

❖ Références :

- Articles 2044 à 2058 du Code civil
- Avis du Conseil d'Etat du 06/12/2002 Syndicat intercommunal du District de l'Hay-aux-Roses,
- Circulaire du 07/06/2009 n° ECEM0917498C relative au recours à la transaction
- Circulaire du 06/04/2011 n°PRMX11009903C relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits

LA TRANSACTION EN MARCHES PUBLICS

Le pouvoir adjudicateur souhaite prévenir une difficulté ou mettre fin à un litige apparu à l'occasion de l'annulation d'un marché ou de son exécution, sans avoir à saisir la juridiction compétente ...

Une question préliminaire à se poser :

Est-il opportun de transiger ?

OUI :

Lorsque, au vu des circonstances de fait et de droit, la responsabilité de la commune ou le partage de responsabilité est établi et que le montant de l'indemnisation peut être évalué de façon certaine ; le but étant d'éviter la voie juridictionnelle souvent longue et coûteuse.
En effet, la transaction a 3 effets : **extinctif** (elle fait obstacle à tout recours juridictionnel concernant le litige concerné) ; **relatif** (effet entre les parties) ; **récognitif** (reconnaissance des droits des parties).

Quand la commune peut-elle avoir recours à la transaction ?

Dans quels cas ?

⇒ **Paiement de prestations ou travaux** dans deux cas :

- **en l'absence de marché valide** (suite à son annulation) : paiement des travaux **utiles** au maître d'ouvrage sur le fondement de l'enrichissement sans cause.
- **dans le cadre du marché valide** : réalisations de prestations ou travaux pour **sujétions imprévues** à la condition que les parties soient d'accord sur la cause des sujétions imprévues.

⇒ **Indemnisation du préjudice subi fait d'une faute d'une partie à l'issue du marché** : mise ne œuvre des garanties légales ou contractuelles ; faute d'une partie, perte d'un bénéficiaire pour le titulaire du fait de la cessation anticipée du marché ou de son annulation.

⇒ **Difficultés d'exécution en cours de contrat** (responsabilité contractuelle, réparations des désordres constatés, problème d'interprétation des pièces du marché et notamment le CCTP).

⇒ **Indemnisation de dommages de travaux publics exécutés dans le cadre d'un marché public de travaux** (préjudice matériel en cas d'incident ou économique pour les riverains du chantier).

A quelles conditions ?

⇒ L'objet de la transaction doit être **licite** et **conforme à l'ordre public**.

La transaction ne peut faire obstacle à l'exécution d'une décision juridictionnelle, ayant force de chose jugée et ne peut permettre la mise en œuvre de dispositions contraires aux règles juridiques.

N.B : Une transaction qui fait revivre les effets d'un marché annulé par déféré préfectoral au motif du non-respect des règles de mise en concurrence – en prévoyant notamment le règlement quasi-intégral des sommes prévues au marché annulé par le biais d'une indemnisation pour préjudice subi - méconnaît une règle d'ordre public (CAA Versailles 26/11/2015 Sté STB n° 14VE02778-14VE02781).

⇒ **La réclamation doit être fondée sur une créance qui existe.**

Le montant de l'indemnité est fixé en vertu du principe de réalisme : préjudice, chiffrage, lien de causalité, faute.

→ Montant de l'indemnité liée aux travaux réalisés en cas d'annulation du marché ?

Dans la limite du prix du marché = montant des dépenses utiles + indemnité en réparation du préjudice subi par la faute constituée par l'illégalité entachant le marché y compris le cas échéant le bénéfice qu'escomptait le titulaire de l'exécution du marché (CE 8 décembre 1995 Commune de Saint Tropez – transaction suite à annulation du marché).

→ Travaux pour sujétions imprévues ?

Montant des travaux réalisés approuvé par les parties.

→ Réparation en nature ?

Possible si elle a une vocation indemnitaire (travaux de reprise suite à des malfaçons).

Modalités spécifiques à prévoir = devis estimatif, délai d'exécution ou de livraison, pénalités de retard, garantie à première demande si versement d'un prix, clause de garantie décennale pour les travaux.

⇒ **L'action contentieuse n'est pas forclosée** (CAA Paris 16 mai 2006).

⇒ Les parties doivent consentir des **concessions réciproques**, c'est-à-dire abandonner une partie de leurs prétentions, sans que ces concessions soient strictement d'ampleur équivalente ou de même nature.

N.B : les concessions réciproques peuvent consister dans le renoncement d'une partie à saisir le juge ou abandonner une instance en cours en contrepartie de l'engagement de l'autre partie de réparer des désordres constatés sur les ouvrages construits dans le cadre du marché – Rép. Ministérielle publiée au JO Sénat du 12/06/2014, QE n° 11949.

Les libéralités sont interdites du fait du principe général du droit selon lequel les personnes morales de droit public ne peuvent jamais être condamnées à payer une somme qu'elles ne doivent pas. C'est une règle d'ordre public que le juge de l'homologation sera amené à soulever d'office le cas échéant (CE 11/03/1971 Sieurs Mergui et CE 11/07/1980 Cie LA Concorde et M. Fourrel des Frettes).

Cependant, la jurisprudence ne prive pas pour autant les parties de la marge d'appréciation nécessaire pour conclure un accord transactionnel le cas échéant.

Comment la commune peut-elle avoir recours à la transaction ?

⇒ Le conseil municipal doit autoriser l'exécutif à transiger et doit ensuite accepter les termes essentiels du protocole d'accord.

Dans le silence des textes et le protocole transactionnel étant un contrat sui generis, la délégation générale au maire en matière de marchés publics, prévue par l'article L.2122-22 3° du CGCT n'a pas vocation à s'appliquer.

⇒ L'article 127 du Code des marchés publics et l'article 50.4 du CCAG Travaux prévoient la faculté de saisir pour avis préalable le Comité Consultatif Interrégional de Règlement Amiable des Litiges (CCIRAL), ce qui a pour effet de suspendre les délais de recours contentieux jusqu'à la décision prise par le pouvoir adjudicateur.

⇒ Le pouvoir adjudicateur peut décider de saisir un expert dans le cadre d'une expertise contradictoire de préférence, pour déterminer les causes et les responsabilités du litige, les solutions techniques pour y remédier, le montant et la réalité du préjudice

⇒ La rédaction du protocole transactionnel (liberté contractuelle des parties)

→ Clauses indispensables :

- Indication du litige que la transaction règle ;
- Clause de renonciation à tout recours dans le cadre du litige éteint par la transaction ;
- Nature et étendue des concessions réciproques ;
- Montant de l'indemnité et modalités d'exécution financière.

→ Clauses recommandées :

- Clause suspensive en cas de recours contentieux d'un tiers ou de déféré préfectoral ;
- Garantie à première demande (travaux) ;
- Condition relative à la signature d'un avenant du marché en cause (CE 25 mars 2002 GTM International) ;
- Clause prévoyant l'intervention de l'assureur (article L124-2 code des assurances) ;
- Sanctions financières relatives au retard d'exécution des obligations des parties ;
- Visa en préambule de l'avis du CCIRAL ou du rapport d'expertise, s'ils fondent la solution transactionnelle retenue.

→ Clauses interdites :

- Renonciation à un droit objectif (cession d'un bien relevant de son domaine public, renonciation à l'exercice du pouvoir de police) ;
- Renonciation par l'entreprise aux intérêts moratoires (CE 17/10/2003, Min. intérieur c/ SIVU Assainissement Le Bausset) ;
- Renonciation ou réformation des conditions dans lesquelles les garanties légales doivent s'exercer (garantie décennale, parfait achèvement,...) ;
- Commande de nouvelles prestations, soumise aux règles du CMP.

Quelles sont les règles d'exécution de la transaction ?

Quelles modalités d'exécution financière ?

La sanction est un **titre exécutoire**. Le comptable public doit uniquement vérifier la cohérence des pièces justificatives (convention et délibération) et ne peut en aucun cas vérifier la réalité et l'équilibre des concessions consenties. Il ne peut pas non plus exiger l'homologation par le juge (TA Versailles 16/05/2008, Issy-les-Moulineaux).

Quelles modalités d'homologation par le juge administratif ?

Pas obligatoire, mais utile en cas de difficulté sérieuse d'exécution.

Le juge administratif effectue un contrôle sur le consentement libre et effectif des parties, la licéité de l'objet, l'absence de libéralité, le respect des règles d'ordre public. Le refus d'homologation entraîne la nullité de la transaction (CE Avis Ass. 6 décembre 2002 Syndicat intercommunal du District de l'Hay-les-Roses).

Le jugement peut faire l'objet d'un appel ou d'un pourvoi si litige correspond à une somme de 10 000 euros (art. R. 222-13, R.222-14 et R. 811-1 du CJA).

L'homologation d'une transaction en cours d'instance est possible, même au stade de la cassation, lorsqu'elle met fin à une contestation portée devant le juge administratif (CE 11 juillet 2008 Sté Krupp Hazemag).

Quelles sont les modalités de communication ?

Le protocole transactionnel est un **document communicable** au sens de la loi du 17 juillet 1978 (avis CADA du 10/09/2009 n° 20092748).