sera disponible. Le chiffre brut du nombre de transactions, comme celui du rapport entre ce nombre et le total des litiges, ne sont guère éclairants. En la matière, ce qui compte, c'est la qualité, plus que la quantité. Une seule affaire peut mobiliser des ressources administratives et juridictionnelles considérables, équivalentes au traitement de centaines d'autres. C'est sur celle-ci, et non sur celles-là, que les efforts devraient porter.

Il faudra enfin suivre de près l'incidence sur le recours à la transaction, du développement des outils exploitant l'intelligence artificielle, tant par l'administration que par les personnes privées, notamment sur la base d'une exploitation systématique des décisions de justice, qui seront progressivement rendues disponibles dans un format exploitable, dans le cadre tracé par le décret n° 2020-797 du 29 juin 2020 relatif à la mise à la disposition du public des décisions des juridictions judiciaires et administratives. Les parties pourront mieux évaluer leurs chances de succès et déterminer l'intérêt pour elles d'entrer en voie de transaction. Le juge lui-même pourra y recourir afin d'évaluer la probabilité d'une annulation ou d'une condamnation, ou encore le montant moyen des dommages et intérêts susceptibles d'être

prononcés, et, dans les cas les plus caricaturaux, faire barrage à une transaction qui procéderait d'une totale méprise de l'administration sur la réalité du rapport de forces contentieux.

Mots clés :

ACTE UNILATERAL * Acte administratif * Retrait d'un acte administratif * Annulation

CONTENTIEUX * Procédure administrative contentieuse * Modes alternatifs de règlement des conflits * Transaction

(1) Moins de 1,3 % des affaires relevant de l'agent judiciaire de l'État, selon l'étude d'impact du projet de loi pour un État au service d'une société de confiance.

(2) Service public, se réinventer pour mieux servir - nos 22 propositions pour changer de modèle.

(3) Étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État, le 4 févr. 1993.

(4) V. les art. L. 421-1 et L. 421-2 du CRPA et l'expérimentation en matière de fonction publique et de contentieux sociaux prévue par le IV de l'art. 5 de la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, ou encore la possibilité, issue de l'art. 56 de la loi n° 2018-1021 du 23 nov. 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique - dite ELAN, de faire intervenir un médiateur dans le cadre du recours administratif préalable obligatoire devant le préfet de région contre les refus d'autorisation d'urbanisme motivés par l'opposition de l'architecte des bâtiments de France.

(5) CJA, art. L. 114-1 et L. 213-1 s. issus de la même loi.

(6) Dans un tel cas, il est seulement possible de conclure un accord non transactionnel (v. CAA Bordeaux, 30 déc. 2019, n° 19BX03235, Bordeaux métropole, AJDA 2020. 632, concl. N. Normand).

(7) Art. 3 de la loi n° 2013-1005 du 12 nov. 2013 habilitant le gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens.

(8) On notera en ce sens que l'étude d'impact du projet de loi ESSOC n'envisage de transactions que pour les « litiges indemnitaires pour lesquels l'administration encourt une condamnation pécuniaire par le juge ».

(9) N° 412732, Lebon T. p. 801-813 ; AJDA 2019. 1193 ; AJFP 2020. 60 , comm. E. Aubin ; AJCT 2019. 469, obs. G. Le Chatelier ; RFDA 2019. 1056, note J. Arroyo .

(10) CE, 2 déc. 1988, n° 57305 et 78068, Commune de Sedan c/ Entreprise Drogrey, Lebon T. p. 961 .

(11) CE, 18 nov. 2011, n° 343117, Ligue d'escrime du Languedoc-Roussillon, Lebon T. p. 1087 ; AJDA 2012. 399 ; JS 2012, n° 117, p. 10, obs. G.D.

(12) V. aussi, CE, ass., 11 juill. 2008, n° 287354, Société Krupp Hazemag, pour un désistement conditionné à l'homologation de la transaction ; Lebon p. 273, concl. B. Dacosta ; AJDA 2008. 1406 ; ibid. 1588 , chron. E. Geffray et S.-J. Liéber ; RFDA 2008. 951, concl. B. Dacosta ; ibid. 961, note B. Pacteau .

(13) V. en jurisprudence judiciaire : Soc., 20 févr. 2019, n° 17-19.676, au Bull ; D. 2019. 963, obs. P. Lokiec et J. Porta .

(14) Il est certes admis, dans le principe, que l'illégalité d'une décision individuelle A peut emporter celle d'une autre décision individuelle B (CE, 11 juill. 2011, n° 320735 et 320854, Société d'équipement du département de Maine-et-Loire (SODEMEL) c/ Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales de l'immigration, Lebon p. 347 ; AJDA 2012. 449 , note N. Foulquier ; ibid. 2011. 1406 ; AJDI 2011. 806 , obs. R. Hostiou ; ibid. 2012. 22, chron. S. Gilbert ; ibid. 2015. 25, chron. S. Gilbert ; RDI 2011. 519, obs. P. Soler-Couteaux) mais encore faut-il, d'une part, que l'acte A ne soit pas devenu définitif (sous réserve du cas de l'opération complexe, dont on peut penser qu'elle aura été prévue dans la transaction) et, d'autre part, que A soit la base légale de B ou que B soit pris pour l'application de A, ce qui est en définitive assez rare.

(15) Le désistement conditionnel étant admis en contentieux administratif : CE, 25 nov. 1987, n° 42589, SA « Vogue-Pip », Lebon .

(16) Sur cette possibilité : CE, ass., 6 déc. 2002, n° 249153, Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Haÿ-les-Roses, Lebon p. 4331, concl. G. Le Chatelier ; AJDA 2003. 280 , chron. F. Donnat et D. Casas ; RFDA 2003. 291, concl. G. Le Chatelier ; ibid. 302, note B. Pacteau .

(17) V. la décision du 6 déc. 2002 préc.

(18) CE, 28 déc. 2009, n° 304802, Commune de Béziers, Lebon p. 509 ; AJDA 2010. 4 ; ibid. 142 , chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi ; D. 2011. 472, obs. S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; RDI 2010. 265, obs. R. Noguellou ; AJCT 2010. 114, Pratique O. Didriche ; RFDA 2010. 506, concl. E. Glaser ; ibid. 519, note D. Pouyaud ; RTD com. 2010. 548, obs. G. Orsoni ; Rev. UE 2015. 370, étude G. Eckert .

(19) Il y a lieu de rappeler qu'à ce stade, le juge statue en plein contentieux, ce qui ne soulève aucune difficulté conceptuelle, y compris si le litige au principal relève de l'excès de pouvoir, comme le montre son office de juge de l'injonction sur le fondement des art. L. 911-1 et L. 911-2 du CJA. Il lui appartient donc de tenir compte de l'ensemble des circonstances de droit et de fait à la date de son jugement - cette appréciation dynamique étant du reste en voie de développement en excès de pouvoir.

(20) CE, 8 oct. 2014, n° 370644, Société Grenke location, Lebon p. 302, concl. G. Pellissier ; AJDA 2015. 396 , note F. Melleray ; ibid. 2014. 1975 ; D. 2015. 145 , note S. Pugeault ; RDI 2015. 183, obs. N. Foulquier ; AJCT 2015. 38, obs. O. Didriche ; AJCA 2014. 327, obs. J.-D. Dreyfus ; RFDA 2015. 47, note C. Pros-Phalippon .

(21) Même décision ; contra, en droit civil : Civ. 1re, 12 juill. 2012, n° 09-11.582, Mme Marre c/ Époux Fiorenzoni, au Bull ; D. 2012. 2577 , note P. Pailler ; RTD civ. 2013. 138, obs. P.-Y. Gautier ; ibid. 169, obs. P. Théry .

(22) V. en ce sens la décision Centre hospitalier de Sedan, qui reprend ce vocable issu de la décision Commune de Béziers préc. Et s'agissant d'une transaction conclue par un préfet par laquelle l'État renonçait à un pourvoi en cassation introduit par le ministre : CE, 9 nov. 2018, n° 412696, Ministre de l'intérieur c/ SCI Bagne Ô Lait, Lebon T. p. 516-759-866-907 ; AJDA 2018. 2218 .

(23) CE, 4 mai 2011, n° 340089, Communauté de communes du Queyras, Lebon p. 200 ; AJDA 2011. 925 ; AJCT 2011. 409, obs. O. Didriche .

(24) On retrouve cette exigence dans le droit de la médiation juridictionnelle (CJA, art. L. 213-3). V. le premier al. de l'art. 2045 du code civil.

(25) V. aussi le consid. 10 de la directive de 2008 sur certains aspects de la médiation civile et commerciale : la directive « devrait s'appliquer aux matières civiles et commerciales, sans pouvoir néanmoins s'appliquer aux droits et obligations dont les parties ne peuvent disposer par elles-mêmes en vertu de la législation pertinente applicable » ; v. CJA, art. L. 213-3 et le premier al. de l'art. 2045 du code civil

(26) CE, 17 oct. 2003, *Ministre de l'intérieur c/ Syndicat intercommunal d'assainissement Le Beausset*, Lebon p. 411.

(27) CSS, art L. 482-4 : « toute convention contraire au présent livre est nulle de plein droit » - étant précisé que, si ces dispositions interdisent à une personne de renoncer à son droit d'agir en reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur, elles ne font pas obstacle à ce que, une fois cette faute avérée, une transaction soit conclue sur le montant des réparations (Civ. 2e, 12 mars 2015, n° 14-12.537, au Bull.).

(28) L'art. L. 1231-4 du code du travail interdit à l'employeur et au salarié de renoncer par avance au droit de se prévaloir des règles prévues par le titre III sur la rupture du contrat à durée indéterminée.

(29) Art. L. 432-1 CRPA et CE, 8 avr. 1921, *Compagnie de la N'Goko-Sangha*, Lebon p. 351.

(30) CE, 2 févr. 1996, n° 152406, *Société Établissements Crocquet*, Lebon p. 26, aux concl. perplexes mais résignées de J. Arrighi de Casanova .

(31) Un tel engagement n'entache toutefois pas l'acte réglementaire subséquent d'illégalité, dès lors que ce dernier ne procède pas d'un détournement de pouvoir (CE, 6 avr. 2018, n° 402714, *Association NARTECS*, Lebon T. p. 578-772-835-958 ; AJDA 2018. 767 ; AJCT 2018. 473, obs. P. Peynet). CE, 9 juill. 2015, n° 375542, *Football Club des Girondins de Bordeaux et autres*, Lebon p. 238 ; AJDA 2015. 1391 ; D. 2016. 510, obs. Centre de droit et d'économie du sport ; JS 2015, n° 156, p. 8 et les obs. .

(32) V. en matière de délimitation du domaine public naturel : CE, 20 juin 1975, n° 89785, *Leverrier*, Lebon p. 382 .

(33) Cette problématique, dans laquelle la mesure favorable, le cas échéant gracieuse, est la contrepartie de la renonciation au recours contre une autre décision, défavorable celle-là, doit être clairement distinguée de celle d'une pratique qui consisterait, pour l'administration, à monnayer purement et simplement des décisions favorables : il ne s'agirait pas d'une transaction (un tel contrat ne vise d'ailleurs pas à éviter ou à mettre fin à un contentieux, sauf à considérer qu'il permet d'éviter un contentieux sur un éventuel refus), mais d'un pacte de corruption.

(34) CE, 13 févr. 1948, Louarn, Lebon p. 79 ; CE, ass., 19 nov. 1955, Andréani, Lebon p. 551, Dr. adm. 1956. chron. 25, concl. P. Landron, selon lequel « on ne saurait renoncer, par avance, à un droit qui n'est pas encore né » de sorte qu'« [i]l n'est donc pas légalement possible de renoncer préalablement à contester un acte qui n'est pas encore intervenu » ; v. A. Lyon-Caen, AJDA 1997. 48 s. et F. Alhama, « Transaction et renonciation à l'exercice du recours pour excès de pouvoir », RFDA 2017. 503 .

(35) Sous réserve, naturellement, du cas où les parties savent pertinemment ou ne peuvent ignorer que la décision qu'il est envisagé de prendre serait illégale.

(36) Même si le point est controversé, la doctrine civiliste n'exclut pas radicalement qu'une transaction porte sur des droits éventuels (v. P. Chauvel, Transaction, Répertoire de droit civil, sept 2011, n° 132-134).

(37) V. par ex., le 3° de l'art. L. 247 du LPF et l'art. 350 du code des douanes, et l'ensemble des dispositifs de « transaction pénale » (C. pr. pén., art. 41-1-1), de « convention judiciaire d'intérêt public » (C. pr. pén., art. 41-1-2 et 180-2) et de « composition administrative » (v. infra).

(38) CE, sect., 14 nov. 1958, Ponard, Lebon p. 554 ; CE, 9 mai 2005, n° 277280, Marangio c/ Commune du Beausset, Lebon p. 195 ; AJDA 2005. 1032 ; RDI 2005. 346, obs. P. Soler-Couteaux ; RFDA 2005. 1024, concl. E. Glaser .

(39) Et aussi, à notre avis, des décisions d'espèce, que nous ne traiterons pas ici.

(40) Celle-ci pouvant seulement engager sa responsabilité si elle n'est pas tenue.

(41) Étant rappelé qu'au-delà du délai de 4 mois, le retrait et l'abrogation ne sont plus possibles (CE, sect., Coulibaly). CE, sect., 18 mai 1973, n° 78734, Ville de Cayenne, Lebon p. 359 .

(42) CE, sect., 29 nov. 2002, n° 223027, Assistance publique - Hôpitaux de Marseille c/ Mme Papegneis, Lebon p. 414 ; AJDA 2003. 276 , chron. F. Donnat et D. Casas ; D. 2003. 667 ; AJFP 2003. 4 ; RFDA 2003. 234, concl. G. Bachelier ; ibid. 240, note P. Delvolvé ; RTD civ. 2003. 268, obs. J. Hauser .

(43) Soc., 1er juin 1994, RJS 7/1994, n° 880, Dr. soc. 1994. 788.

(44) Cet accord peut même inclure le désistement du pourvoi en cassation devant le Conseil d'État contre le jugement du tribunal annulant le refus d'autorisation de licenciement (Soc., 19 mai 1998, n° 96-40.461, inédit). Crim., 4 févr. 1992, n° 90-82.330, Bull. crim. n° 50 ; Soc., 5 févr. 2002, n° 99-45.861, Bull. n° 54.

(45) On peut se demander si, prise en sa qualité de bénéficiaire d'une autorisation d'urbanisme, l'administration pourrait également transiger en vue d'éviter ou d'éteindre un contentieux engagée contre celle-ci.

(46) CE, sect., 16 févr. 2009, n° 274000, Société Atom, Lebon p. 25, concl. C. Legras ; AJDA 2009. 343 ; ibid. 583 , chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi ; Just. & cass. 2010. 429, concl. C. Legras ; AJ pénal 2009. 189, obs. E. Péchillon ; RFDA 2009. 259, concl. C. Legras ; ibid. 2012. 257, étude J. Martinez-Mehlinger ; Constitutions 2010. 115, obs. O. Le Bot .

(47) E. Aubin, « Le champ de la transaction s'étend aux litiges liés à la mise à la retraite pour invalidité », AJFP 2020. 60 s.

(48) J. Arroyo, « Transaction et renonciation à l'exercice du recours pour excès de pouvoir », RFDA 2019. 1056 s.

(49) L. de Fournoux, « D'une avancée inquiétante de la transaction en matière administrative », La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 35, 2 sept. 2019, 2243.

(50) F. Alhama, « La renonciation au recours pour excès de pouvoir par voie de transaction », AJDA 2019. 2282 .

(51) V. notamment : CE, sect., 1er juill. 2016, n° 363047 et 363134, Commune d'Emerainville et Syndicat d'agglomération nouvelle de Marne-la-Vallée-Val-Maubuée, Lebon p. 291, concl. V. Daumas ; AJDA 2016. 1365 ; ibid. 1859 , chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet ; JA 2016, n° 546, p. 13, obs. S. Damarey ; AJCT 2017. 46, obs. O. Didriche ; RFDA 2017. 289, concl. V. Daumas .

(52) CE, ass., 23 déc. 2011, n° 335477, Lebon p. 653 ; RFDA 2012. 284, concl. G. Dumortier .

(53) CE, 18 mai 2018, n° 414583, Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT, Lebon p. 187, concl. A. Bretonneau ; AJDA 2018. 1009 ; ibid. 1206 , chron. S. Roussel et C. Nicolas ; D. 2019. 2241, édito. T. Perroud ; AJFP 2018. 278 ; AJCT 2018. 528, obs. G. Le Chatelier ; RFDA 2018. 649, concl. A. Bretonneau .

(54) CE, ass., 9 nov. 2016, n° 388806, Société Fosmax LNG, Lebon p. 466, concl. G. Pellissier ; AJDA 2016. 2133 ; ibid. 2368 , chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet ; D. 2016. 2343, obs. J.-M. Pastor ; ibid. 2589, obs. T. Clay ; ibid. 2017. 2054, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; RFDA 2016. 1154, concl. G. Pellissier ; ibid. 2017. 111, note B. Delaunay ; RTD com. 2017. 54, obs. F. Lombard .

(55) La question a été tangente dans la décision Krupp-Hazemag préc., à propos de la réglementation des aides d'État, mais il semble que, contrairement aux conclusions, l'Assemblée du contentieux ait simplement écarté cette qualification en l'espèce (v. E. Geffray et S-J Lieber, « Le juge de cassation face à la transaction », AJDA 2008. 1588). Là encore, il s'agirait d'encadrer les contreparties susceptibles d'être accordées par l'administration, laquelle ne peut, sous couvert de transaction, accorder une aide d'État sans la notifier, sauf si elle relève d'une exception prévue par le traité.

(56) Soc., 19 févr. 1997, Bull. V n° 74 ; v. aussi, Soc., 13 déc. 2007, n° 06-46.302, Mme Gomez c/ Société Asse technologies, au Bull. ; D. 2008. 94 ; RDT 2008. 96, obs. A. Gardin : absence de concession dès lors que les parties se sont méprises sur ce à quoi le salarié aurait eu droit en l'absence de transaction.

(57) Soc., 18 juill. 2001, n° 99-45.534 et 99-45.535, ASSEDIC de l'Isère c/ Gaillard, Bull. civ. V, n° 279 ; D. 2001. 2945 .

(58) V. l'avis l'Haÿ-les-roses préc.

(59) CE, 9 déc. 2016, n° 391840, Société Foncière Europe, que la décision Centre hospitalier de Sedan se borne à reprendre, Lebon T. p. 697-816-824-825-939 ; AJDA 2017. 690 , note G. Clamour ; ibid. 2016. 2407 ; AJCT 2017. 291, obs. M. Yazzi-Roman ; AJ contrat 2017. 83, obs. F. Lepron ; RTD com. 2017. 297, obs. F. Lombard .

(60) Décision Société Foncière Europe, éclairée par les concl. de G. Pellissier.

(61) Ce qu'A. Bretonneau, reprenant le syllogisme juridique, désigne comme la « mineure factuelle », par opposition à la « majeure légale » (la règle de droit applicable), dans ses conclusions sur cette décision.

(62) CE, sect., 3 janv. 1975, n° 92956, Ministre de l'aménagement du territoire de l'équipement du logement et du tourisme c/ Époux Paya, Lebon p. 11 .

(63) Le juge se bornant à cet égard à exercer son office en déniant tout droit à réparation lorsqu'une des conditions d'engagement de la responsabilité n'est pas remplie : CE, 30 nov. 2005, n° 269546, Guitard, Lebon T. p. 1059 ; AJDA 2006. 454 .

(64) Soc., 5 oct. 2016, n° 15-16.324.

(65) Soc., 21 mai 1997, n° 95-45.038, Société d'économie mixte des transports publics de voyageurs de l'agglomération toulousaine c/ Chemama, au Bull. ; D. 1997. 146 ; Dr. soc. 1997. 745, obs. G. Couturier ; Soc., 10 mai 2005, n° 03-43.256.

(66) Puisque ce dernier percevrait un avantage pour renoncer à un recours contre une décision qui est de toute façon nulle et non avenue. Il ne pourrait certes pas introduire un recours en déclaration d'inexistence, mais celle-ci devra être constatée d'office au détour d'un litige quelconque et elle sera insusceptible de produire le moindre effet.

(67) Lorsque l'administration n'est pas susceptible de reprendre la décision, du fait, par exemple, du jeu de la prescription ou de l'expiration du délai d'abrogation ou de retrait.

(68) V. les art. 59 et s. du décret n° 2003-1306 du 26 déc. 2003 relatif au régime de retraite des fonctionnaires affiliés à la Caisse nationale de retraites des agents des collectivités locales.

(69) La responsabilité de l'administration n'étant pas exclue par celle du bénéficiaire de l'autorisation (C. comptes, 26 janv. 2006, n° 44341, Grenet, Lebon p. 340 ; AJDA 2006. 1256 , étude N. Groper et C. Michaut).

(70) CE, 7 oct. 1970, n° 78496, Ministre de la défense nationale c/ Hanriot-Colin, Lebon p. 556 ; CE, 3 déc. 1980, n° 14530, Ministre de la santé et de la famille c/ Cuzacq et Laffargue.

(71) CE, 26 juin 1974, n° 80940, Société « La maison des isolants-France », Lebon p. 365 .

(72) CE, sect., 13 juill. 1967, n° 70777, Ministre de l'éducation nationale c/ École privée de filles de Pradelles, Lebon p. 339 ; RD publ. 1968. 187 concl. Bernard ; CE, 27 sept. 1989, n° 79502, Ville de Vallauris c/ Bartoli, Lebon T. p. 857 ; D. 1990. 244 , obs. P. Terneyre .

(73) CE, 31 déc. 2008, n° 293853, Pereira Dos Santos Maia, Lebon p. 497 ; AJDA 2009. 9 ; ibid. 946 , note E. Carpentier ; RDI 2009. 196, obs. P. Soler-Couteaux ; RFDA 2009. 101, concl. A. Courrèges .

(74) CE, 13 janv. 1984, n° 34135, OPHLM de la ville de Firminy, Lebon T. p. 45 .

(75) Avis L'Haÿ-les-Roses préc.

(76) V. pour un ex. de rejet pour irrecevabilité, antérieur à la jurisprudence Tarn-et-Garonne : CE, 11 mai 2011, n° 331153, Société lyonnaise des eaux de France, Lebon ; AJDA 2011. 989 ; ibid. 2027 , note B. Rousseau ; AJCT 2011. 472, obs. A. Burel .

(77) N° 358994, Lebon p. 70, concl. B. Dacosta ; AJDA 2014. 764 ; ibid. 1035 ; ibid. 945, tribune S. Braconnier , chron. A. Bretonneau et J. Lessi ; D. 2014. 1179, obs. M.-C. de Montecler , note M. Gaudemet et Angélique Dizier ; RDI 2014. 344, obs. S. Braconnier ; AJCT 2014. 375 , obs. S. Dyens ; ibid. 380, interview S. Hul ; ibid. 434, Pratique O. Didriche ; ibid. 2015. 32, Pratique S. Hul ; AJCA 2014. 80, obs. J.-D. Dreyfus ; RFDA 2014. 425, concl. B. Dacosta ; ibid. 438, note P. Delvolvé ; RTD com. 2014. 335, obs. G. Orsoni ; Rev. UE 2015. 370, étude G. Eckert .

(78) CE, 18 mars 2019, n° 403465, Ministre de l'économie et des finances c/ Avrillier, Lebon p. 75 ; AJDA 2019. 607 ; ibid. 1596 , note M.-O. Diemer ; RFDA 2019. 1093, note C. Chauvet .

(79) Depuis l'ordonnance n° 2005-406 du 2 mai 2005 simplifiant le régime juridique des établissements de santé.

(80) CJA, art. L. 213-4.

(81) V. les accords de composition administrative de l'Autorité des marchés financiers - art. L. 621-14-1 du code monétaire et financier, de l'Autorité de sûreté nucléaire - art. L. 596-8 du code de l'environnement ou de l'agence française de lutte contre le dopage - art. L. 232-21-1 du code du sport ; et la transaction que peut conclure l'Autorité de la concurrence - art L. 464-2 du code de commerce.