

N° 287354

Société Krupp Hazemag

Assemblé du Contentieux

Séance du 27 juin 2008

Lecture du 11 juillet 2008

CONCLUSIONS

M. Bertrand DACOSTA, Commissaire du Gouvernement

Certaines requêtes connaissent des développements procéduraux inattendus, qui conduisent le juge assez loin de l'examen des prétentions initiales des parties. Celle de la société Krupp Hazemag se range dans cette catégorie, puisqu'à partir d'une configuration très classique, elle vous amènera à vous interroger sur l'office du juge de cassation et sur l'étendue de la liberté laissée aux personnes publiques en matière de transaction.

Tenons-nous en, dans un premier temps, à une présentation épurée. Des parties à un litige contractuel tranché par un arrêt rendu par une cour administrative d'appel, arrêt lui-même frappé d'un pourvoi en cassation, décident, alors que l'instance se poursuit devant vous, de conclure une transaction. L'auteur du pourvoi présente des conclusions aux fins de désistement ; mais ce désistement est conditionnel, et la condition à laquelle il est subordonné, c'est à vous qu'il s'adresse pour la satisfaire : il vous demande, en effet, d'homologuer la transaction. La première question qu'il vous appartiendra de trancher est donc la suivante : le Conseil d'Etat, saisi d'un pourvoi en cassation, peut-il, à la demande d'une ou des parties, homologuer une transaction ? Si vous choisissez d'y répondre par la négative, cette première question sera aussi la dernière. Si vous franchissez cet obstacle, vous devrez, avant de procéder à l'homologation demandée, vous assurer de sa licéité. Ceci vous conduira alors à préciser les conditions dans lesquelles une personne publique peut transiger sur un litige auquel les juges du fond ont déjà apporté une solution. Vous devrez également vous demander si une telle transaction peut être assimilée à une aide d'Etat au sens du droit communautaire ou à une aide au développement économique au sens du droit national, ce qui pourrait vous conduire à refuser son homologation s'il se révèle que n'ont pas été respectées les conditions auxquelles la loi subordonne l'octroi de telles aides.

L'une des caractéristiques de la présente affaire réside donc dans l'emboîtement des questions posées. Cette particularité explique qu'après avoir été inscrite une première fois au rôle de vos 7^{ème} et 2^{ème} sous-sections réunies, le 9 novembre dernier, aux conclusions de notre prédécesseur Didier Casas, elle ait été rayée afin qu'il soit procédé à un supplément d'instruction. Elle a été inscrite une deuxième fois, au rôle des mêmes sous-sections réunies,

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

le 23 janvier dernier. Elle a finalement été regardée comme méritant d'être portée devant votre formation de jugement.

A l'origine du litige se trouve une convention par laquelle le district de Sarreguemines a confié à la société Krupp Hazemag l'exploitation d'une station de broyage de déchets. Cette convention, signée en 1975, devait venir à expiration le 31 décembre 1996. Mais un élément imprévu est venu changer la donne : le 10 novembre 1994, l'usine a été partiellement détruite par une explosion accidentelle.

La société a alors organisé une solution de substitution provisoire et s'est parallèlement tournée vers le district afin que celui-ci l'autorise à remettre en l'état les installations détruites. Mais le district, hésitant quant à l'intérêt d'une reconstruction de l'établissement, s'est abstenu de lui répondre. Lassée d'attendre, la société a fini par informer son interlocuteur, le 13 avril 1995, qu'elle ne traiterait plus les ordures ménagères à compter du 30 avril. C'est donc le district qui a repris l'exploitation, sur un autre site. Puis, le 26 juin 1995, la société a saisi le tribunal administratif de Strasbourg d'une demande tendant à ce que celui-ci prononce la résiliation de la convention et condamne le district à l'indemniser de son préjudice. Le tribunal, par un jugement du 24 octobre 2000, a donné très partiellement satisfaction à la société : il a considéré que le district avait commis une faute en prolongeant la période au cours de laquelle la société avait dû supporter un surcoût d'exploitation et il a condamné la collectivité à lui verser une somme de 228 773 F. Le tribunal a également estimé que la société devait être regardée comme ayant prononcé elle-même la résiliation du contrat, en méconnaissance de ses obligations. Et, par un jugement en date du 24 juillet 2001, après un supplément d'instruction, il a condamné la société à verser au district la somme de 5 134 425,69 F. La cour administrative d'appel de Nancy a rejeté les requêtes d'appel de la société Krupp Hazemag ; elle a, en revanche, sur l'appel incident du district, réduit de moitié l'indemnité que celui-ci avait été condamné à verser. On ne doit d'ailleurs plus évoquer le district de Sarreguemines, puisqu'au cours de l'instance devant les juges du fond, la communauté d'agglomération Sarreguemines Confluences s'est substituée au district.

La société Krupp Hazemag s'est pourvue régulièrement en cassation contre l'arrêt.

Toutefois, en février 2007, alors que l'affaire était en l'état d'être jugée, les parties ont informé le Conseil d'Etat de la conclusion d'une transaction ; la société Krupp Hazemag vous demande désormais de l'homologuer et, à cette condition, de lui donner acte de son désistement.

* * *

La transaction, aux termes de l'article 2044 du code civil, « *est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître* ». Votre jurisprudence a reconnu de longue date à l'Etat le pouvoir de transiger, ceci par une décision du 23 décembre 1887, *De Dreux-Brézé, évêque de Moulin*¹. Si l'article 2045 du code civil

¹ Rec. p. 842, concl. Le Vavasseur de Précourt ; cf. également CE, 17 mars 1893, *Compagnie du Nord, de l'Est et autres c/ Ministre de la guerre*, p. 245 ; S. 1894.III.119, concl. Romieu.

dispose que « *les communes et les établissements publics ne peuvent transiger qu'avec l'autorisation expresse du roi* », l'exigence d'une autorisation préalable ne vaut plus, depuis l'intervention des lois de décentralisation, que pour les établissements publics de l'Etat (cf. sur ce point l'avis rendu par la section des travaux publics le 21 janvier 1997 et publié au rapport annuel 1998). L'autorisation est alors délivrée par le Premier ministre, comme vous l'avez jugé par votre décision du 14 décembre 1998, Chambre d'agriculture de la Réunion (aux Tables p. 729).

En vertu de l'article 2052 du code civil, et comme vous l'avez rappelé par votre avis d'Assemblée du 6 décembre 2002, Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Haÿ-les-Roses², la transaction a entre les parties l'autorité de la chose jugée. Elle est exécutoire de plein droit, sans qu'y fassent obstacle les règles de la comptabilité publique ; du moins affirmez-vous ce principe, sans peut-être que les comptes publics eux-mêmes en soient toujours imprégnés ...

Alors même que la transaction est théoriquement conçue pour éviter le recours au juge, vous avez admis que celui-ci puisse être réintroduit dans le système, et ce de diverses façons.

Le juge administratif peut, fort classiquement, être amené à prendre acte de l'existence d'une transaction pour constater que les conclusions de la requête sont devenues dans objet (CE, 24 mars 1928, Sieur G..., p. 444 ; CE, 28 janvier 1994, Société Raymond Camus et compagnie, aux Tables p. 1041). Il doit aussi déclarer irrecevable une requête portant sur le même objet que celui qui a donné lieu à la transaction (CE, 8 juillet 1925, Sieur R..., p. 653 ; CE, 28 novembre 1990, Office public d'HLM de la Meuse, aux Tables p. 871).

Par ailleurs, en l'absence d'une transaction en bonne et due forme, vous avez considéré que le rapprochement des conclusions des parties peut faire apparaître un accord implicite constitutif d'un contrat judiciaire, dont il revient alors au juge de donner acte (CE, Section, 9 février 1934, Chemin de fer du Nord c/Sieur B..., p. 194).

Enfin et surtout, vous acceptez de sanctionner l'accord explicite des parties pour mettre fin à une contestation portée devant le juge (CE, 26 décembre 1917, Dlle L..., p. 855 ; CE, Section, 19 mars 1971, Sieurs M..., p. 235) ; c'est la notion, désormais usuelle, d'homologation d'une transaction.

Plus récemment, vous avez en outre estimé, par votre avis L'Haÿ-les-Roses du 6 décembre 2002, que la demande d'homologation d'une transaction en dehors de tout procès était en principe irrecevable ; mais, dans le même mouvement, vous avez tempéré cette affirmation en considérant que sa recevabilité peut être admise si elle « *vise à remédier à une situation telle que celle créée par une annulation ou la constatation d'une illégalité qui ne* »

² Rec. p. 433 ; Voir notamment RFDA 2003.291, concl. Le Chatelier et note Pacteau ; AJDA 2003.280, chron. F. Donnat et D. Casas ; LPA, 16 juin 2003, n° 119, p. 12 ; DA 2003, n° 44, note A. Ménéménis ; DA 2002, chron. N° 8, F. Sabiani, « Transaction administrative : les trois ambiguïtés de l'homologation » ; CJEG 2003, p. 543, J. Gourdou et P. Terneyre, « A propos de l'avis de règlement relatif au droit des transactions administratives »

peuvent donner lieu à régularisation, ou lorsque son exécution se heurte à des difficultés particulières ».

Vous avez ainsi ouvert, de façon prétorienne, une voie de droit nouvelle, étant précisé que, depuis l'intervention d'un décret du 28 décembre 1998, qui a introduit un article 1441-4 dans le nouveau code de procédure civile, le juge judiciaire dispose lui aussi d'une telle faculté, mais selon des modalités assez différentes³.

La décision L'Haÿ-les-Roses précise que la décision d'homologation est revêtue de l'autorité relative de la chose jugée.

Ce n'est cependant pas cette voie de droit que la présente requête vous invite à emprunter ; la transaction qu'il vous est demandé d'homologuer se présente comme mettant fin à une contestation. La demande, dans son principe, n'est pas irrecevable. Le cadre est ici celui de la jurisprudence M....

* * *

La première question posée par cette affaire n'est cependant pas de savoir si la communauté d'agglomération Sarreguemines Confluences et la société Krupp Hazemag peuvent demander au juge administratif l'homologation de leur transaction ; elle est de savoir si la société pouvait subordonner le désistement de son pourvoi en cassation à la satisfaction de cette demande par le Conseil d'Etat.

De solides raisons militent dans le sens d'une réponse négative.

Avant même de les examiner, nous évoquerons, pour l'écarter, une solution qui aurait pourtant le mérite de la simplicité : vous pourriez, en effet, être tentés de vous borner à prendre acte de l'existence de la transaction pour prononcer un non-lieu. Mais, dès lors que les parties ne se contentent pas de vous informer de l'existence d'une transaction, mais sollicitent son homologation, et que le requérant subordonne expressément son désistement à cette homologation, vous êtes tenus de vous prononcer sur ces conclusions.

L'office du juge de cassation semble, *a priori*, incompatible avec celui de juge de l'homologation. Le juge de cassation est saisi d'une décision juridictionnelle ; il se borne à juger de sa régularité et de sa légalité ; il n'entre pas dans ses missions de rejuger l'affaire. Le juge auquel est demandée l'homologation d'une transaction doit, lui, faire porter son contrôle sur le fond du dossier. Vous avez d'ailleurs, dans votre décision du 6 décembre 2002, reconnu que, pour exercer son contrôle, il « dirige une instruction contradictoire, écrite ou orale. » Si ce principe a été dégagé à l'occasion de la reconnaissance de l'existence d'un pouvoir d'homologation en dehors de tout litige porté préalablement devant un juge, nous voyons mal

³ Cf. notamment sur ce point : Y. Desdevises, Les transactions homologuées : vers des contrats juridictionnalisables ?, D. 2000, Chron. p. 284 ; A. Merveille, Nature et régime de l'ordonnance rendue au visa de l'article 1441-4 du NCPC, D. 2004, Jur., p. 1332 ; L. Weiler, Nature et régime juridique du recours contre l'ordonnance rendue au visa de l'article 1441-4 du NCPC, D. 2005, Jur., p. 3068.

qu'il ne s'applique pas de façon générale. Or, par définition, le juge de cassation ne dispose pas de ce pouvoir d'instruction.

Par ailleurs, confier au Conseil d'Etat, saisi d'un pourvoi en cassation, la possibilité d'homologuer une transaction paraît déroger à la répartition normale des compétences au sein de la juridiction administrative. Celle-ci devrait conduire à attribuer la compétence, pour connaître d'une demande d'homologation, au tribunal administratif, avec la possibilité d'un appel, voire d'un pourvoi en cassation. C'est du moins ce que vous avez jugé s'agissant des conclusions tendant à ce que le juge homologue une transaction hors de tout litige porté devant lui, par votre décision du 4 avril 2005, Société Cabinet JPR Ingénierie (p. 139), qui donne ainsi, en quelque sorte, le mode d'emploi de la décision L'Haÿ-les-Roses.

Déclarer irrecevable la demande présentée devant vous aurait cependant des inconvénients notables. Si vous décidiez de surseoir à statuer jusqu'au moment où le juge compétent se serait prononcé, vous prendriez le risque d'allonger, pour une durée indéterminée, le circuit procédural. La tentation serait peut-être, pour raccourcir ce circuit, de considérer qu'il reviendrait directement à la cour, et non au tribunal, de statuer sur la demande d'homologation. Mais, outre que l'allègement ne serait que partiel, une telle solution reposerait sur l'idée, à notre sens erronée, selon laquelle l'homologation se rattacherait, en quelque sorte, à l'exécution de la décision juridictionnelle qui a été rendue. Vous pourriez aussi juger, plus simplement que, dès lors qu'il ne vous appartient pas de vous prononcer sur la demande d'homologation, il n'y a pas lieu pour vous de donner acte du désistement, et qu'il vous revient par suite de statuer sur le pourvoi (cf. CE, 23 novembre 1979, W..., n° 5079). Dans cette hypothèse, les parties se trouveraient dans la situation curieuse où elles auraient conclu une transaction qui n'aurait pas mis fin au litige et qui, si celui-ci rebondissait après cassation, pourrait devenir sans objet.

Ceci étant, l'évocation de difficultés concrètes, quel que soit leur poids, ne saurait, à elle seule, invalider la solution. Aussi estimons-nous qu'il existe des arguments de fond qui plaident pour que vous acceptiez d'examiner la demande d'homologation présentée par la société Krupp Hazemag.

Il nous semble, en premier lieu, que lorsqu'une transaction termine une contestation née, pour reprendre les termes de l'article 2044 du code civil, le juge de l'homologation est le juge qui serait compétent pour trancher la contestation en l'absence de cette transaction. Si aucun jugement n'est encore intervenu, ce juge est évidemment, du moins pour les contentieux administratifs ne relevant pas de juridictions spécialisées, le tribunal administratif. Si le tribunal administratif a rendu un jugement, c'est à la cour administrative d'appel qu'il revient de statuer. Comme l'a jugé la Cour de cassation à propos d'une cour d'appel, « *la juridiction saisie reste compétente pour constater et ordonner l'exécution d'une transaction par laquelle les parties mettent fin au litige en cours d'instance* » (Com., 8 juin 1999, n° 96-22.516). Qu'en est-il lorsqu'une cour administrative d'appel s'est prononcée avant que les parties ne transigent ? Existe-t-il alors encore une contestation ?

L'intervention d'un arrêt de cour administrative d'appel a évidemment des conséquences déterminantes sur le sort du litige. Comme vous l'avez jugé par votre décision

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

d'Assemblée Mattio du 27 octobre 1995, aux conclusions du Président Arrighi de Casanova, la décision d'une juridiction qui a statué en dernier ressort présente, même si elle peut faire l'objet ou est effectivement l'objet d'un pourvoi en cassation, le caractère d'une décision passée en force de chose jugée. La qualification emporte un certain nombre d'effets. En l'espèce, elle empêchait qu'une loi de validation, réservant selon ses termes mêmes les décisions passées en force de jugée, puisse remettre en cause des arrêts rendus par les cours. Diverses dispositions législatives font en outre découler un régime juridique spécifique de cette qualification. Tel est le cas, notamment, de l'article 1^{er} de la loi du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public : la procédure d'ordonnancement et de mandatement d'office prévue par cet article s'applique aux décisions juridictionnelles passées en force de chose jugée.

Dès lors qu'une cour administrative d'appel s'est prononcée, le litige est clos. Mais, en cas de pourvoi, il ne l'est pas de façon irrévocable. Sa réouverture dépend du sort que vous réserverez à celui-ci. L'existence d'un pourvoi en cassation implique bien que la contestation se poursuit, même si, à ce stade, elle ne porte plus que sur la légalité de l'arrêt qui a tranché le litige. En d'autres termes, même après l'intervention d'une décision passée en force de chose jugée, une transaction est possible. Telle est d'ailleurs la jurisprudence constante de la Cour de cassation, qui constate en un tel cas un non-lieu à statuer (1^{ère} Ch. Civ., 18 juillet 1977,

Bull. n° 340)⁴. Il est vrai qu'à notre connaissance, nul ne paraît avoir jamais songé à demander à la Cour de cassation d'homologuer une transaction et qu'une telle demande ne serait, selon toute vraisemblance, pas couronnée de succès. Mais le rôle que vous exercez au sein de l'ordre juridictionnel administratif vous autorise à avoir une approche autonome.

Juge de la contestation qui se poursuit en cassation, pouvez-vous être juge de l'homologation ? Nous vous invitons à répondre par l'affirmative, au prix, nous en convenons, d'un certain effort. Il ne s'agit pas, à notre sens, de faire jouer au juge de cassation un rôle nouveau incompatible avec son office, mais d'admettre que, dans cette hypothèse, ce n'est pas en tant que juge de cassation que le Conseil d'Etat est appelé à devenir juge de l'homologation. Les deux offices sont distincts, car il s'agit de deux procédures différentes. Les conclusions aux fins d'homologation ne sont pas présentées dans le cadre du pourvoi. Elles sont présentées à l'occasion de celui-ci. Il n'y a donc pas d'obstacle à ce que, en tant que juge de l'homologation, le Conseil exerce des attributions dont il ne dispose pas en tant que juge de cassation. Et il n'y a, en revanche, que des avantages à ce qu'il puisse exercer ces deux missions. Vous avez déjà admis que le souci de bonne administration de la justice puisse permettre de déroger aux règles de répartition des compétences. Nous en prendrons pour illustration votre décision de Section du 25 avril 2001, Association Choisir la vie (p. 190), par laquelle vous avez jugé que, dès lors qu'une autorisation de mise sur le marché d'un médicament relevait de votre compétence, son champ d'application s'étendant au-delà du ressort d'un seul tribunal administratif, il y avait lieu de vous déclarer également compétents,

⁴ Cf. également 1^{ère} Ch. Civ., 1^{er} octobre 1980, Bull. n° 236 ; 3^{ème} Ch. Civ., 14 juin 2005, n° 04-13.230

dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, pour un refus d'autorisation. L'effort qui vous est proposé aujourd'hui ne nous paraît donc pas sans précédent.

Si vous nous suivez, vous vous reconnaissez donc compétents pour statuer sur la demande d'homologation.

* * *

Mais pourrez-vous y faire droit ? Telle est la deuxième question – ou plutôt la deuxième série de questions – à laquelle il vous faudra répondre.

Quel que soit le cadre juridique dans lequel intervient la demande d'homologation, vous n'y faites droit qu'après avoir procédé à un certain nombre de vérifications : les parties doivent consentir effectivement à la transaction, son objet doit être licite, elle ne doit pas constituer de la part de la collectivité une libéralité et elle ne doit pas méconnaître d'autres règles d'ordre public.

Vous ne vous bornez donc pas à entériner l'accord des parties ; vous exercez un contrôle qui, à certains égards, se différencie substantiellement de celui auquel procède le juge judiciaire.

Votre approche ne repose pas sur une logique spécifique au droit administratif lorsque vous vérifiez que la transaction a, le cas échéant, bien été autorisée⁵, puisque l'article 2045 du code civil lui-même prévoit que, « *pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction* ». Vous appliquez aux transactions, comme à tout contrat, le principe selon lequel l'organe délibérant de la collectivité territoriale, quand il autorise l'exécutif à conclure une transaction, doit se prononcer sur tous les éléments essentiels du contrat à intervenir ; la méconnaissance de ce principe constitue un moyen d'ordre public en cassation (cf. CE, 11 septembre 2006, Commune de Théoule-sur-Mer, p. 395).

De même, lorsque vous affirmez que l'objet de la transaction doit être licite et ne doit pas méconnaître des règles d'ordre public, cette affirmation est à rapprocher des dispositions de l'article 6 du code civil, aux termes duquel « *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ».

Votre conception de l'ordre public rejoint d'ailleurs souvent celle du juge judiciaire.

L'ordre public s'oppose ainsi à ce que, par la conclusion d'une transaction, les parties tiennent en échec des dispositions légales impératives. A titre d'illustration, la Cour de cassation a jugé, par un arrêt du 2 décembre 1992, que la protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun dont bénéficient les salariés investis de fonctions représentatives interdisait que ceux-ci, en signant une transaction antérieure à leur licenciement, renoncent par avance aux dispositions d'ordre public instituées pour protéger leur mandat⁶. Pour votre

⁵ CE, 14 décembre 1998, Chambre d'agriculture de la Réunion, préc.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

part, vous avez également jugé que les salariés investis de fonctions représentatives ne peuvent renoncer par avance aux dispositions protectrices d'ordre public instituées en leur faveur (CE, 2 février 1996, Société des Etablissements Crocquet, p. 26).

Mais des règles d'ordre public spécifiques s'imposent aux contrats administratifs, et donc aux transactions. Nous nous limiterons à deux exemples. On ne peut transiger dans une matière où le recours au contrat est proscrit : ainsi, la délimitation du domaine public ne peut donner lieu à transaction (CE, 20 juin 1975, LE..., p. 382, à propos de la délimitation du domaine public fluvial). On ne peut pas davantage, par contrat, faire échec à la règle applicable aux marchés publics selon laquelle « *est réputée non écrite toute renonciation au paiement des intérêts moratoires exigibles* » (CE, 17 octobre 2003, Ministre de l'intérieur c/ Syndicat intercommunal d'assainissement le Beausset, la Cadière, le Castellet, p. 411).

Vous vous séparez, en outre, du juge judiciaire sur un point important. Alors que celui-ci se borne à vérifier l'existence de concessions réciproques, condition à laquelle est subordonnée l'existence même d'une transaction, vous vérifiez que les concessions de l'administration ne s'apparentent pas à des libéralités. En effet, au nombre des règles d'ordre public qu'une transaction ne peut méconnaître figure, selon votre décision M..., celle selon laquelle les personnes morales ne peuvent jamais être condamnées à payer une somme qu'elles ne doivent pas.

L'affirmation de cette règle par votre décision de 1971 n'a pas épuisé immédiatement la question de la portée exacte de votre contrôle. Le Président Rougevin-Baville, dans ses conclusions, observait que « *ce qui est d'ordre public, ce n'est pas une éventuelle exagération de l'indemnité convenue car, après tout, une transaction peut être plus ou moins bonne (...)* ». Le juge ne doit donc pas refuser l'homologation de l'accord des parties – nous le citons toujours – « *par le seul motif que la somme offerte par l'administration lui paraît supérieure au préjudice subi, à moins que la disproportion ne soit telle que la prétendue transaction ne devienne une libéralité.* » Comme le relevait Pascale Fombour dans ses conclusions sur votre décision C... du 29 décembre 2000 (p. 658), la postérité de la jurisprudence M... n'a pas été exempte d'hésitations, voire de contradictions, allant parfois jusqu'à sembler ne laisser aucune marge à la collectivité (cf. en ce sens CE, 8 décembre 1995, Commune de Saint-Tropez, p. 432). Mais, en ne proscrivant explicitement que les libéralités, conformément aux conclusions du commissaire du gouvernement, votre décision d'Assemblée du 6 décembre 2002 nous paraît avoir entériné l'approche souple que préconisait le Président Rougevin-Baville.

De plus, il est, en amont, une vérification à laquelle le juge de l'homologation doit bien sûr procéder : l'accord qui lui est soumis est-il une véritable transaction ?

A ce stade, il nous faut vous présenter les principaux éléments de l'accord signé par la communauté d'agglomération Sarreguemines Confluences et la société Krupp Hazemag.

Son économie est la suivante :

⁶ C. Cass., Soc., 2 décembre 1992, L G... c/ EDF Tahiti ; Droit social n° 2 février 1993, p. 152.

- les créances que détiennent l'une sur l'autre les deux parties sont réduites chacune de moitié (étant rappelé que la créance de la collectivité sur la société est environ 45 fois plus élevée que la créance de la société sur la collectivité) ;
- le versement doit intervenir en deux fois avant les 31 mars et 31 octobre 2007 ;
- les deux parties renoncent aux intérêts légaux à courir sur les sommes dues ;
- la société Krupp Hazemag s'engage à poursuivre son activité à Sarreguemines pour une durée minimale de cinq années à compter du 1^{er} octobre 2006 et à employer en moyenne annuelle 80 personnes ;
- si la société ne respecte pas cette moyenne de 80 salariés par an, elle versera 100 000 euros par année où la moyenne ne sera pas atteinte ;
- la société se désistera de son pourvoi.

Précisons que, selon les informations dont nous disposons, la transaction a été mise en œuvre, notamment sur le plan financier. Certes, la société Krupp Hazemag ne s'est pas désistée de son pourvoi en cassation, mais on peut interpréter la convention comme subordonnant le désistement à l'homologation de la transaction. Précisons aussi que la renonciation aux intérêts légaux ne heurte pas la règle que nous avons précédemment évoquée, puisque le litige porte ici sur une délégation de service public, et non sur un marché public.

Ce protocole d'accord constitue bien, selon nous, une transaction au sens de l'article 2044 du code civil. Si vous nous avez suivi pour estimer que l'existence d'un pourvoi en cassation implique la poursuite d'une contestation, ce protocole termine bien une contestation née, puisqu'il règle, au fond, le différend et est supposé se traduire par un désistement. Le juge judiciaire a ajouté un élément à la définition du code civil : l'existence de concessions réciproques. Vous ne vous séparez pas de lui sur ce point et faites vôtre cette exigence (cf. par exemple CE, 8 avril 1921, Compagnie de la N'Goko-Sangha, p. 351). Il est vrai que le juge judiciaire se borne à constater l'existence de concessions réciproques, alors que votre contrôle est plus approfondi ; mais il s'agit là d'une question de licéité de la transaction. En l'espèce, chacune des parties a bien accepté des concessions, peu important à ce stade leur valeur relative. Un élément peut, en revanche, prêter à interrogation : dans une transaction, les parties font normalement des concessions par rapport à leurs prétentions initiales ; or, ici, l'une au moins des concessions de la société Krupp Hazemag réside dans un engagement de maintien de l'emploi sur le territoire de la collectivité, engagement dépourvu de tout lien avec les données initiales du litige. Juger qu'une transaction implique nécessairement que les parties ne puissent sortir du cadre du litige priverait toutefois singulièrement de son utilité ce mode de règlement des conflits. On trouve d'ailleurs dans votre jurisprudence des exemples

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

de transactions par lesquelles une des parties renonce à sa demande d'indemnité moyennant l'engagement de l'autre partie d'accomplir telle ou telle obligation (cf. CE, 30 octobre 1974, Commune de Saint-Pierre-les-Bois c/Sieur Gohin, p. 525). La jurisprudence du juge judiciaire est également en ce sens (cf. un arrêt de la cour d'appel de Reims du 25 octobre 2000 validant une transaction par laquelle un employé avait renoncé au bénéfice d'un jugement prud'homal ayant condamné son employeur à lui verser un rappel de salaires, en contrepartie d'une garantie d'emploi de quatre années et d'une nouvelle classification, JCP 2001.IV.2172)

Saisis d'une convention à laquelle vous ne pouvez dénier le caractère de transaction, vous devez, avant de procéder à votre contrôle habituel, vous poser une autre question : dans quelle mesure une personne publique peut-elle transiger une fois que les juges du fond se sont prononcés ?

La solution qui vient le plus immédiatement à l'esprit – du moins celle qui est venue le plus immédiatement au nôtre- est de considérer qu'à ce stade, la solution donnée au litige par les juges du fond ne peut plus être remise en cause. L'arrêt a transformé des prétentions en créances. Or, sauf à consentir à une libéralité, une personne publique ne peut renoncer à ses créances.

Dans cette optique, la marge de manœuvre serait réduite. Les parties pourraient simplement transiger pour prévenir les difficultés d'exécution de la décision juridictionnelle.

Donner au litige une autre solution que celle arrêtée par le juge est en principe exclu, en l'état actuel de votre jurisprudence, en matière d'excès de pouvoir : comme vous l'avez jugé par votre décision de Section du 13 juillet 1967, *Ministre de l'éducation nationale c/ Ecole privée de filles de Pradelles* (p. 339), « *eu égard aux effets qui s'attachent à l'annulation pour excès de pouvoir d'un acte administratif, la circonstance que la personne qui a poursuivi et obtenu cette annulation déclare ultérieurement renoncer à se prévaloir du jugement intervenu est sans influence sur une telle annulation.* » Peut-être cette jurisprudence évoluera-t-elle ; nous vous renvoyons sur ce point aux conclusions prononcées par notre collègue Anne Courrèges sur votre décision du 30 janvier dernier, *Ville de Paris* (p. 21, avec les conclusions). En tout état de cause, en plein contentieux, le principe est inverse : les parties peuvent renoncer à se prévaloir de la chose jugée (CE, 7 octobre 1970, *Ministre de la défense c/Sieur Hanriot-Colin*, p. 556 ; CE, 3 décembre 1980, *Ministre de la santé et de la famille c/ CU... et X...*, n° 14530 ; Commission spéciale de cassation des pensions, 5 juillet 1996, *Secrétaire d'Etat aux anciens combattants c/T...*, p. 531). Vous avez également jugé qu'une commune et une société, après avoir porté leur litige devant le juge judiciaire, pouvaient d'un commun accord renoncer à se prévaloir de la chose jugée par le tribunal de grande instance et porter leur différend devant le juge administratif (CE, 26 juin 1974, *Société « La Maison des Isolants de France »*, p. 365).

Comment concilier cette jurisprudence avec le principe général du droit selon lequel une personne publique ne peut être condamnée à payer une somme qu'elle ne doit pas, principe d'ailleurs étendu aux personnes privées par votre décision de Section SA « *Entreprise R...in* » du 17 mars 1978 ?

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

La clé devrait, selon nous, être la suivante. Une personne privée a la libre et entière disposition de ses droits ; elle peut y renoncer, sous réserve d'erreur, de dol ou de violence. Elle peut donc consentir une libéralité. Tel n'est pas le cas de la personne publique. Le parallélisme entre les jurisprudences M... et Entreprise R...in n'est qu'apparent : personnes publiques et privées ne peuvent être condamnées à verser une somme qu'elles ne doivent pas, mais ce qui, dans le second cas, est l'expression d'un principe protecteur est, dans le premier, l'écho d'une interdiction. Lorsqu'une décision juridictionnelle qui n'est plus susceptible d'aucune voie de recours a clos définitivement le litige, la personne privée peut renoncer au bénéfice de la chose jugée, comme elle peut le faire dans le cadre d'un litige l'opposant, devant le juge judiciaire, à une autre personne privée. La personne publique ne peut, elle, renoncer librement à sa créance, sauf lorsqu'un texte l'y autorise, comme en matière fiscale ou douanière : en l'absence de telles dispositions, il faut à cette renonciation une contrepartie, ou au moins un motif d'intérêt général.

Doit-il en aller de même alors que la décision juridictionnelle n'est pas devenue irrévocable, compte tenu de l'existence d'un pourvoi en cassation ? Si vous répondez par l'affirmative, vous ne pourrez homologuer la transaction qu'en partant de l'arrêt rendu par la cour, et en examinant s'il existe une contrepartie suffisante à la renonciation, par la collectivité, à sa créance, telle qu'elle a été fixée par l'arrêt.

Ce n'est pas dans cette voie que nous vous proposons de vous engager. A notre sens, la possibilité ouverte aux personnes publiques de transiger doit leur permettre, le cas échéant, de donner au litige une autre solution que celle donnée par les juges du fond, même lorsqu'une cour administrative d'appel s'est prononcée, dès lors qu'il existe une possibilité que soit remise en cause, par la voie du pourvoi en cassation, l'arrêt rendu. En premier lieu, et indépendamment des doutes qu'elle peut avoir sur l'issue définitive du litige, une personne publique peut chercher à obtenir le désistement du pourvoi parce que ce désistement lui procurera un gain de temps et la dispensera d'engager des dépenses supplémentaires pour défendre ses intérêts. On peut parfaitement concevoir que cette seule circonstance l'incite à renoncer partiellement au bénéfice de ce qu'a jugé la cour pour que la contestation s'achève définitivement. En second lieu, et surtout, la personne publique peut estimer, à juste titre, que l'arrêt de la cour a des chances importantes d'être cassé, et la solution de fond modifiée. Tel peut être le cas, par exemple, si cet arrêt est entaché d'une irrégularité insusceptible d'échapper à votre censure : défaut de motivation, défaut de réponse à moyen, absence de prise en compte d'un mémoire... Les hypothèses sont nombreuses dans lesquelles n'importe quel juriste un tant soit peu frotté de contentieux administratif peut nourrir de légitimes inquiétudes sur le sort qui sera celui de l'arrêt si le pourvoi est jugé. Encore la personne publique peut-elle alors escompter que vous-même après cassation, ou la cour en cas de renvoi, ne modifiera pas la solution de fond. Mais il est aussi des cas de figure où c'est la solution retenue par les juges du fond qui risque d'être invalidée. Le droit des marchés publics de travaux nous en fournira une illustration. Comme vous le savez, le cahier des clauses administratives générales applicable à ces marchés prévoit une procédure de réclamation préalable à la saisine du juge ; la rédaction de ses stipulations est toutefois suffisamment complexe pour avoir nourri, et pour continuer à nourrir, d'innombrables contentieux portant sur la question de la recevabilité ou de l'irrecevabilité de la saisine du juge administratif. Il arrive encore parfois qu'une cour interprète de façon erronée la règle et rejette à tort pour

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

irrecevabilité la demande formée par l'entreprise. Si la collectivité s'avise de cette erreur, et en déduit à bon droit que la demande de l'entreprise sera finalement examinée au fond, une fois l'arrêt cassé, doit-on l'empêcher de transiger au seul motif qu'à ce stade une cour a décidé qu'elle ne devait rien ? Nous ne le croyons pas.

Nous sommes convaincus, au contraire, qu'il convient de favoriser ce mode alternatif de règlement des litiges que constitue la transaction, conformément d'ailleurs au souhait exprimé par vos formations consultatives lorsqu'elles ont adopté, au début des années 1990, le rapport consacré aux nouveaux modes de règlement des litiges en matière administrative. La transaction permet aux parties de terminer une contestation ; elles doivent être en mesure de terminer cette contestation sans être nécessairement liées par une décision juridictionnelle non irrévocable.

Ceci ne signifie pas que les parties, du moins la personne publique, soient alors totalement libres. Il leur revient de confronter leurs prétentions initiales et de faire des concessions réciproques. C'est au vu de ces prétentions et de ces concessions que le juge éventuellement saisi acceptera, ou non, d'homologuer la transaction.

Si vous nous avez suivi jusqu'ici, vous admettez donc que la communauté d'agglomération Sarreguemines Confluences et la société Krupp Hazemag pouvaient transiger, malgré l'intervention de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Nancy, que le protocole d'accord que les deux parties ont signé constitue bien une transaction et que vous êtes compétents pour l'homologuer.

* * *

Il reste maintenant à déterminer – et telle n'est peut-être pas la question la plus facile – si la transaction qu'il vous est demandé d'homologuer ne constitue pas de la part de la collectivité une libéralité et si elle ne méconnaît pas d'autres règles d'ordre public.

Nous ne pensons pas que vous puissiez assimiler la transaction qui vous est soumise à une pure et simple libéralité.

Comme vous avez pu le constater, la collectivité a renoncé, pour simplifier, à la moitié de sa créance ; mais elle n'y a pas renoncé sans contrepartie. Cette contrepartie, c'est le maintien de l'activité de l'entreprise sur son territoire, au moins pour une certaine durée, avec des engagements en termes d'emploi. Un tel maintien présente un intérêt évident pour la collectivité, en termes économique, fiscal et social, même si cet intérêt est sans doute assez malaisé à quantifier. En sens inverse, le départ de la société, ou la réduction de son activité, aurait, selon toute vraisemblance, des répercussions financières pour la Communauté d'agglomération, qui viendraient s'imputer sur le montant qu'elle récupérerait en l'absence de transaction (et dans l'hypothèse où vous rejetteriez le pourvoi de la société).

L'existence d'une contrepartie fait donc présumer l'absence de libéralité. Reste que cette présomption pourrait tomber s'il existait un déséquilibre manifeste entre cette contrepartie et l'abandon de créance. Tel ne nous semble pas être le cas.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Vous avez en effet jugé qu'une collectivité agit dans un but d'intérêt général lorsque son action tend à favoriser le maintien de l'activité économique et de l'emploi sur son territoire (CE, 10 mai 1985, Société Boussac Saint-Frères, p. 145). Vous avez surtout admis que l'engagement, par une société, de créer des emplois dans un certain délai, constituait une contrepartie suffisante à la cession par la commune d'un terrain à cette entreprise pour un prix inférieur à sa valeur, et même très inférieur puisqu'il était fixé au franc symbolique ! Vous avez reconnu votre décision de Section Commune de Fougerolles du 3 novembre 1997 (p. 391).

Ce n'est donc pas parce qu'elle s'apparenterait à une libéralité que la présente transaction pourrait se heurter à un refus d'homologation, mais en raison d'une de ses particularités dont nous vous avons déjà entretenus : la communauté d'agglomération et la société ne se sont pas bornées à atténuer leurs prétentions initiales, elles ont mis dans la corbeille, pardonnez-nous l'expression, une contrepartie dépourvue de tout lien avec les données initiales du litige. Or, et ce point est pour nous déterminant, la conclusion d'une transaction ne peut permettre à une collectivité d'accomplir un acte ou de bénéficier d'une prestation en contournant les règles de droit normalement applicables. La question ne se pose que parce que la société Krupp Hazemag a pris un engagement relatif au maintien de l'emploi à Sarreguemines. Si la transaction qui vous est soumise procédait simplement à une division par deux des prétentions de la collectivité, il vous appartiendrait de vérifier si cette diminution ne va pas au-delà de la marge de manœuvre que vous consentez aux personnes publiques dans le cadre d'une transaction. En cas de réponse négative, le débat s'arrêterait là. Mais tel n'est pas le cas : il résulte selon nous clairement des stipulations de la transaction que l'engagement de la société a été un élément déterminant dans la conclusion de celle-ci. Autrement dit, la communauté d'agglomération n'aurait pas transigé à hauteur d'une somme inférieure de moitié à celle que lui avait accordée la cour s'il n'y avait pas eu, en contrepartie, cet engagement de maintien de l'emploi. Pour le formuler encore différemment : la collectivité a renoncé à 50 % de ce qu'elle estimait être sa créance en échange de cette contrepartie. La meilleure preuve en est que le protocole d'accord prévoit expressément que si la société ne respecte pas son engagement, elle devra verser 100 000 euros par an. La société s'expose ainsi, au pire, à déboursier 500 000 euros, soit une somme qui n'est pas très éloignée de celle à laquelle la communauté d'agglomération a renoncé.

Vous devrez donc examiner d'office si, en concluant un contrat prévoyant une telle contrepartie, la communauté d'agglomération n'a pas méconnu une règle d'ordre public. Or nous craignons fort que tel soit bien le cas...

* * *

Nous relèverons, en premier lieu, qu'une collectivité locale ne peut accorder une aide au développement économique des entreprises que dans le respect des dispositions fixées par la loi. Si le législateur a substantiellement modifié le régime applicable, par la loi du 13 août 2004, notamment en supprimant la distinction entre aides directes et indirectes, le cadre juridique demeure contraignant⁷.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Aux termes de l'article L. 5216-5 du code général des collectivités territoriales (CGCT), les communautés d'agglomération exercent de plein droit, en lieu et place des communes membres, les compétences en matière de développement économique. En cette matière, elles n'ont donc ni plus ni moins de compétences que les communes qu'elles regroupent. Or il résulte de l'article L. 1511-2 du CGCT, auquel renvoie l'article L. 2251-2 s'agissant des communes, que les aides aux entreprises mentionnées dans cet article relèvent, au premier chef de la région ; les autres collectivités ne peuvent participer à leur financement que dans le cadre d'une convention passée avec la région ; à tout le moins, la mise en œuvre d'une telle aide est subordonnée à l'accord de la région. La seule possibilité, pour une commune, de se passer de l'accord de la région, est de conclure une convention avec l'Etat ; mais il ne s'agit alors que de compléter une aide existante (cf. l'article L. 1511-5). Par ailleurs, les communes n'ont pas compétence pour accorder des aides aux entreprises en difficulté ; cette compétence appartient au département et à la région, « *lorsque la protection des intérêts économiques et sociaux de la population l'exige* » (cf. les articles L. 3231-3 et L. 4211-1). La situation est différente pour les aides à l'immobilier d'entreprise, encadrées par l'article L. 1511-3. Les collectivités territoriales sont libres d'attribuer ces aides et une commune n'a pas à solliciter l'accord de la région ; mais cette liberté ne vaut que pour cette catégorie d'aides.

Vous avez jugé, sous l'empire du régime antérieur à la loi du 13 août 2004, qu'une collectivité ne pouvait accorder des aides directes et indirectes qu'en respectant les conditions fixées par la loi. Plus précisément, vous avez considéré que, s'agissant des aides directes, la faculté d'intervention ouverte aux collectivités locales en la matière ne concernait que les seules catégories d'aides visées par la loi et ne s'exerçait qu'en complément de la région ; de plus, « *les modalités d'intervention ainsi définies sont, sous réserve d'habilitations législatives expresses données aux collectivités locales, exclusives de toute autre forme d'aide de même nature, alors même qu'elle aurait pour objet de compléter une aide accordée par l'Etat* » (CE, 6 juin 1986, Département de la Côte-d'Or, p. 156). Vous avez confirmé cette jurisprudence par la suite (CE, 17 janvier 1994, Préfet du département des Alpes de Haute-Provence, p. 18 ; CE, 30 décembre 1998, Commune de Colombes, p. 514). Nous ne voyons aucune raison de la remettre en cause : une commune ne peut accorder une aide de la même nature qu'une subvention sans respecter le cadre législatif fixé par les articles L. 1511-1 et suivants du CGCT.

Or, en l'espèce, si l'on se fonde sur une analyse réaliste des termes de la transaction, la communauté d'agglomération a bien eu l'intention de favoriser le développement économique de son territoire, et elle a, à cette fin, renoncé à percevoir une somme qu'elle estimait lui être due. Une transaction par laquelle la collectivité renonce à faire valoir une créance moyennant un engagement de ce type n'est pas une libéralité, puisqu'il existe une contrepartie. Mais ce n'en est pas moins une aide : voyez l'affaire Commune de Fougerolles, où vous avez qualifié un mécanisme similaire d'aide indirecte. L'existence d'une contrepartie

⁷ Cf. notamment sur la loi du 13 août 2004 : R. de Castelnaud et P. de Faÿ, « Le nouveau régime des interventions économiques des collectivités territoriales », AJDA 2005.121 ; L. Benoit, « Décentralisation et développement économique : la nouvelle répartition des compétences », AJDA 2005.1878.

est simplement une condition de la licéité de l'aide (cf. *a contrario* CE, 6 avril 1998, Communauté urbaine de Lyon, p.132). Economiquement, la situation se présenterait exactement de la même façon si les parties n'avaient pas transigé, si la société s'était désistée de son pourvoi et si la communauté d'agglomération avait accordé à la société une subvention d'un montant égal à la moitié de la créance fixée par la cour.

Il ne ressort pas des informations transmises par les parties que l'accord de la région, qui est la condition minimale indispensable à la licéité de l'aide, ait été sollicité et moins encore obtenu. La communauté d'agglomération, en utilisant le vecteur de la transaction, est intervenue en matière de développement économique en méconnaissance des dispositions de l'article L. 1511-2 du CGCT. Elle a donc contrevenu à une disposition législative impérative. A ce premier titre, elle a méconnu une règle d'ordre public. Vous ne pouvez donc homologuer la transaction.

* * *

Vous le pouvez d'autant moins qu'une autre difficulté, plus substantielle que la première, vous attend encore. Il aurait suffi que la communauté d'agglomération obtienne l'accord de la région pour pouvoir intervenir. Mais, à supposer qu'un tel accord ait été obtenu, ou le soit avant que n'intervienne votre décision, vous faudrait-il alors procéder à l'homologation ? Nous ne le pensons pas. Une autre problématique vient en effet y faire obstacle, celle des aides d'Etat.

Aux termes de l'article 87 du traité instituant la Communauté européenne, sauf dérogations prévues par le traité, « *sont incompatibles avec le Marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre Etats membres, les aides accordées par les Etats ou au moyen de ressources d'Etat sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions* ». Il ne vous appartient pas de déterminer si une aide d'Etat est ou non compatible avec le traité : cette compétence revient à la seule Commission européenne. Il vous appartient, en revanche, de déterminer si un dispositif national peut être regardé comme une aide d'Etat et, en cette hypothèse, de « *sanctionner, le cas échéant, l'invalidité de dispositions de droit national qui auraient institué ou modifié une telle aide en méconnaissance de l'obligation, qu'impose aux Etats membres (...) l'article 88 du traité, d'en notifier à la Commission, préalablement à toute mise à exécution, le projet* » (CE, 27 février 2006, Compagnie Ryanair Limited et chambre de commerce et d'industrie de Strasbourg et du Bas-Rhin, p. 95).

Au sens du droit communautaire, la notion d'aide d'Etat englobe évidemment les aides consenties par les collectivités territoriales et leurs groupements. La Cour de justice a eu, depuis l'origine, une conception extensive de la notion d'aide ; constituent des aides toutes les interventions qui, sous des formes diverses, allègent les charges qui normalement grèvent le budget d'une entreprise et qui, par là, sans être des subventions au sens strict du mot, sont de même nature et ont des effets identiques⁸. C'est la raison pour laquelle la renonciation à

⁸ CJCE, 23 février 1961, De Gemazenlijke Steenkolenmijnen in Limburg c/ Haute autorité de la CECA, aff. 30/59

faire valoir une créance légale ou un droit entre dans cette catégorie (cf. par exemple CJCE, 17 juin 1999, Piaggio, C-295/97). Pour reprendre les termes d'une décision de la Commission européenne, « *lorsque des services et des organismes publics font preuve à l'égard d'une certaine entreprise d'une mansuétude anormale en ce qui concerne le recouvrement de leurs créances, un tel comportement (...) est de nature à constituer une aide d'Etat* » (décision de la Commission du 2 mai 1990 relative à une aide accordée par le gouvernement grec à un fabricant de ciment, 91/144/CEE). Le critère de l'anormalité conduit à rechercher si l'abandon de créance aurait pu être réalisé dans les mêmes conditions, qu'il s'agisse de son montant ou de ses modalités, par un créancier privé normalement diligent⁹. Peu importe, à cet égard, que la personne publique ait eu en vue la protection de l'emploi ou l'aménagement du territoire ; comme le relève l'auteur du fascicule consacré à la notion d'aides dans le répertoire communautaire Dalloz¹⁰, « *l'aide d'Etat ne pouvant s'apprécier par rapport à son but, il convient de faire une analyse économique de ses effets* ».

Relevons également que, dès lors que la personne qui bénéficie de l'aide opère dans le secteur concurrentiel, la condition tenant à ce que la mesure soit susceptible de fausser la concurrence est présumée remplie. Comme l'indique la Commission dans son vade-mecum sur les règles communautaires applicables aux aides d'Etat, « *il suffit de pouvoir démontrer que le bénéficiaire exerce une activité économique et qu'il est présent sur un marché où il existe des échanges entre Etats membres.* »

Nous en tirons les conséquences suivantes.

Si une personne publique et une entreprise concluent une transaction pour mettre fin à un litige en consentant des concessions réciproques par rapport à leurs prétentions initiales, la seule circonstance qu'il n'existe pas encore de créance certaine et liquide ne suffit pas à évacuer totalement le risque d'une requalification en aide d'Etat. Certes, et comme l'a jugé la Cour de justice, les dommages et intérêts que verse une collectivité en réparation du préjudice qu'elle a causé sont d'une nature juridique fondamentalement différente de celle d'une aide d'Etat (cf. CJCE, 27 septembre 1988, Asteris AE et autres c/ République hellénique et Communauté économique européenne, aff. 106 à 120/87). Mais une transaction par trop déséquilibrée, c'est-à-dire une transaction dans laquelle la personne publique n'agirait pas comme un créancier privé, pourrait être regardée comme une aide, au moins à concurrence du montant excédant des concessions raisonnables. A la vérité, dans ce cas de figure, il nous semble qu'il y a coïncidence entre les notions d'aide et de libéralité au sens de votre jurisprudence. Une transaction non assimilable à une libéralité ne serait pas davantage assimilable à une aide. L'entreprise réclame 100, la collectivité soutient qu'elle ne doit que 50, les parties s'entendent sur un chiffre de 75 et terminent leur contestation en se désistant de leurs actions en justice : si le chiffre de 75 n'est pas manifestement excessif par rapport aux données initiales du litige et à l'aléa judiciaire, le débat est clos !

Toutefois, au risque de nous répéter, nous ne sommes pas placés dans cette hypothèse. La communauté d'agglomération n'a pas diminué ses prétentions de moitié parce

⁹ Cf. par exemple CJCE, 29 avril 1999, Espagne c/ Commission, aff. C-342/96, point 46.

¹⁰ Mme Frédérique Berrod

qu'elle se serait aperçue de leur caractère exagéré et/ou parce qu'elle aurait craint de voir le juge lui accorder moins ; elle les a diminuées de moitié dans un souci de développement économique et de maintien de l'emploi qui n'a pas de lien direct avec le règlement du litige et qui n'est assurément pas le souci qu'aurait pu avoir un créancier privé.

Nous n'avons donc, en définitive, guère de doutes à considérer que, dans les circonstances de l'espèce, et sous couvert d'une transaction, le dispositif adopté s'apparente bien à une aide d'Etat.

Si vous nous suivez, il vous suffira de constater que le montant en cause est supérieur au seuil dit « de minimis » (200 000 euros sur une période de trois exercices fiscaux), qu'il n'est pas établi, ni même soutenu, que l'aide entrerait dans une des catégories exemptées de notification par la Commission, et qu'il n'est pas davantage soutenu qu'elle aurait fait l'objet d'une notification.

Vous pourriez, enfin, vous demander si l'absence de notification s'apparente bien à la violation d'une règle d'ordre public qu'il vous appartient de relever d'office. Mais nous n'avons, là non plus, pas d'hésitation. Il ne s'agit pas d'une règle de procédure régularisable par une notification ultérieure, mais d'une règle dont la méconnaissance entache nécessairement d'illégalité le dispositif¹¹.

Nous vous invitons donc à refuser l'homologation demandée, ce qui entraînera, conformément à votre avis L'Haÿ-les-Roses, la nullité de la transaction.

Parvenus à ce stade de nos conclusions, nous voudrions simplement ajouter que la solution proposée nous paraît présenter un double avantage. En jugeant que les parties à un litige peuvent donner à celui-ci, même après l'intervention d'un arrêt de cour administrative d'appel, et sous les réserves que nous avons dites, une solution différente de celle donnée par les juges du fond, et qu'elles peuvent, le cas échéant, vous en demander l'homologation, vous retiendrez une conception ouverte et souple du recours à la transaction. Mais, en censurant le recours à cet instrument, lorsqu'il conduit à contourner des obligations pesant sur les personnes publiques, vous éviterez que celles-ci n'en fassent un usage dévoyé.

* * *

Le désistement de la société Krupp Hazemag étant subordonné à l'homologation de la transaction, vous devrez donc examiner le pourvoi. Vous nous permettrez, ici, d'être plus bref.

La société soutient, en premier lieu, que l'arrêt, en tant qu'il statue sur les conclusions des appels principaux, serait, sur plusieurs points, insuffisamment motivé. Nous ne y arrêterons pas, ces reproches nous paraissant infondés : la cour a clairement exprimé les raisons pour lesquelles elle a jugé que la société avait commis une faute en résiliant

¹¹ L'obligation de notification, si elle est d'origine communautaire, est reprise par la loi (cf. l'article L. 1511-1-1).

unilatéralement la concession et que cette faute était à l'origine du préjudice subi par la collectivité.

Sur le même terrain, il est reproché à la cour d'avoir entaché son arrêt de contradiction de motifs en relevant que le concessionnaire avait mis en place une solution de substitution provisoire tout en jugeant qu'il avait résilié le contrat ; le moyen ne vous retiendra pas, puisque ces deux faits sont successifs et non concomitants.

Vous écarterez également les moyens relatifs au bien-fondé de l'arrêt contesté, toujours en ce qui concerne les appels principaux.

Contrairement à ce qui est soutenu, la cour a bien établi une relation de causalité entre le comportement de la société Krupp Hazemag et le préjudice subi par la collectivité. Et c'est à bon droit qu'elle a estimé que ce lien de causalité avait un caractère direct et certain : si la collectivité a dû mettre en œuvre un système de substitution pour le traitement des déchets, c'est bien parce que la société a cessé d'assurer l'exploitation du service. Pour tenter de vous convaincre du contraire, la société soutient que le district de Sarreguemines n'avait aucunement l'intention de remettre le site en état, en raison du coût de l'opération. Ainsi, selon la société, si la collectivité a dû engager des dépenses, liées à la délocalisation des déchets vers un autre site, ce n'est pas en raison de la résiliation de la concession, mais à cause de l'incendie de l'usine. Nous avons le plus grand mal à adhérer à cette logique : en effet, avant la résiliation, la société gérait les déchets, mais après la résiliation, cette charge a pesé sur le district ; c'est donc bien la résiliation qui a été la cause directe du préjudice.

La cour n'a pas non plus entaché son arrêt d'erreur de droit en faisant peser la charge de la preuve sur la société : elle s'est bornée à juger qu'alors que la collectivité apportait des pièces justificatives des dépenses qu'elle avait dû engager pour reprendre l'exploitation, la société ne démontrait pas que ces dépenses étaient sans lien avec cette exploitation. Il ne s'agit pas ici d'une question d'inversion de la charge de la preuve, mais de débat entre les parties sur le caractère probant de documents fournis par l'une d'entre elles (cf. pour une configuration similaire, votre décision d'Assemblée du 3 mars 2004, Ministre de l'emploi et de la solidarité c/ Consorts BO..., p. 125).

La société soutient encore que la cour aurait dénaturé les pièces du dossier en déduisant de la lettre du 13 avril 1995 qu'elle avait entendu procéder à une résiliation unilatérale du contrat ; la cour aurait également, en qualifiant de fautif son comportement, inexactement qualifié les faits de l'espèce. La lettre est toutefois claire : il ne s'agit pas d'une simple déclaration d'intention, mais de l'annonce de la fin de l'exploitation au 30 avril, et aucune pièce du dossier n'indique que la société n'aurait, en réalité, pas eu la volonté d'y mettre fin. Toute l'argumentation de la société, tirée de qu'elle n'aurait pas pu respecter ses obligations en raison du comportement de l'administration postérieurement au 13 avril, est donc inopérante.

Enfin, la société soutient que la cour aurait commis une erreur de droit en s'abstenant de rechercher si le comportement du district lui-même n'était pas la cause de l'impossibilité, pour la société, de remplir ses obligations contractuelles ; mais la cour a

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

répondu à ce moyen en jugeant que le comportement du district n'autorisait pas la société à résilier unilatéralement la convention.

Vous rejetterez donc les conclusions tendant à l'annulation de l'arrêt en tant qu'il se prononce sur les appels principaux de la société Krupp Hazemag.

Nous vous invitons, en revanche, à faire droit aux conclusions dirigées contre la seconde partie de l'arrêt, celle qui statue sur l'appel incident du district.

La société Krupp Hazemag a fait appel du jugement du tribunal administratif du 24 octobre 2000, en tant qu'il s'était prononcé sur le principe de sa responsabilité fautive du fait de la résiliation. Puis elle a fait appel du jugement du 24 juillet 2001, qui fixait le montant de l'indemnité. Le district a formé un appel incident dans le cadre de la première instance, un an et demi après l'enregistrement de la requête d'appel. Cet appel incident tendait à ce que la cour réformât le jugement du tribunal administratif en tant qu'il avait mis à la charge du district une indemnité correspondant au surcoût supporté par la société, entre l'incendie et la résiliation de la convention, du fait du retard fautif du district à répondre aux demandes de la société tendant à la remise en état de l'usine. Comme nous vous l'avons indiqué, sur cet appel incident, la cour a diminué de moitié l'indemnité mise à la charge du district.

Le jugement du 24 octobre 2000 s'est prononcé sur deux litiges différents.

Or l'appel incident est irrecevable s'il soumet au juge un litige distinct du litige principal (CE, 10 janvier 1962, *Ministre des armées c/Z...*, p. 22).

Il est vrai que des appels portant sur des chefs de préjudice distincts peuvent se rattacher au même litige (cf. par exemple CE, 4 avril 1997, *Société d'ingénierie immobilière Sud*, aux Tables p. 1038). Mais tel ne nous semble pas être le cas en l'espèce : il y a bien, d'un côté, un litige portant sur le préjudice subi par la société concessionnaire du fait de la faute

commise par le district et, de l'autre côté, un litige portant sur le préjudice subi par le district du fait de la résiliation fautive de la convention par la société. Les faits générateurs sont différents. La cour a donc entaché son arrêt d'erreur de droit en jugeant recevable l'appel incident de la communauté d'agglomération.

Si vous nous avez suivi jusqu'ici, vous annulerez partiellement l'arrêt de la cour, et, redevenus juge d'appel, vous rejetterez l'appel incident de la communauté d'agglomération. Dans les circonstances de l'espèce, nous ne vous proposerons pas de faire droit aux conclusions présentées par la communauté d'agglomération au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Par ces motifs nous concluons au rejet des conclusions de la société Krupp Hazemag tendant à l'homologation du protocole d'accord conclu avec la communauté d'agglomération Sarreguemines Confluences, à ce vous jugiez qu'il n'y a pas lieu à statuer sur ses conclusions à fin de désistement, à l'annulation de l'arrêt attaqué en tant qu'il statue sur l'appel incident

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

du district, au rejet de l'appel incident présenté par le district devant la cour, au rejet du surplus des conclusions de la société ainsi qu'à celui des conclusions de la communauté d'agglomération tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.