

N° 421292

Garde des sceaux, ministre de la justice
c/ M. A...

10ème et 9ème chambres réunies

Séance du 17 octobre 2018

Lecture du 26 octobre 2018

CONCLUSIONS

Mme Aurélie BRETONNEAU, rapporteur public

Vous avez l'habitude que les personnes détenues viennent trouver le juge pour se plaindre de l'intransigeance de l'administration pénitentiaire à leur égard. C'est au contraire la transigeance de cette dernière, c'est-à-dire sa propension à transiger, qui est à l'origine du litige qui vous est soumis.

M. A..., incarcéré successivement aux centres pénitentiaires du Havre et de Maubeuge, y a bénéficié d'un classement d'emploi qui lui a valu d'être affecté, pour l'essentiel de la période allant de mai 2014 à octobre 2016¹, successivement aux ateliers et aux services généraux. Il a toutefois estimé que les sommes qui lui avaient été versées en rémunération de son travail ne correspondaient pas aux montants qui lui étaient dus par application des dispositions du code de procédure pénale. En la matière, le législateur - c'est potentiellement déterminant pour l'issue de ce litige - a en effet exclu tout arrangement contractuel et entièrement confié au pouvoir réglementaire le soin de déterminer la rémunération des personnes détenues. C'est l'article 717-3 du code de procédure pénale qui règle la question en affirmant que « Les relations de travail des personnes incarcérées ne font pas l'objet d'un contrat de travail » et que « Les règles relatives à la répartition des produits du travail des détenus sont fixées par décret », étant entendu que « La rémunération du travail des personnes détenues ne peut être inférieure à un taux horaire fixé par décret et indexé sur le salaire minimum de croissance défini à l'article L. 3231-2 du code du travail. Ce taux peut varier en fonction du régime sous lequel les personnes détenues sont employées. » L'article D. 431-1 du même code fixe les taux minimaux par classe d'emplois² et un arrêté du garde des sceaux du 23 février 2011, relatif à la répartition des emplois entre les différentes classes du service général, répartit les différents emplois en classes³.

¹ en mai 2014, août à novembre 2014, février 2015 à mai 2016, juillet août et octobre 2016.

² 5 % du salaire minimum interprofessionnel de croissance pour les activités de production ; 33 % du salaire minimum interprofessionnel de croissance pour le service général, classe I ; 25 % du salaire minimum interprofessionnel de croissance pour le service général, classe II ; 20 % du salaire minimum interprofessionnel de croissance pour le service général, classe III.

³ Classe I : postes d'ouvriers qualifiés ayant de bonnes connaissances professionnelles et pouvant faire preuve d'autonomie et de responsabilité au niveau de leur poste de travail ; Classe II : postes d'appui aux professionnels qualifiés qui nécessitent des compétences particulières ou des connaissances professionnelles de base, acquises par formation et/ou expérience ; Classe III : postes constitués de tâches simples ne requérant pas de connaissances professionnelles particulières, sur lesquels la productivité et le savoir-faire peuvent être acquis rapidement.

Le 20 octobre 2017, M. A... a donc effectué un recours gracieux auprès du directeur interrégional des services pénitentiaires. Le 22 janvier suivant, l'administration pénitentiaire a reconnu que l'intéressé pouvait prétendre au versement complémentaire d'une somme de 3 502,68 euros. Elle a adressé à M. A... une « proposition de transaction » portant sur l'octroi de cette somme en échange d'un engagement de sa part à ne pas effectuer de recours ultérieur, proposition que l'intéressé a acceptée le 5 février 2018. Simplement, M. A... était très impatient et quelques jours plus tard (le 14 février), ne voyant pas l'argent venir, il a saisi le juge du référé provision, pour qu'il enjoigne l'Etat à lui verser une somme d'ailleurs très légèrement supérieure à celle sur laquelle il s'était entendu avec l'administration (3 576,78 euros - 74,10 euros de plus).

Le garde des sceaux, qui se croyait protégé de tout recours par la parole que lui avait donnée M. A... de ne pas en introduire, a brandi devant le juge un papier intitulé « acte de désistement », qui n'était autre que le fameux « protocole transactionnel », rédigé avant l'introduction du recours (le 5 février), par lequel M. A... déclarait accepter l'indemnité de 3 502,68 euros, être ainsi entièrement indemnisé du préjudice subi du fait de la rémunération incomplète de son activité, et renoncer dès à présent à tout recours contre le ministère de la justice pour le même objet. Suivait un paragraphe demandant que l'état se libère à son profit de la somme lui étant due. Le ministre en déduisait l'irrecevabilité du recours dont l'intéressé s'était en quelque sorte désisté par avance. Vous jugez en effet qu'est irrecevable une requête portant sur le même objet que celui qui a donné lieu à la transaction (CE, 8 juillet 1925, *Sieur Renaud*, p. 653 ; CE, 28 novembre 1990, *Office public d'HLM de la Meuse*, T. p. 871)⁴

Mais le juge du référé provision n'a eu que faire de cet arrangement et affirmé qu'un protocole transactionnel « n'a pas pour effet de faire obstacle au droit du requérant à un recours effectif devant une juridiction, ce dernier droit ayant une valeur constitutionnelle ». Il a ensuite enjoint le versement d'une provision égale à celle prévue dans la transaction, au motif qu'il s'agissait du montant de rémunération que l'administration ne contestait pas devoir.

C'est la portée très extensive de cette affirmation de principe que conteste le ministre dans son pourvoi. Nous pouvons en effet affirmer que celui-ci se désintéresse du cas d'espèce, étant donné qu'il affirme avoir mis la somme de 3 502,68 euros en paiement et s'engager à ne pas la récupérer quand bien même vous inverseriez la solution retenue par le juge du référé provision.

Nous pensons comme le ministre que la position du juge des référés revient à supprimer purement et simplement la possibilité de transiger en droit administratif et est, de ce fait, résolument excessive. Vous admettez depuis longtemps de tirer dans votre prétoire des conséquences juridiques d'une transaction correspondant à la définition qu'en donne l'article 2044 du code civil, qui depuis le 30 mars 1804 dispose que « La transaction est un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître. » Il faut dire que depuis cette même date, l'article 2052 dispose que « Les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort », sa version issue de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 « La transaction fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le

⁴ Ou, en fonction de la chronologie, êtes amenés à prendre acte de l'existence d'une transaction pour constater que les conclusions de la requête sont devenues sans objet (CE, 24 mars 1928, *Sieur Guillabert*, p. 444 ; CE, 28 janvier 1994, *Société Raymond Camus et compagnie*, T. p. 1041)

même objet. » Vous avez très rapidement après l'édition de ces dispositions estimé que les ministres avaient le pouvoir de transiger au nom de l'Etat (CE, 23 décembre 1887, *Evêque de Moulins c/Etat*, Dalloz Sirey 1889 p. 57 et s. avec les conclusions de M. Le Vasseur de Précourt ; CE, 17 mars 1893, *Chemin de fer de l'est et autres c/Ministre de la guerre*, Dalloz Sirey 1894 p. 119 et s. avec les conclusions du Président Romieu ; CE, 8 avril 1921, *Compagnie de la N'Goko Sangha*, p. 351). Vous traduisez l'effet extinctif de la transaction en donnant acte du désistement des parties l'ayant conclue en cours d'instance (CE, 28 janvier 1994, *Société Raymond Camus et Cie*, n° 49518, T. p.) ou en jugeant irrecevable la demande portant sur le même objet que celui qui a donné lieu à la transaction (CE, 8 juillet 1925, *Sieur Renaud*, p. ; 8 février 1956, *Dame Germain*, p. ; 11 décembre 1987, *K...*, n° 76937, p. et CE, 28 novembre 1990, *Office public d'HLM de la Meuse*, n° 30875, T. p.). Depuis, l'article L. 423-1 du code des relations entre le public et l'administration est venu codifier cette possibilité de transiger en droit administratif et dispose qu' « 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. » Sauf à admettre que cet article législatif, qui couvre les transactions tant extinctives (terminer une contestation) que préventives, méconnaît la Constitution, nous voyons mal comment endosser une portée générale de l'affirmation du juge des référés selon laquelle un protocole transactionnel signé avant l'introduction de l'instance n'a pas pour effet de faire obstacle au droit du requérant à une recours effectif devant une juridiction sauf à méconnaître cette garantie constitutionnelle.

Il faut donc censurer le terrain d'irrecevabilité retenu par le juge des référés.

Toutefois, plusieurs autres motifs, de portée nettement plus restreinte, pourraient être regardés comme susceptibles d'entraîner la même solution.

Le premier renvoie à la position largement véhiculée en doctrine selon laquelle la transaction est interdite en contentieux de l'excès de pouvoir. La question peut se poser en l'espèce, car même si le recours introduit par M. A... se présente *prima facie* comme un recours indemnitaire, il s'agit en réalité d'un contentieux de type « *Lafage* », du nom grand arrêt du 8 mars 1912 qui permet au requérant entendant contester le refus par l'administration de lui verser une somme légalement due de choisir indifféremment la voie soit du recours indemnitaire, en demandant au juge qu'on compense le préjudice né de l'absence de versement de la somme, soit celle du recours pour excès de pouvoir en demandant l'annulation de la décision de refus de la lui verser. On pourrait donc estimer que le référé provision s'adosse en réalité ici à une contestation susceptible de relever du contentieux de l'excès de pouvoir.

Pour ce qui est de l'interdiction supposée de transiger en excès de pouvoir, elle repose sur l'idée que ce dernier est un recours objectif d'ordre public, ayant pour objet d'assurer le respect de la légalité et auquel il serait dès lors impossible de renoncer en droit⁵. Dans une note de 1936, Alibert écrivait ainsi que « Les lois qui ont donné au Conseil d'Etat un pouvoir souverain de contrôle sur les actes administratifs intéressent l'ordre public ; aucune convention ne peut dès lors y déroger ; d'autre part, la règle de droit, l'ordre juridique et la discipline administrative, que le recours pour excès de pouvoir tend à faire respecter, sont

⁵ En particulier par la voie d'une transaction puisque l'article 6 du code civil interdit de transiger sur des questions d'ordre public.

hors du commerce et ne peuvent, pour ce motif, faire l'objet d'accords particuliers » (S. 1936.3.97, note). On retrouve plus récemment cette idée sur de célèbres plumes, comme celle de René Chapus pour qui existe une « incompatibilité entre contentieux de l'excès de pouvoir et transaction »⁶, ou celle d'Arnaud Lyon-Caen pour qui « les spécificités du droit public font obstacle à la conclusion de transactions, au sens juridique du terme, dans le domaine de l'excès de pouvoir. (...) L'ordre public y fait obstacle »⁷. Cette idée d'indisponibilité du recours pour excès de pouvoir est d'ailleurs à l'origine de solutions jurisprudentielles hors du domaine strict de la transaction : ainsi de la possibilité de retirer un désistement tant que le juge ne s'est pas prononcé (Ass., 21 avril 1944, *Société Dockès Frères*, p. 120), ou de l'absence de prise en compte d'une promesse faite par le demandeur avant l'édition de l'acte de ne pas le contester (CE, 13 février 1948, *Louarn*, p. 79 ; 17 mai 1999, *Commune de Montreuil-sous-Bois*, n° 191292 ; Ass., 19 novembre 1955, *Andréani*, p. 551, DA 1956 chron. p. 25 concl. P. Landron⁸) ; et de l'interdiction de renoncer au bénéfice de la chose jugée en excès de pouvoir (CE Sect., 13 juillet 1967, *Ecole privée de filles de Pradelles*, p. 339, RDP 1968.187 concl. Bernard ; V. aussi 2 février 1972, *Ministre de la santé et de la sécurité sociale c/ Dame M...*, p. 106, RDP 1972.1531 note J. Waline)⁹. Dans le domaine strict de la transaction, cette position n'a été matérialisée dans la jurisprudence que par des décisions des juges du fond, en particulier par un arrêt de la cour administrative d'appel de Paris (CAA Paris, 3ème ch., 30 décembre 1987, *B...*, JCP Ed. G, n° 26, p. 313, note. VH).

Mais nous ne croyons pas que ce courant de pensée conduise à fermer la transaction en excès de pouvoir – voire, par voie de conséquence, en contentieux faussement indemnitaire dans le champ d'application de la jurisprudence *Lafage*, pour trois séries de considérations.

Premièrement, ce courant n'est plus si ancré qu'il y paraît en doctrine, où il est loin de faire l'unanimité. Comme le relèvent Jean Gourdou et Philippe Terneyre, dans un commentaire de votre célèbre avis d'Assemblée *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Haj-les-Roses* qui décrit votre office en cas de conclusions tendant à vous faire homologuer une transaction (Assemblée Avis, 6 décembre 2002, n° 249153), « mettre globalement à l'écart de la transaction les « questions de légalité » ne semble plus correspondre à la réalité actuelle du contentieux dit « objectif ». Cette position n'est pas isolée (v. not. Frédéric Alhama dans l'article cité en note 9).

Deuxièmement, des pas juridiques ont été franchis dont il se déduit que la transaction en excès de pouvoir est admise. L'un est le fait du législateur qui, à l'article L. 600-8 du code de l'urbanisme, a prévu que : « Toute transaction par laquelle une personne ayant demandé au juge administratif l'annulation d'un permis de construire, de démolir ou d'aménager s'engage à se désister de ce 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 ». Cela vaut bien reconnaissance par le législateur que la transaction dans un domaine relevant de l'excès de pouvoir ne saurait être exclue, au moins pour ce qui procède des transactions extinctives, ayant donc la portée d'un désistement. L'autre avancée est

⁶ *Droit du contentieux administratif*, 13^{ème} édition, 2008, n° 1075, p. 956.

⁷ « Sur la transaction en droit administratif », AJDA 1997, p. 48. Voir aussi G. Peiser rubrique Incidents de l'encyclopédie Dalloz et Odent p. 1026.

⁸ v. aussi CC, 9 avril 1996, n°96-373 DC et CE, 10 janvier 2001, *Mme C...*, n°s 211878, 213462, p. 5.

⁹ Sur tous ces éléments, voir le remarquable travail de recensement effectué par Anne Courrèges dans ses conclusions prospectives sur la décision CE, 30 janvier 2008, *Ville de Paris*, n° 299675, p. 21 ainsi que l'article de Frédéric Alhama intitulé : « Transaction et renonciation à l'exercice du recours pour excès de pouvoir », RFDA 2017, p. 503.

jurisprudentielle, et se décompose en réalité en deux pas discrets. Le premier est consenti par une décision *Ville de Paris* précitée (note 9), relative à une transaction conclue en matière de droit de préemption urbain. Dans ses riches conclusions, Anne Courrèges suggérait qu'il était impossible d'estimer que, par principe, une telle transaction était impossible. La décision, plutôt que de confirmer l'interdiction de la transaction en excès de pouvoir que de nombreux observateurs considéraient, du fait de l'arrêt de la CAA de Paris et d'une mauvaise interprétation de la décision *Andréani*, être l'état de votre jurisprudence, réserve la question par un prudent « en tout état de cause » - se bornant à juger (et à publier au Recueil) qu'en l'espèce, la transaction ne portant que sur les modalités d'exécution d'un jugement n'interdit pas de contester ce jugement au contentieux. Le second pas, plus net, est franchi par une décision CE, 18 novembre 2018, *Ligue d'escrime du Languedoc-Roussillon*, n° 343117, T. p., qui décide que « Le juge administratif peut donner acte du désistement des conclusions d'une requête dans l'hypothèse où le défendeur produit devant lui un protocole transactionnel comportant une clause de renonciation à toute instance et action qu'il a conclu, sur le fondement de l'article 2044 du code civil, avec le requérant et dont la soumission au débat contradictoire n'a suscité aucune observation de la part de ce dernier. » Or il s'agissait, comme ne manque pas de le relever la décision, d'un litige pour excès de pouvoir¹⁰. Il s'en déduit que les transactions extinctives au moins sont admises en contentieux de l'excès de pouvoir. Et compte tenu du fait que l'article L. 423-1 du CRPA traite du même mouvement les transactions préventives et extinctives, il serait acrobatique, pour ne pas dire curieux, de faire entre les unes et les autres une différence de traitement si radicale que celle-là.

Enfin, il est impossible de ne pas voir qu'il existe un climat d'incitation globale à rechercher des voies de règlement amiable des litiges, et que l'administration s'est, à sa faveur, lancée dans une pratique de la transaction en matière, notamment, de reconstitution de carrière des agents publics, qu'une interdiction de transiger dans ce champ faussement indemnitaire aurait assez inopportunément pour conséquence d'anéantir.

Nous pensons donc qu'il ne faut pas retenir ce terrain alternatif.

Nous a aussi effleuré un autre motif de ne pas tenir compte de la transaction en l'espèce, tenant à l'interdiction que vous pourriez vouloir consacrer de transiger en contentieux pénitentiaire. Vous savez que pour produire valablement ses effets, une transaction doit contenir des « concessions réciproques et équilibrées ». Il ne serait pas envisageable de soutenir que, compte tenu de la situation particulière de vulnérabilité et de dépendance dans laquelle se trouvent les détenus à l'égard de l'administration pénitentiaire, l'asymétrie entre les parties est telle qu'elle fait par construction obstacle à ce que puisse être librement consenties des concessions réciproques et équilibrées. A la réflexion toutefois, cette position nous semble un peu trop radicale. D'abord parce que l'asymétrie entre parties est consubstantielle au contentieux administratif et qu'elle ne vous a pas pourtant empêché d'admettre dans son champ le principe de la transaction. Il n'y a de ce point de vue, entre la situation vis-à-vis de l'administration des personnes détenues et des administrés « classiques », une différence de degré plutôt que de nature ; et pour être importante, et justifier parfois des solutions jurisprudentielles plus protectrices, elle ne doit pas non plus conduire à assimiler les personnes détenues à des incapables majeurs dépourvus du discernement reconnus aux autres administrés se retrouvant aux prises avec l'administration.

¹⁰ V. aussi, au titre des décisions anciennes et atypiques, CE, 26 décembre 1917, n° 52968, *Linthout*, p. 855, semblant admettre qu'un particulier se désiste comme conséquence d'une transaction du recours pour excès de pouvoir introduit contre la décision du préfet rejetant sa demande indemnitaire.

En outre, l'observation empirique montre que les transactions sont fréquentes en matière pénitentiaire, en particulier dans les litiges purement indemnitaires relatifs à des conditions indignes de détention où l'administration, qui cherche à éviter les complications liées à une procédure et l'opprobre d'une condamnation au moins autant que des dépenses, est fréquemment amenée à proposer des sommes qui ne sont pas inférieures à la moyenne de celles allouées par les tribunaux. Nous ne sommes pas absolument certaine que ce soit un service à rendre aux détenus que de les priver de cette voie rapide d'obtention d'une indemnisation. Nous pensons donc que cette voie n'est pas non plus à suivre.

Reste qu'à notre sens, et c'est aussi la position de la doctrine favorable à la transaction que nous avons citée, la possibilité de principe de transiger en excès de pouvoir (et assimilé), y compris en matière pénitentiaire n'est pas entièrement sans limite, au moins dans le cas des transactions purement préventives.

Nous disions tout à l'heure que ces transactions étaient autant consacrées que les autres par le CRPA et qu'il n'était donc pas possible pour vous de faire par principe comme si elles n'existaient pas. Malgré tout, les conclusions de vos rapporteurs publics sur les décisions libérales en matière de transaction relèvent bien qu'il s'agit de traiter des transactions extinctives, qui ne sauraient être traitées autrement que des désistements unilatéraux, dont elles ne constituent qu'une forme particulière (v., not. les conclusions de Damien Botteghi sur l'affaire *Ligue d'escrime du Languedoc-Roussillon*, n° 343117, T. p., relevant que « le cas est différent de celui d'un acquiescement pour les contentieux futurs »). Si la transaction extinctive s'apparente à un désistement, dont vous avez pour habitude de donner acte en vous désintéressant de sa forme comme de ses motifs, la transaction préventive s'apparente à une abstention d'exercer une voie de recours, dont vous n'avez pas l'habitude de connaître, et dont il semble que vous admettiez, même si cette distinction a selon nous ses limites, qu'elle doit être appréhendée avec plus de circonspection.

Pour ce qui concerne donc à tout le moins les transactions préventives, qui sont les seules dont nous ayons à connaître aujourd'hui, il nous va de soi que la possibilité de les conclure sans restriction de principe liée à la nature du contentieux ne vaut pas blanc seing de transiger sur tout et n'importe quoi. Nous identifions deux limites, l'une découlant de l'article 6 du code civil, l'autre de ce qu'il y avait de juste et dans l'intuition qui a pu conduire à croire que la transaction n'était jamais possible en excès de pouvoir et dans les critiques faites de cette position comme procédant par voie de généralisation excessive.

L'article 6 du code civil dispose qu' : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». Cette affirmation, acclimatée par l'article L. 433-1 du CRPA lorsqu'il l'affirme que la transaction doit avoir un objet licite, a trouvé sa traduction nette jurisprudentielle dans le prétoire du juge administratif par la décision CE, 1^{er} octobre 2001, *Commune des Angles et Régie autonome des sports et loisirs de la commune des Angles*, n° 221037, T. p., qui consacre en matière d'indemnités de licenciement des agents non titulaires de la fonction publique, l'impossibilité pour les parties de s'entendre sur le dos des dispositions du décret du 15 février 1988 au motif que ces dispositions revêtent un caractère d'ordre public. Elle apparaissait déjà dans la décision *M...* (CE Section, 19 mars 1971, p. 235) qui souligne « que si, à l'occasion d'un litige, une collectivité publique a offert de verser une indemnité à la victime d'un dommage, si cette offre a été acceptée et si les parties concluent à ce que le juge administratif sanctionne l'accord ainsi réalisé, il n'appartient à la juridiction compétente de donner acte de cet accord qu'à la condition que ce dernier ne méconnaisse aucune règle d'ordre public ». Sous cet item, ne doit

sans doute pas être rangé l'ordre public au sens large, dans l'acception qui permet de dire que le recours d'excès de pouvoir est un recours d'ordre public. Il s'agit de préserver par cette formule le cœur des principes indérogables de notre système juridique, et d'interdire de transiger sur des droits indisponibles, c'est-à-dire de droits substantiels dont les parties n'ont pas la libre disposition. Derrière cette réserve, la doctrine range la clause transactionnelle par laquelle un salarié protégé renonce à son droit de demander au juge de vérifier le respect, par l'acte unilatéral autorisant son employeur à le licencier, de certaines normes protectrices instituées non pas pour le protéger lui, mais pour protéger son mandat, ou la clause transactionnelle par laquelle un justiciable renonce à demander l'annulation d'un acte unilatéral méconnaissant l'autorité de la chose jugée en excès de pouvoir (v. en ce sens CE, 15 avril 1869, *Section de Saint-Lowen*). Vous jugez également qu'il est impossible par voie transactionnelle de modifier la délimitation du domaine public (CE, 20 juin 1975, *L...*, n° 89185, p.), ou qu'une transaction ne peut porter sur les compétences d'une autorité publique en matière de police (Conseil de préfecture de Lille, 18 mai 1953, D. 1953, p. 470). On peut plus radicalement penser à des transactions, dont il faut espérer qu'on n'en rencontrera pas, exigeant des concessions contraires au principe de dignité de la personne humaine. Vous mentionnez l'existence de ces réserves d'ordre public dans l'office du juge chargé d'homologuer une transaction, qui doit vérifier que l'objet de cette transaction est licite, qu'elle ne constitue pas de la part de la collectivité publique intéressée une libéralité et qu'elle ne méconnaît pas d'autres règles d'ordre public (*Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Hay-les-Roses* précitée). Et c'est en vertu de cette même réserve d'ordre public que vous vérifiez sur le fond que les conventions d'arbitrage ne sont pas contraires à l'ordre public et constatez l'illégalité du recours à l'arbitrage si tel est le cas, notamment lorsque la convention méconnaît des règles auxquelles les personnes publiques ne peuvent déroger, telles que notamment l'interdiction de consentir des libéralités, d'aliéner le domaine public ou de renoncer aux prérogatives dont ces personnes disposent dans l'intérêt général au cours de l'exécution du contrat, ou lorsqu'elle méconnaît les règles d'ordre public du droit de l'Union européenne (TC, 17 mai 2010, *Institut national de la santé et de la recherche médicale (INSERM) c/ Fondation Letten F. Saugstad*, n° 3754, p. 580 ; TC, 11 avril 2016, *Société Fosmax LNG*, n° 4043, à publier au Recueil et CE Assemblée, 9 novembre 2016, *Société Fosmax LNG*, n° 388806, p.).

Proche de cette problématique mais ne la recouvrant pas parfaitement, nous semble exister une autre poche d'irréductibilité à la transaction, constituée des questions de pure légalité objective. Autrement dit, nous nous demandons s'il est bien raisonnable d'admettre de transiger sur des questions dont la résolution relève intégralement de l'application de normes juridiques qui la règlent entièrement, c'est-à-dire sur des questions de pur droit qui ne laissent place à aucune marge d'appréciation (comme en matière indemnitaire, s'agissant de juste évaluation du préjudice) ni même à aucun débat de fait ou de qualification des faits (comme dans une grande partie du contentieux de la légalité). Pour reprendre la présentation du syllogisme juridique comme application d'une majeure légale à une mineure factuelle, il s'agit d'estimer que le champ de la transaction est celui de la mineure factuelle, sans concession possible sur la majeure légale. En contentieux de la rémunération des agents publics par exemple, cela revient à dire qu'il est possible aux parties de s'entendre contractuellement sur le volume d'heure travaillées, les fonctions effectivement exercées, et l'ensemble des données factuelles du dossier ; mais pas de se mettre d'accord, alors que l'ensemble des règles de calcul et des montants sont entièrement déterminées par des grilles tarifaires et que le calcul du montant procède d'une opération purement mécanique d'application de ces règles aux données factuelles, sur un calcul différent.

Plusieurs arguments militent en faveur de cette solution.

D'abord, l'ensemble des critiques faites à l'idée traditionnelle du caractère réfractaire de l'excès de pouvoir à la transaction est qu'elle correspond à une conception dépassée de l'excès de pouvoir qui, à mesure que le juge a élargi la palette de son contrôle, a perdu en objectivité, assortie d'une conception fautive du plein contentieux, qui ne revêt pas toujours une dimension subjective. Les promoteurs comme les détracteurs de la transaction en excès de pouvoir mobilisent donc largement l'argument d'une frontière entre l'objectif et le subjectif, le second étant le champ naturel de la transaction. C'est également la position du garde des sceaux qui affirme en défense que les questions de légalité sont hors champ de la transaction.

Ensuite, de tels accords qui ont pour objet exclusif de s'entendre pour ne pas appliquer la loi nous semblent par construction difficilement susceptibles d'être regardés comme comportant des concessions réciproques, à tout le moins dans le cas où l'administré accepte, pour obtenir immédiatement quelque chose au lieu d'en passer par le temps long d'un procès contentieux, d'en rabattre sur la teneur de ce à quoi il peut légalement prétendre, par application mécanique de la règle de droit. Dans ce cas, le prix du procès et du temps mis de son fait à percevoir la somme légalement due est normalement neutralisé par la question des intérêts moratoires. En réalité, en consentant, pour le percevoir tout de suite, à percevoir moins que ce que la norme exige et auquel il a droit avec certitude en l'absence de contestation sur les faits, l'administré cède son droit au recours contre rien.

Enfin, des accords transigeant sur la majeure légale nous semblent difficilement pouvoir être regardés comme ayant un objet licite puisque précisément, l'unique objet est de s'entendre pour s'éloigner de la substance même de la règle de droit. Pour reprendre le contentieux de la rémunération, si l'on imagine un cas où les faits sont absolument constants, alors l'accord conduisant à ne pas appliquer à ces faits la majeure légale entraînera soit l'attribution par la collectivité publique d'une somme supérieure à ce qu'elle doit, ce qui revient à octroyer une libéralité illicite, soit l'attribution d'une somme inférieure, ce qui revient à méconnaître le principe de rémunération du service fait.

Ce sont des considérations proches de celles que nous avançons qui ont conduit le législateur, en matière de contentieux fiscal qui, pour n'être pas de l'excès de pouvoir, est un contentieux objectif de la légalité, à bannir la transaction du champ du principal de l'impôt et à la cantonner à la question des pénalités non définitives dont il peut être assorti, sur lesquelles l'administration possède toujours une marge d'appréciation (art. L. 247 du livre des procédures fiscales). Ce sont également des considérations voisines qui vous ont conduit à juger qu'a un objet illicite une transaction par laquelle une association sportive d'engage à se désister de son recours en échange d'un engagement de la Ligue de football professionnel de modifier la réglementation des compétitions dans un certain sens (CE, 9 juillet 2015, *Football club des Girondins de Bordeaux et a.*, n°s 375542 375543). Cette décision va à dire vrai presque plus loin que ce que nous préconisons car elle ne dit rien du caractère légal ou non que la ligue entendait faire de son pouvoir de modifier la réglementation. En tous cas, elle montre clairement que vous placez les questions de légalité pure hors champ du commerce des parties dans le cadre de la transaction.

Si vous nous suiviez sur ces contours – possibilité de principe de conclure une transaction avec l'administration entraînant le renoncement à introduire une action en justice, mais exception lorsque le litige porte sur le respect de règles d'ordre public ou est susceptible d'être entièrement réglé par la seule application de la loi à l'exclusion de toute appréciation de

fait – alors il nous semble que leur application au cas d’espèce conduirait à retomber par un tout autre chemin sur la solution initialement retenue par le juge du référé provision. En l’espèce en effet, les pièces versées au dossier révèlent que les parties s’entendaient sur les faits – nombre d’heures travaillées et affectation dont s’infère le taux horaire. Or nous avons vu que la rémunération des personnes détenues, exclusive de toute logique contractuelle, est intégralement déterminée par l’application mathématique de grilles tarifaires. Dans ces conditions, la transaction conclue ne pouvait porter que sur la majeure légale, excluant toute possibilité de concessions réciproques et équilibrées entre les parties. Nous croyons donc que le protocole transactionnel ne pouvait, dans les circonstances de l’espèce, faire obstacle à la saisine du juge des référés.

Cette conviction nous dispense de nous prononcer sur l’autre réserve, celle selon laquelle seraient en jeu ici des dispositions d’ordre public. Il apparaît en effet, même si la jurisprudence de la Cour de cassation sur l’ordre public social est en constante évolution, que la chambre sociale juge contraire à l’ordre public une transaction prévoyant le versement d’une rémunération inférieure aux minimas sociaux (n° 562 du 9 avril 1962, publié au Bulletin, n° 375), qui sont indisponibles. La rémunération des détenus est calculée en pourcentage de ces minimas sociaux et en pratique (en l’espèce en tous cas), les grilles tarifaires s’alignent sur les taux minimums prévus par les dispositions du code de procédure pénale. Par analogie, et même si l’analogie avec la jurisprudence de la chambre sociale a ses limites, nous ne serions pas choquée que vous jugiez que sont ici en jeu des règles de rémunération d’ordre public au même titre sinon que les minimas sociaux, au moins que les indemnités de licenciement des contractuels de la fonction publique en jeu dans la décision *Commune des angles*.

En tous cas, nous pensons que vous pourrez, après censure du motif attaqué par le ministre, y substituer pour parvenir au même dispositif le premier terrain que nous évoquions, étant entendu que cette substitution ne suppose la mobilisation de rien d’autre que de règles de pur droit et de faits constants, et que la formation d’instruction a pris la peine de notifier au Garde des sceaux un moyen d’ordre public en ce sens.

PCMNC – Rejet.