

## ADMINISTRATIF

# Transaction illicite et contrôle du juge administratif

GPL452i3

## L'essentiel

L'utilisation du contrat de transaction par les autorités administratives révèle parfois des pratiques étonnantes lorsque l'on observe la jurisprudence à son propos. C'est le cas de cet arrêt de la cour administrative d'appel de Bordeaux qui a dû trancher sur la légalité d'une transaction intervenue au profit d'un agent public dans un hôpital. Le contrôle de légalité du juge n'aurait pas trouvé dénomination plus pertinente tant la question du respect du droit était au centre des questions posées devant lui. Entremêlant règles concernant le retrait d'un acte et questions relatives aux modalités de contrôle d'un contrat de transaction, cet arrêt nous rappelle à quel point la discipline juridictionnelle à l'égard des modes alternatifs doit être assurée.

**CAA Bordeaux, 23 mai 2023, n° 21BX00031, M<sup>me</sup> D. A. c/ centre hospitalier Charles Perrens, M<sup>me</sup> Girault, prés. M<sup>me</sup> Meyer, rapp., M<sup>me</sup> Gallier, com. du gouvernement ; Selarl Interbarreaux Racine, av. : Inédit au Recueil Lebon**

Note par  
Marie-Odile DIEMER  
Maître de conférences de  
droit public, CERDACCFF  
(EA 7267), université Côte  
d'Azur

La rengaine balzaciennne est désormais connue : « Un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès »<sup>[1]</sup>. En dépit de cet adage, les autorités administratives ne doivent pas penser que carte blanche leur est octroyée dans le but d'instrumentaliser l'utilisation de la transaction et de faire de ce contrat un moyen de détourner la légalité<sup>[2]</sup>. L'alternatif ne peut en effet pas être le prétexte ou le terreau de l'illicite.

Le juge administratif l'a rappelé en sanctionnant une transaction entachée tout autant d'incompétence que d'il-légalité. Le cas est suffisamment rare pour s'y attarder.

Les faits ayant conduit à l'espèce présentée sont plutôt complexes en tant qu'ils font intervenir une succession d'actes unilatéraux, un contrat de transaction ainsi que plusieurs formes de recours contentieux et gracieux. Le cœur du litige concerne les modalités de nomination d'un agent public dans un hôpital et les aléas normatifs dus aux changements d'avis du centre hospitalier universitaire (CHU) à propos de son statut et des avantages octroyés. Pour faire court, il faudra rappeler que madame C., agent public non titulaire et employée au départ au titre d'un contrat à durée déterminée au CHU de la Martinique, n'avait pas été admise au concours d'attaché qui lui aurait permis d'obtenir une titularisation. S'ensuivent plusieurs recours. Une transaction est finalement conclue le 12 avril 2016, lui permettant d'obtenir tout un tas d'avantages au premier rang desquels une nomination en tant qu'attachée d'administration. Cependant, le 3 juin 2016, le CHU se rétracte et ne souhaite plus exécuter la transaction ni en demander l'homologation auprès

du juge administratif. Madame C. est alors empêchée de se désister et ses requêtes sont rejetées. Après quelques années, madame C. est finalement acceptée au concours et demande un rappel de traitements et de primes au nom de la transaction conclue en 2016. Le CHU accepte de reprendre les termes de la transaction. Toutefois, une dernière péripétie attend madame C. puisque le trésorier refuse d'exécuter ladite transaction. L'hôpital préfère alors retirer deux décisions des 26 et 27 février 2019 qui permettaient notamment d'aboutir à une reconstitution de carrière.

Si le juge n'innove en rien dans l'appréciation des règles du retrait, ni dans les modalités du contrôle du contrat de transaction, il permet cependant de pointer du doigt une difficulté quant à l'utilisation de ce mode alternatif. Peu encadré par les textes, les hésitations et flottements du CHU révèlent en fait une méconnaissance de l'outil transactionnel par les autorités et de ce qu'il peut ou doit contenir. Il est vrai que l'article L. 423-1 du Code des relations entre le public et l'administration est peu disert : « Ainsi que le prévoit l'article 2044 du Code civil et sous réserve qu'elle porte sur un objet licite et contienne des concessions réciproques et équilibrées, il peut être recouru à une transaction pour terminer une contestation née ou prévenir une contestation à naître avec l'administration. La transaction est formalisée par un contrat écrit ». La lecture de cet article se doit notamment d'être complétée par des circulaires<sup>[3]</sup> ou de la jurisprudence à son propos. Le passage du juge administratif s'est révélé ainsi fort utile.

Le rappel classique des méthodes du contrôle de la transaction (I) permet en effet de souligner l'importance du contrôle du juge sur les modes amiables (II).

(1) H. de Balzac, *Les illusions perdues*, t. IV, 1977, La Pléiade, p. 1054.

(2) M. Lahouazi, « Non une mauvaise transaction ne vaut pas mieux qu'un bon procès », AJDA 2019, p. 2381.

(3) Circ., 6 févr. 1995, relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits : JO n° 39, 15 févr. 1995 – Circ., 7 sept. 2009, relative au recours à la transaction pour la prévention et le règlement des litiges portant sur l'exécution des contrats de la commande publique : JO n° 0216, 18 sept. 2009 – Circ., 6 avr. 2011, relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits : JO n° 0083, 8 avr. 2011.

## I. UN RAPPEL CLASSIQUE DES MÉTHODES JURIDICTIONNELLES DE CONTRÔLE DU CONTRAT DE TRANSACTION

C'est grâce aux règles mécaniques et mathématiques concernant le retrait en droit administratif que le juge est conduit à s'interroger sur le contenu de cette transaction qui se révélera illicite. En effet, le droit administratif, par souci de sécurité juridique, impose de ne pouvoir retirer des actes dans un délai de quatre mois que lorsque ceux-ci sont illégaux<sup>[4]</sup>. La clé de la solution juridictionnelle en l'espèce résidait donc dans l'observation du contenu de la transaction en cause qui allait nécessairement rejeter sur les actes pris par le CHU. Le juge se place alors dans les pas du Conseil d'État dont la jurisprudence en la matière est fixe (A), particulièrement en matière de prohibition des libéralités (B).

### A. Une jurisprudence pérenne sur le contrôle de la transaction

L'avis *L'Haÿ-lès-Roses* constitue le repère intangible en la matière<sup>[5]</sup>. Même s'il a été complété plusieurs fois par d'autres arrêts de la haute juridiction<sup>[6]</sup>, la méthode est acquise. En l'espèce, il est d'ailleurs bien noté qu'il « appartient au juge administratif de vérifier que les parties consentent effectivement à la transaction, que l'objet de celle-ci est licite, qu'elle ne constitue pas de la part de la collectivité publique une libéralité ». Le triptyque est bien connu : consentement, objet licite et absence de libéralités constituent les points de contrôle basique du juge à l'égard du contrat de transaction.

Le succès de la transaction administrative a d'ailleurs pu être qualifié d'« avancée inquiétante »<sup>[7]</sup> et cette espèce ne le contredit pas. En effet, il a été reconnu depuis peu qu'il est tout à fait possible de transiger sur les droits des agents publics dans le désormais célèbre arrêt *Centre hospitalier de Sedan*, qui a également confirmé que la transaction peut tout à fait permettre de renoncer au recours pour excès de pouvoir<sup>[8]</sup>. C'est sans doute fort de ces jurisprudences que le CHU s'est permis d'octroyer à madame C. autant d'avantages par le biais de la transaction. Pourtant, permettre de renoncer à un recours n'a pas comme correspondance la possibilité de créer un acte illégal. C'est pourtant bien ce que contenait la transaction en accordant une nomination rétroactive alors que l'agent concerné avait échoué à un concours qui aurait pu lui conférer ce nouveau statut.

(4) CRPA, art. L. 242-1 : « L'administration ne peut abroger ou retirer une décision créatrice de droits de sa propre initiative ou sur la demande d'un tiers que si elle est illégale et si l'abrogation ou le retrait intervient dans le délai de quatre mois suivant la prise de cette décision ».

(5) CE, ass., avis, 6 déc. 2002, n° 249153, Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de L'Haÿ-Les-Roses : Lebon, p. 433, concl. G. Le Chatelier.

(6) CE, avis, 4 avr. 2005, n° 273517, Sté Cabinet J.P.R. Ingénierie : Lebon, p. 139 – CE, ass., 11 juill. 2008, n° 287354, Sté Krupp-Hazemag : Lebon, p. 273, concl. B. Dacosta ; RFDA 2008, p. 951 – CE, 9 nov. 2018, n° 412696, Sté Natixis.

(7) L. Fournoux, « D'une avancée inquiétante de la transaction », JCP A 2019, n° 35, comm. 2243 ; L. de Fournoux, « Transaction administrative et renonciation future au recours pour excès de pouvoir », JCP A 2023, n° 13, p. 41.

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

### B. Le rappel de la prohibition des libéralités

La prohibition générale des libéralités est traditionnelle en droit public, que ce soit dans le cadre du droit des propriétés publiques (CE, 17 mars 1893, Chemins de fer de l'est : D. 1894, p. 119, concl. J. Romieu) que dans le domaine contentieux<sup>[9]</sup>. Le juge a en effet précisé de longue date l'interdiction de condamner une personne publique à payer une somme qu'elle ne doit pas (CE, 19 mars 1971, n° 79962, Sieurs Mergui). Dans l'espèce, c'est une formule lapidaire qui le reconnaîtra dans le considérant 10 qui précise que madame C. « n'[a] aucun droit aux libéralités prévues par la transaction ». En effet, madame C. a obtenu une reconstitution de carrière avec rappel de traitement et primes et indemnités. Ce genre de cas reste réservé en droit de la fonction publique à des décisions d'éviction annulées ou encore à des refus d'avancement eux aussi censurés par le juge (CE, 26 déc. 1925, n° 88369, Rodière – CE, ass., 7 avr. 1933, n° 4711, Deberles). Le cas d'une nomination à partir d'un concours où la candidate a échoué ne peut en effet pas constituer une telle entreprise de la part de l'autorité administrative. Sans aucun fondement juridique et sans aucune raison législative ou réglementaire, le CHU ne pouvait donc procéder à ce genre d'arrangement avec madame C. car cela constitue un trop grave arrangement avec la légalité. Cet arrêt souligne alors avec force l'importance du contrôle du juge.

## II. L'IMPORTANCE DU CONTRÔLE DU JUGE SUR LES MODES AMIABLES

Le juge est le gardien ultime de la légalité, et ce genre de jurisprudence sert à le prouver. La phrase célèbre de Gaston Jèze n'a pas pris une ride sur ce point : « Le grand arbre du recours pour excès de pouvoir, la plus merveilleuse création des juristes, l'arme la plus efficace, la plus pratique, la plus économique qui existe au monde pour défendre les libertés »<sup>[10]</sup>.

La transaction peut en effet être conclue en dehors du juge ou en cours d'instance. Si le contrôle du juge est important, est-ce à dire qu'il devrait être obligatoire (A) ? N'existe-t-il pas d'autres moyens pour s'assurer du bon déroulé des transactions (B) ? Il faut alors s'interroger sur les rapports du juge avec la transaction et sur les voies raisonnables à emprunter.

### A. L'homologation obligatoire : une voie raisonnable ?

Évoquer le rapport au juge et aux modes amiabiles enclenche immédiatement un réflexe, à savoir celui de penser à l'homologation<sup>[11]</sup>. Facultative, serait-il intéressant de la rendre obligatoire ?

L'homologation en contentieux administratif est d'ores et déjà considérée comme une voie très subsidiaire et n'est

(9) B. Delaunay, « L'interdiction de condamner une personne publique à une somme qu'elle ne doit pas. Grandeur et décadence de la jurisprudence Mergui », in Liber amicorum Darcy. *Détours juridiques : le praticien, le théoricien et le rêveur*, 2012, Bruylants, p. 199.

(10) G. Jèze, *Rapport de l'institut international de droit public*, 1929, Annuaire de l'Institut, p. 162.

(11) R. Perrot, « L'homologation des transactions », Procédures 1999, chron. 10, p. 3. V. surtout T. Goujon-Bethan, *L'homologation par le juge. Essai sur une fonction jurisdictionnelle*, 2021, LGDJ, Bibliothèque des Thèses, EAN : 9782275088440.

guère encouragée par le juge<sup>[12]</sup>. La jurisprudence garde comme horizon le caractère exceptionnel de l'homologation et le Tribunal des conflits a récemment rappelé que le juge devait s'assurer de sa stricte compétence en la matière, reléguant ainsi souvent l'homologation au juge judiciaire et non au juge administratif<sup>[13]</sup>.

Une procédure d'homologation obligatoire alourdirait et trahirait certainement la souplesse et la rapidité qui font les qualités de la transaction. Un retour au juge obligatoire apparaîtrait ainsi comme profondément contradictoire et surtout illusoire. Puisque la confiance est censée imprégner les relations entre les « transigeants », serait-il opportun de ne pas leur accorder procéduralement cette confiance en les contraignant à un contrôle juridictionnel ?

## B. La difficile maîtrise de l'utilisation du contrat de transaction

Discipliner le recours à la transaction est une quête permanente pour les pouvoirs publics. En fonction de chaque matière ou en fonction de l'autorité « transigeante », les techniques changent. Ce sont d'abord des outils normatifs qui sont venus au secours d'un droit trop parcellaire par le biais du triptyque de circulaires concernant aussi plus particulièrement les marchés publics<sup>[14]</sup>. Ce sont aussi des articles disparates en fonction des matières, concernant les obligations auxquelles doivent s'astreindre les autorités. Par exemple, le Code général des collectivités territoriales précise de nombreux éléments à destination des responsables en la matière. Il existe également des procédures qui peuvent être imposées, à l'instar de l'article L. 600-8 du Code de l'urbanisme imposant l'enregistrement préalable des transactions<sup>[15]</sup>.

Le Code des relations entre le public et l'administration précise également à l'article L. 423-2 l'existence d'un

comité préalable qui devrait fournir son avis en fonction du contenu de la transaction. Un contrôle interne à l'Administration devrait ainsi être beaucoup plus systématique. Toutefois, l'espèce semble laisser peu d'espoir lorsque l'on voit que la transaction est également censurée pour incompétence...

**“ Combien de transactions sont passées sous les radars du contrôle du juge tout en ayant été ouvertement illégales ? ”**

En définitive, l'étude de la jurisprudence relative aux modes amiables n'est pas exempte d'enseignements puisqu'elle permet de mesurer, outre le rappel des modalités du contrôle du juge, quels sont les domaines dans lesquels le recours à la transaction peut poser le plus de problèmes aux parties. Mais l'enseignement peur se révéler terrible : combien de transactions sont ainsi passées sous les radars du contrôle du juge tout en ayant été ouvertement illégales ? C'est alors un autre problème profond qui se pose concernant la transaction administrative : celui de sa confidentialité. Ce principe cardinal des modes amiables peut-il perdurer en droit public au mépris des grandes règles de l'ordre public et de la perte des deniers publics<sup>[16]</sup> ? Si le juge a déjà rappelé le caractère communicable du contrat de transaction<sup>[17]</sup> et qu'il a déjà développé une jurisprudence abondante sur l'information des élus dans le cadre des délibérations<sup>[18]</sup>, l'approfondissement de son régime devra certainement un jour passer dans les rangs de l'Assemblée nationale.

(12) F. Sabiani, « La transaction administrative : les trois ambiguïtés de l'homologation », Dr. adm. 2003, p. 6.

(13) T. confl., 7 févr. 2022, n° 4233, SARL Guyacom.

(14) Circ., 7 sept. 2009, relative au recours à la transaction pour la prévention et le règlement des litiges portant sur l'exécution des contrats de la commande publique.

(15) « Toute transaction par laquelle une personne ayant demandé ou ayant l'intention de demander au juge administratif l'annulation d'un permis de construire, de démolir ou d'aménager s'engage à se désister de ce recours ou à ne pas introduire de recours en contrepartie du versement d'une somme d'argent ou de l'octroi d'un avantage en nature doit être enregistrée conformément à l'article 635 du Code général des impôts ».

(16) E. Costa, « La médiation, entre secret et confidences », RFDA 2022, p. 320.

(17) CE, 18 mars 2019, n° 403465 : M.-O. Diemer, « La communicabilité des protocoles transactionnels : et la lumière fut ? », AJDA 2019, n° 27, p. 1596.

(18) CE, 11 sept. 2006, n° 255273, Cne Théoule-sur-Mer.