

# LE CONTRAT DE TRANSACTION EN DROIT PUBLIC<sup>1</sup>

par

Pauline ABBA

Assistante à l'Université catholique de Louvain  
Avocate au barreau de Bruxelles

## INTRODUCTION

1. Le contrat de transaction est une institution consacrée dans le Code civil. Elle y est définie, à l'article 2044, comme « un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître », par le biais de concessions réciproques<sup>2</sup>.

2. L'on n'aborde pas ici les mécanismes transactionnels qui existent en droit public<sup>3</sup>, dont il n'est pas certain qu'ils soient de véritables contrats de transaction au sens du Code civil<sup>4</sup>.

3. L'attrait du contrat de transaction se perçoit aisément, dès lors qu'il permet à des personnes de s'entendre elles-mêmes sur le règlement de leur litige, leur évitant ainsi un détour long et coûteux par une juridiction.

4. En droit privé, de nombreuses études portent sur le contrat de transaction<sup>5</sup>, qui est bien connu des justiciables et de leurs conseils.

Les contributions doctrinales consacrées au contrat de transaction sont, en droit public, moins abondantes et contiennent encore des interrogations quant à ses contours et à ses limites<sup>6</sup>. Dans la

<sup>1</sup> La présente contribution est une version adaptée du mémoire de fin d'études que l'auteure a présenté à l'Université catholique de Louvain sous la promotion du professeur David RENDERS, à qui l'auteure adresse de profonds remerciements pour sa patiente relecture et ses précieux conseils.

<sup>2</sup> Voy. *infra*, nos 13 et s.

<sup>3</sup> Art. 9 de l'arrêté du Régent du 18 mars 1831 « organique de l'administration des finances », non publié ; art. 263 et 264 de la loi du 18 juillet 1977 « générale sur les douanes et accises » (*M.B.*, 21 septembre 1977) ; art. 84, al. 2, du Code de la taxe sur la valeur ajoutée ; art. 219, al. 4, du Code des droits d'enregistrement ; art. 141, al. 4, du Code des droits de succession ; art. 202/4, al. 4, du Code des droits et taxes divers ; art. 3.18.0.0.16 du Code flamand de la Fiscalité ; art. D.VII.18 et s. du Code de Développement Territorial.

<sup>4</sup> À propos de ces mécanismes transactionnels de droit public, voy. Cass., 15 mai 1952, *Pas.*, 1952, I, p. 586 ; Cass., 22 septembre 2011, *R.W.*, 2012-2013, pp. 427-428 et note de E. VAN DOOREN, « De dading in douanegeschillen » ; Civ. Nivelles, 21 mars 1997, *Amén.*, 1997, pp. 326-327 ; *R.P.D.B.*, v° Douanes et accises, t. IV, Bruxelles, Bruylant, 1950, pp. 212-213 ; M. FEYE et C. CARDYN, *Procédure fiscale contentieuse*, Bruxelles, Bruylant, 1935, p. 377 ; J. DE GAVRE *Le contrat de transaction en droit civil et en droit judiciaire privé*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1967, pp. 131-132 et 324-359 ; P. VANGERVEN, « La transaction en matière de douanes et accises », *J.T.*, 1969, p. 521, n° 6 ; A. VANDER STICHELE, « De dading in het administratief recht », in *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch : studia ab discipulis amicisque in honorem egregii professoris edita*, Bruxelles, Bruylant, 1972, pp. 692-693 ; C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil*, t. I, *Fonction et organisation judiciaire*, Bruxelles, Larcier, 1974, pp. 151-152 et 164 et s. ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, *Les principaux contrats usuels*, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 1972, n° 482 ; X. PARENT, « L'application de la loi fiscale – Les accords en droit fiscal : transactions, accords, individuels et ruling », *Act. dr.*, 1993, p. 355 ; B. TILLEMANN, I. CLAEYS, C. COUDRON et K. LOONTJENS, *Dading*, coll. A.P.R., Anvers, Story-Scientia, 2000 pp. 295 et s. ; P. NIHOUL, « La transaction administrative », in R. ANDERSEN, D. DÉOM et D. RENDERS (dir.), *Les sanctions administratives*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 669 ; E. VAN DE VELDE, « *Afspraken* met de fiscus : de grenzen, juridische kwalificatie en rechtsgevolgen », coll. Grondslagen van het fiscaal recht – Fondements du droit fiscal, Gand, Larcier, 2009, pp. 358 et s. ; D. RENDERS, T. BOMBOIS, B. GORS, C. THIEBAUT et L. VANSNICK, *Droit administratif*, t. III, *Le contrôle de l'administration*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 447, n° 938 ; A.-L. DURVIAUX, D. FISSE, B. MARÉCHAL et R. SIMAR, « L'arbitrage en droit public et l'expérience d'autres modes alternatifs de résolution des conflits en droit public », in D. RENDERS, P. DELVOLVÉ et T. TANQUEREL (dir.), *L'arbitrage en droit public*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 348-354 ; N. PORTUGAELS, « Enkele knelpunten bij een dading op de grens tussen het privaatrecht en publiekrecht », *T.B.P.*, 2014/4-5, p. 225 ; N. PORTUGAELS, « Douanerechtelijk transigeren : naar de kwalificatie van vaststellingsovereenkomst en een billijke toepassing van dwaling », *T.F.R.*, 2014, p. 709, n° 10 ; A. HENKES, « “Le droit

fiscal est d'ordre public !” *So what ?* – De la relativité de l'ordre public en droit fiscal et du rôle de la Cour », discours prononcé à l'occasion de la rentrée solennelle du 1<sup>er</sup> septembre 2016 de la Cour de cassation, pp. 83-84, *R.G.C.F.*, 2016, pp. 281-369, *J.T.*, 2017, n° 6671, pp. 2-8, [www.cassonline.be](http://www.cassonline.be). Voy. aussi J. KIRKPATRICK et S. NUDELHOC, « Le contrôle judiciaire des amendes fiscales et le principe de proportionnalité », note sous Cass., 5 février 1999, *R.C.J.B.*, 2002, pp. 573-652 ; E. WILLEMART, « Le pouvoir du Ministre des Finances d'accorder des remises ou des modérations d'amendes fiscales est-il soumis à un contrôle de pleine juridiction ? », in *Les sanctions administratives*, op. cit., pp. 604 et s.

<sup>5</sup> *R.P.D.B.*, v° Transaction, t. XIV, Bruxelles, Bruylant, 1953, pp. 774-779 ; J. DE GAVRE, *Le contrat de transaction en droit civil et en droit judiciaire privé*, op. cit. ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, op. cit., n° 482 et s. ; L. SIMONT, J. DE GAVRE et P.-A. FORIERS, « Les contrats spéciaux – Examen de jurisprudence (1976 à 1980) », *R.C.J.B.*, 1986, pp. 428-443 ; J. HERBOTS, C. PAUWELS et E. DEGROOTE, « Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten (1988-1994) », *T.P.R.*, 1997, pp. 1247-1267 ; P.-A. FORIERS, « Aspects du contrat de transaction et du règlement transactionnel », in *Les contrats spéciaux*, vol. 34, coll. CUP, Liège, Formation permanente CUP, 1999, pp. 107-154 ; B. TILLEMANN, I. CLAEYS, C. COUDRON et K. LOONTJENS, *Dading*, op. cit. ; L. SIMONT et P.-A. FORIERS, « Les contrats spéciaux – Examen de jurisprudence (1981 à 1991) », *R.C.J.B.*, 2001, pp. 553-587 ; J. HERBOTS, S. STIJNS, E. DEGROOTE, W. LAUWERS et I. SAMOY, « Overzicht van rechtspraak. Bijzondere Overeenkomsten (1995-1998) », *T.P.R.*, 2002, pp. 867-896 ; B. DE CONINCK, « La transaction », in *Les contrats spéciaux. Chronique de jurisprudence (1996-2000)*, coll. Les dossiers du J.T., n° 34, Bruxelles, Larcier, 2002, pp. 191-222 ; B. TILLEMANN, « Des transactions – Livre III – Titre XV », *J.T.*, 2004, n° 6132, p. 336 ; B. SINDIC, *Le contrat de transaction*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007 ; P. MARCHAL, « La transaction », *Rép. not.*, t. IX, I. X, Bruxelles, Larcier, 2013 ; F. GLANSORFF et E. VAN DEN HAUTE, *Traité de droit civil belge*, t. III, *Les contrats*, vol. 4, *Mandat, prêt, dépôt, transaction, contrats aléatoires*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 407-473.

<sup>6</sup> J. DE GAVRE, *Le contrat de transaction en droit civil et en droit judiciaire privé*, op. cit., pp. 217-224 ; A. VANDER STICHELE, « De dading in het administratief recht », op. cit., pp. 691-708 ; J. LINSMEAU, *L'arbitrage volontaire en droit privé belge*, Bruxelles, Bruylant, 1991, pp. 41-42, n° 43-44 ; P. WAETERINCKX et P. CABOOR, « Dading door de overheid », *C.D.P.K.*, 2001, pp. 229-251 ; B. CAMBIER et L. CAMBIER, « Médiateurs ou médiation en droit public », in *En hommage à Francis Delpérée – Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 2007, pp. 260-261 ; P. LEWALLE et L. DONNAY, *Contentieux administratif*, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 231-232 ; D. RENDERS, P. DELVOLVÉ et T. TANQUEREL (dir.), *L'arbitrage en droit public*, op. cit., pp. 4, 71-76, 162-163 et 321-368 ; D. RENDERS, T. BOMBOIS, B. GORS, C. THIEBAUT et L. VANSNICK, *Droit administratif*, t. III, *Le contrôle de l'administration*, op. cit., pp. 414, 431-433 et 453-454 ; K. TOBBACK et J. VAN CAYZEELE, « Dading door de overheid : bekwaamheid en bevoegdheid. Juridische grondslag en praktijkvoorbeelden », note sous Gand, 15 janvier 2011, *Entr. et dr.*, 2011, liv. 4,



pratique, la majeure partie des autorités publiques recourent au contrat de transaction pour terminer leurs litiges, bien que certaines doutent de leur capacité à transiger ou se demandent sur quels objets elles peuvent le faire<sup>7</sup>.

5. Le Code civil, en particulier en son titre XV du livre III intitulé « Des transactions », forme le droit commun applicable au contrat de transaction.

Lorsque l'une des parties à ce contrat est une autorité administrative, il faut tenir compte des règles et principes de droit public susceptibles d'exiger qu'il soit dérogé au droit commun<sup>8</sup>.

La présente étude a pour ambition d'étudier les spécificités du contrat de transaction conclu par au moins une autorité publique, dans le but de déterminer si celle-ci peut transiger et, le cas échéant, dans quelle mesure elle le peut.

Dans cette perspective, l'on étudie, tour à tour, les contours de l'institution en droit privé (I), puis, ceux qu'elle adopte en droit public (II).

## I. LE CONTRAT DE TRANSACTION EN DROIT PRIVÉ

6. En droit privé, toute personne a le droit de conclure un contrat de transaction (1), dans les limites de l'institution (2).

### 1. LE DROIT DE TRANSIGER

7. L'article 2044 du Code civil définit le contrat de transaction comme « un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître ».

Le contrat de transaction est plus précisément défini par Jacques De Gavre comme étant « la convention par laquelle deux ou plusieurs colli-

gants mettent fin à une situation qui leur paraît litigieuse, soumise ou non à la justice, et ce par le moyen de concessions réciproques, pouvant consister soit dans la renonciation à tout ou partie de leurs droits litigieux, soit dans l'abandon d'un bien non litigieux »<sup>9</sup>. La conséquence principale de l'institution, ajoute-t-il, est d'entraîner la « renonciation à toute action et prétention quant aux droits et biens dont elle comporte l'abandon »<sup>10</sup>.

8. L'article 2045 du Code civil prévoit que, si toute personne peut conclure un contrat de transaction, c'est à la condition de posséder la capacité de disposer des objets compris dans celui-ci.

L'on évoque successivement l'objectif (A), le moyen (B) et les effets (C) du contrat de transaction en droit privé.

#### A. L'objectif : l'extinction d'une contestation

9. L'article 2044 du Code civil – dont on a rapporté le contenu – évoque l'objectif du contrat de transaction, qui est de terminer une contestation née ou de prévenir une contestation à naître.

La conclusion d'un contrat de transaction requiert en effet que les parties possèdent l'*animus transactionis*, cette notion pouvant être définie comme l'intention de mettre un terme définitif à un litige par le biais de concessions réciproques<sup>11</sup>.

10. Les auteurs du Code civil ont utilisé, tour à tour, les termes « différend »<sup>12</sup>, « contestation »<sup>13</sup> ou encore « affaires »<sup>14</sup> pour déterminer l'objet auquel la transaction met fin, dans l'intention de désigner une procédure juridictionnelle<sup>15</sup>.

Cette conception, qualifiée de procédurale, est aujourd'hui abandonnée au profit d'une conception plus large, dans laquelle la notion de litige se substitue à la notion de procédure juridictionnelle<sup>16</sup>. Dans cette conception moderne, il faut mais il suffit que les parties connaissent une opposition d'intérêts d'ordre juridique, matérialisée par des prétentions opposées relatives à un même objet<sup>17</sup>.

pp. 394-414 ; N. PORTUGAELS, « Enkele knelpunten bij een dading op de grens tussen het privaats- en publiekrecht », *T.B.P.*, 2014, pp. 218-231 ; A. NYALUMA MULAGANO, *Les modes alternatifs de règlement des conflits. Une clé d'accès à la justice administrative congolaise ?*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 282-283, 291, 296-297, 300 et 349-353 ; D. RENDERS, *Droit administratif général*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 595 ; E. LANCKSWEERDT, *Alternatieve conflictoplossing met de overheid*, Bruges, die Keure, 2017, pp. 263-266.

<sup>7</sup> B. CAMBIER et L. CAMBIER, « Médiateurs ou médiation en droit public », *op. cit.*, p. 259.

<sup>8</sup> C. CAMBIER, *Droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 1968, pp. 274-275 ; B. GORS, « Le principe de mutabilité », in H. DUMONT, P. JADOU, B. LOMBAERT, F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Le service public*, t. II, *Les « lois » du service public*, Bruxelles, la Charte, 2009, pp. 127-135 ; K. WAUTERS, « Zin of onzin van een leer van het administratief contract in België ? », in K. DEKETELAERE (éd.), *Liber Amicorum Marc Boes*, Bruges, die Keure, 2011, pp. 589-607 ; K. WAUTERS et A. PERCY, « Le visage contractuel de l'administration », in P. D'ARGENT, D. RENDERS et M. VERDUSSEN (éd.), *Les visages de l'État – Liber Amicorum Yves Lejeune*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 821 et 829 ; B. GORS, « Du changement à la mutabilité, en passant par l'adaptation continue : retour sur une loi particulière du service public dominant l'action administrative en général », in S. BEN MESSAOUD et F. VISEUR (coord.), *Les principes généraux de droit administratif. Actualités et applications pratiques*, coll. Conférence du jeune barreau, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 371-377.

<sup>9</sup> J. DE GAVRE, *Le contrat de transaction en droit civil et en droit judiciaire privé*, *op. cit.*, p. 78, n° 49.

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, *op. cit.*, n° 483 ; J. DE GAVRE, *Le contrat de transaction en droit civil et en droit judiciaire privé*, *op. cit.*, p. 53, n° 28 ; B. TILLEMANN, I. CLAEYS, C. COUDRON et K. LOONTJENS, *Dading*, *op. cit.*, pp. 31-32 ; B. SINDIC, *Le contrat de transaction*, *op. cit.*, p. 59, n° 11 ; P. MARCHAL, « La transaction », *op. cit.*, p. 36, n° 15.

<sup>12</sup> Art. 2048 et 2049 C. civ.

<sup>13</sup> Art. 2044 et 2053 C. civ.

<sup>14</sup> Art. 2057 C. civ.

<sup>15</sup> H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, *op. cit.*, n° 483 ; J. DE GAVRE, *Le contrat de transaction en droit civil et en droit judiciaire privé*, *op. cit.*, p. 29, n° 9 ; B. TILLEMANN, I. CLAEYS, C. COUDRON et K. LOONTJENS, *Dading*, *op. cit.*, pp. 24-29.

<sup>16</sup> J. DE GAVRE, *Le contrat de transaction en droit civil et en droit judiciaire privé*, *op. cit.*, p. 29, n° 9 ; B. TILLEMANN, I. CLAEYS, C. COUDRON et K. LOONTJENS, *Dading*, *op. cit.*, p. 25, n° 51 ; P. MARCHAL, « La transaction », *op. cit.*, p. 31, n° 7.

<sup>17</sup> J. DE GAVRE, *Le contrat de transaction en droit civil et en droit judiciaire privé*, *op. cit.*, p. 31, n° 11 ; B. TILLEMANN, I. CLAEYS, C. COUDRON et



La transaction peut ainsi intervenir indépendamment de toute procédure judiciaire, comme au cours de celle-ci. Elle peut également intervenir après un jugement, tant qu'il n'est pas encore devenu définitif ou sur les litiges issus de l'exécution ou liés à l'interprétation de ce jugement<sup>18</sup>.

11. L'opposition d'intérêts d'ordre juridique dont il est question peut porter tant sur une question de droit que sur une question de fait, sur un droit pris dans son ensemble comme sur une seule partie de ce droit, de même qu'elle peut concerner une situation d'ensemble ou un point déterminé d'une situation<sup>19</sup>.

### B. Le moyen : un contrat impliquant des concessions réciproques

12. L'article 2044 du Code civil évoque l'objectif du contrat de transaction, mais ne précise pas le moyen de le mettre en œuvre.

La doctrine et la jurisprudence ont pallié cette lacune du Code civil en précisant que le moyen permettant de régler le conflit réside dans l'octroi de concessions réciproques entre les parties au contrat<sup>20</sup>.

13. Concrètement, par le biais du contrat de transaction, les parties s'engagent à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.

Pour que le contrat de transaction puisse ainsi être qualifié, il est nécessaire que les obligations souscrites par les parties constituent, pour chacune d'elles, des concessions faites à l'autre, sans que cela n'implique la reconnaissance du bien-fondé des prétentions de l'autre partie<sup>21</sup>.

Plus précisément, la concession réside dans la renonciation à un droit, à une action ou à une prétention<sup>22</sup>. C'est ce qu'exprime l'article 2048 du Code civil, qui prévoit que « les transactions se renferment dans leur objet : la renonciation qui y est faite à tous droits, actions et prétentions, ne s'entend que de ce qui est relatif au différend qui y a donné lieu ».

14. La condition permet de distinguer le contrat de transaction d'institutions voisines, telles que le désistement<sup>23</sup> – qu'il soit d'instance, d'action ou d'un acte de procédure – et l'acquiescement<sup>24</sup>, dès lors qu'au sein de ces mécanismes, seule une des parties agit de façon unilatérale, sans que son action ne trouve nécessairement sa cause dans une concession de l'autre partie.

15. Du reste, l'on précise que le contrat de transaction est soumis au droit commun des contrats, à l'exception notable du régime de l'erreur de droit.

Le deuxième alinéa de l'article 2052 du Code civil déroge, en effet, au droit commun des contrats, en ce qu'il prévoit que le contrat de transaction ne peut être annulé pour cause d'erreur de droit<sup>25</sup>.

### C. Les effets : l'anéantissement d'un litige

16. L'objectif du contrat de transaction se rencontre par le déploiement de ses effets, dès lors que, d'une part, il donne naissance à des droits et obligations (a) et que, d'autre part, il met fin à un litige en l'empêchant de renaître (b).

#### a. La naissance de droits et obligations

17. En transigeant, les parties se font des concessions réciproques, qui consistent en des obligations de donner, de faire ou de ne pas faire.

Les parties sont contraintes d'exécuter les obligations issues du contrat noué<sup>26</sup>, au risque de se

K. LOONTJENS, *Dading*, op. cit., pp. 25-26, n° 53 ; P. MARCHAL, « La transaction », op. cit., p. 31, n° 7.

<sup>18</sup> B. TILLEMANN, I. CLAEYS, C. COUDRON et K. LOONTJENS, *Dading*, op. cit., pp. 25, n° 52 ; B. SINDIC, *Le contrat de transaction*, op. cit., pp. 58, n° 9, 29 et 74.

<sup>19</sup> H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, op. cit., n° 483.

<sup>20</sup> Cass., 16 avril 1953, *Pas.*, 1953, I, p. 614 ; Cass., 26 septembre 1974, *Pas.*, 1975, I, p. 111, *R.W.*, 1974-1975, p. 1125 ; Cass., 19 juin 1989, *Pas.*, 1989, I, p. 1145, *J.T.T.*, 1989, p. 349 ; Cass., 31 mars 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 343, *R.W.*, 1994-1995, p. 105 ; Cass., 19 septembre 2001, *Pas.*, 2001, p. 1420, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1208, *R.G.A.R.*, 2003, p. 13658, *R.W.*, 2005-2006, p. 459 ; Cass., 31 octobre 2005, *Pas.*, 2005, p. 2084, *R.W.*, 2008-2009, p. 492 ; Cass., 19 mars 2012, *Pas.*, 2012, pp. 631-638, *R.C.J.B.*, 2014/4, pp. 651-662 ; Cass., 2 avril 2017, *Rev. Not.*, 2017/7, n° 3120, pp. 559-561, note D. STERCKX, *J.T.*, 2017/19, n° 6689, p. 350, note F. GLANSORFF ; Mons, 23 janvier 1990, *R.G.D.C.*, 1992, p. 156, note Y. MERCIERS, *Rev. rég. dr.*, 1990, p. 232 ; Gand, 11 mars 2013, *R.G.D.C.*, 2016, pp. 179-182 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, op. cit., n° 482 ; J. DE GAVRE, *Le contrat de transaction en droit civil et en droit judiciaire privé*, op. cit., p. 21, n° 1 ; A. VANDER STICHELE, « De dading in het administratief recht », op. cit., p. 692 ; B. TILLEMANN, I. CLAEYS, C. COUDRON et K. LOONTJENS, *Dading*, op. cit., pp. 4-5, n° 2 ; L. SIMONT et P.-A. FORIERS, « Examen de jurisprudence (1981 à 1991) – Les contrats spéciaux », op. cit., p. 553, n° 292 ; B. SINDIC, *Le contrat de transaction*, op. cit., p. 55, n° 5 ; P. MARCHAL, « La transaction », op. cit., p. 29, n° 2.

<sup>21</sup> Cass., 26 septembre 1974, *Pas.*, 1975, I, p. 111, *R.W.*, 1974-1975, p. 1125 ; Cass., 19 juin 1989, *Pas.*, 1989, I, 1145, *J.T.T.*, 1989, p. 349 ; Cass., 31 mars 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 343, *R.W.*, 1994-95, p. 105 ; Cass., 31 octobre 2005, *Pas.*, 2005, p. 2084, *R.W.*, 2008-2009, p. 492 ; P. MARCHAL, « La transaction », op. cit., p. 30, n° 6.

<sup>22</sup> J. DE GAVRE, *Le contrat de transaction en droit civil et en droit judiciaire privé*, op. cit., pp. 54 et s. ; B. TILLEMANN, I. CLAEYS, C. COUDRON et K. LOONTJENS, *Dading*, op. cit., p. 34, n° 73 et 74 ; B. SINDIC, *Le contrat de transaction*, op. cit., p. 60, n° 13 ; P. MARCHAL, « La transaction », op. cit., p. 32, n° 10.

<sup>23</sup> Art. 820 et s. C. jud. ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, op. cit., n° 482 ; J. DE GAVRE, *Le contrat de transaction en droit civil et en droit judiciaire privé*, op. cit., pp. 104 et s., n° 72 ; A. VANDER STICHELE, « De dading in het administratief recht », op. cit., p. 693 ; L. SIMONT et P.-A. FORIERS, « Examen de jurisprudence (1981 à 1991) – Les contrats spéciaux », op. cit., p. 553 ; B. SINDIC, *Le contrat de transaction*, op. cit., p. 59, n° 12 ; P. MARCHAL, « La transaction », op. cit., pp. 29-30 et 36 et s.

<sup>24</sup> Art. 1044, al. 1<sup>er</sup>, C. jud. ; Cass., 19 juin 1989, *Pas.*, 1989, I, p. 1145, *J.T.T.*, 1989, p. 349 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, op. cit., n° 482 ; J. DE GAVRE, *Le contrat de transaction en droit civil et en droit judiciaire privé*, op. cit., pp. 104 et s., n° 72 ; L. SIMONT et P.-A. FORIERS, « Examen de jurisprudence (1981 à 1991) – Les contrats spéciaux », op. cit., p. 554, n° 292 ; B. SINDIC, *Le contrat de transaction*, op. cit., p. 59, n° 12 ; P. MARCHAL, « La transaction », op. cit., pp. 29-30 et 36 et s.

<sup>25</sup> H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, op. cit., n° 515 ; C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil*, op. cit., p. 154 ; B. SINDIC, *Le contrat de transaction*, op. cit., pp. 106-110 ; P. MARCHAL, « La transaction », op. cit., p. 144.

<sup>26</sup> H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, op. cit., n° 508 ; B. SINDIC, *Le contrat de transaction*, op. cit., pp. 133 et s.



confronter au régime de droit commun des sanctions de l'inexécution contractuelle<sup>27</sup>.

*b. L'autorité de chose jugée en dernier ressort*

18. L'article 2052, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil dispose, par ailleurs, que « les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort ».

L'autorité de chose jugée en dernier ressort dont jouit le contrat de transaction s'oppose à ce que les parties reviennent sur les termes de leur accord. À l'instar du jugement, la transaction conduit donc au règlement d'une contestation et, surtout, l'empêche de renaître<sup>28</sup>.

Le contrat de transaction permet, en effet, à une partie au contrat d'opposer « l'exception de chose transigée » – qui constitue une fin de non-recevoir<sup>29</sup> – à la demande de l'autre partie visant à porter devant un juge le litige sur lequel elles ont préalablement transigé<sup>30</sup>. En outre, lorsqu'il est conclu en cours de procédure, le contrat de transaction a pour effet de dessaisir le juge devant qui la cause est pendante, à l'égard de l'objet de la transaction<sup>31</sup>.

Après avoir transigé, aucune partie ne pourra donc engager, continuer, ou reprendre une procédure judiciaire ayant pour objet le même litige<sup>32</sup>.

19. À l'instar de l'exception de chose jugée, l'exception de chose transigée ne peut être opposée que si l'action judiciaire possède un objet et une cause identiques à ceux de la transaction. Elle doit, en outre, concerner les mêmes parties agissant en la même qualité<sup>33</sup>.

L'exception peut être soulevée en tout état de cause devant le juge du fond ainsi qu'en degré d'appel<sup>34</sup>.

<sup>27</sup> H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, op. cit., n<sup>os</sup> 508, 510 et 525 ; B. TILLEMANN, I. CLAEYS, C. COUDRON et K. LOONTJENS, *Dading*, op. cit., pp. 453 et s. ; B. SINDIC, *Le contrat de transaction*, op. cit., p. 133, n<sup>o</sup> 97 ; P. MARCHAL, « La transaction », op. cit., p. 129, n<sup>o</sup> 102.

<sup>28</sup> H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, op. cit., n<sup>o</sup> 508 ; C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil*, op. cit., p. 157 ; B. TILLEMANN, I. CLAEYS, C. COUDRON et K. LOONTJENS, *Dading*, op. cit., pp. 421 et s. ; B. SINDIC, *Le contrat de transaction*, op. cit., p. 76 ; P. MARCHAL, « La transaction », op. cit., p. 123, n<sup>o</sup> 94 ; J. VAN COMPENOLLE et G. DE LEVAL « La transaction inexécutée n'éteint pas le litige », note sous Bruxelles, 10 octobre 2014, *Rev. not. b.*, 2015, pp. 81-86 ; G. CLOSSET-MARCHAL, « La transaction civile met-elle fin au litige ? », note sous Bruxelles, 10 octobre 2014, *R.G.D.C.*, 2017/7, pp. 417-419.

<sup>29</sup> B. TILLEMANN, I. CLAEYS, C. COUDRON et K. LOONTJENS, *Dading*, op. cit., p. 426, n<sup>o</sup> 879 ; B. SINDIC, *Le contrat de transaction*, op. cit., p. 75, n<sup>o</sup> 30.

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil*, op. cit., p. 157 ; B. SINDIC, *Le contrat de transaction*, op. cit., p. 82, n<sup>o</sup> 36 ; P. MARCHAL, « La transaction », op. cit., p. 123, n<sup>o</sup> 94.

<sup>32</sup> B. SINDIC, *Le contrat de transaction*, op. cit., p. 74, n<sup>o</sup> 30.

<sup>33</sup> Art. 23 C. jud. ; B. SINDIC, *Le contrat de transaction*, op. cit., p. 77, n<sup>o</sup> 31 ; P. MARCHAL, « La transaction », op. cit., p. 123, n<sup>o</sup> 94.

<sup>34</sup> B. TILLEMANN, I. CLAEYS, C. COUDRON et K. LOONTJENS, *Dading*, op. cit., p. 427 ; B. SINDIC, *Le contrat de transaction*, op. cit., p. 76, n<sup>o</sup> 31.

## 2. LES LIMITES AU DROIT DE TRANSIGER

20. L'examen du cadre juridique du contrat de transaction en droit privé impose d'en examiner les limites, qui n'affectent pas l'objectif (A.), mais bien le moyen (B.) et, dans une moindre mesure, les effets du contrat de transaction (C.).

### A. Les limites afférentes à l'objectif

21. Il n'existe pas de litiges qui, en raison de leur nature ou de leur objet, ne peuvent être résolus par un contrat de transaction.

Ainsi que le révèlent les travaux préparatoires de la loi du 21 février 2005 « modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation »<sup>35</sup>, c'est au regard de l'accord conclu et, plus spécifiquement, des concessions faites par les parties que s'apprécie la validité du contrat de transaction<sup>36</sup>.

Dans cette perspective, l'on est enclin à considérer qu'une transaction peut être envisagée dans une matière d'ordre public, dès lors que l'ordre public n'interdit pas la transaction, mais réduit seulement la marge de manœuvre des parties<sup>37</sup>.

### B. Les limites afférentes au moyen

22. Si tout litige peut, *a priori*, être résolu par le biais d'un contrat de transaction, la question se pose de savoir ce que les parties peuvent concéder par le biais d'un tel contrat.

23. Les règles du droit commun des contrats, contenues notamment aux articles 1108 et suivants du Code civil, s'appliquent à l'objet du contrat de transaction.

Celui-ci doit, ainsi, être dans le commerce, en vertu de l'article 1128 du Code civil.

Le premier alinéa de l'article 2045 du Code civil précise, à cet égard, que « pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction », mettant en exergue le fait que le contrat de transaction est un acte de disposition, qui implique une renonciation définitive à son objet<sup>38</sup>. Partant, le contrat de transaction ne peut comporter de concessions que sur des droits qui sont disponibles.

24. L'objet du contrat de transaction doit, par ailleurs, être licite et conforme à l'ordre public et

<sup>35</sup> *M.B.*, 22 mars 2005.

<sup>36</sup> Projet de loi modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2004-2005, n<sup>o</sup> 51-327/12, pp. 3-4 ; J. DE GAVRE, *Le contrat de transaction en droit civil et en droit judiciaire privé*, op. cit., p. 269 ; A.-L. DURVIAUX, D. FISSE, B. MARÉCHAL et R. SIMAR, « L'arbitrage en droit public et l'expérience d'autres modes alternatifs de résolution des conflits en droit public », op. cit., pp. 331-332 et 367.

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> J. DE GAVRE, *Le contrat de transaction en droit civil et en droit judiciaire privé*, op. cit., p. 270.



aux bonnes mœurs, en vertu de l'article 6 du Code civil.

Ce principe général du droit des contrats interdit notamment aux parties de déroger à une règle d'ordre public ou de renoncer à son bénéfice par le biais d'un contrat de transaction<sup>39</sup>, au risque d'entacher leur accord de nullité absolue<sup>40</sup>.

### C. Les limites afférentes aux effets

25. L'autorité de chose jugée du contrat de transaction prévue à l'article 2052 du Code civil fait obstacle à toute remise en question de l'accord qui serait conclu, sauf à démontrer que le contrat de transaction est entaché d'une cause de nullité tenant, par exemple, à un vice de consentement ou à la contrariété de l'objet avec l'ordre public<sup>41</sup>.

La partie qui souhaite mettre en échec l'exception de chose transigée peut également tenter de démontrer que l'on ne se situe pas dans le cadre d'un litige possédant un objet et une cause identiques, ou que le litige ne concerne pas les mêmes parties agissant en la même qualité.

26. Une autre limite aux effets de la transaction, exposée dans un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 10 octobre 2014, réside dans le fait que seule une transaction exécutée met un terme au litige et empêche la réitération de la demande<sup>42</sup>. Une partie ne peut donc invoquer l'exception de transaction que si elle a respecté les termes de la transaction.

27. De surcroît, l'exception de chose transigée n'est pas d'ordre public<sup>43</sup>.

Il en résulte que les parties peuvent y renoncer dans le cadre d'une nouvelle procédure judiciaire, sans que le juge ne puisse la soulever d'office<sup>44</sup>.

Il s'en déduit, par ailleurs, que l'exception de chose transigée ne saurait être soulevée pour la première fois devant la Cour de cassation<sup>45</sup>.

## II. LE CONTRAT DE TRANSACTION EN DROIT PUBLIC

28. Si l'autorité publique dispose, comme la personne de droit privé, du droit de transiger (1), c'est dans les limites de l'institution, qui adoptent des contours particuliers dans l'hypothèse où au moins une des parties au contrat de transaction est une autorité publique (2).

### 1. LE DROIT DE TRANSIGER

29. À l'instar d'autres modes alternatifs de résolution des conflits, le contrat de transaction permet à l'autorité publique de régler ses litiges en marge des juridictions (A). L'on examine les contours du contrat conclu par l'autorité publique à cette fin (B), de même que ses effets (C).

#### A. L'objectif : l'extinction d'une contestation

30. L'autorité publique est autorisée à régler ses conflits en marge des juridictions, qu'elles soient judiciaires ou administratives.

L'on constate, en effet, qu'en pratique, le contentieux administratif a connu le développement progressif de plusieurs modes alternatifs de résolution des conflits, que l'on tente de présenter brièvement.

Parmi les modes alternatifs de règlement des conflits présents en droit public, l'on trouve notamment la saisine du médiateur institutionnel<sup>46</sup>,

<sup>39</sup> B. SINDIC, *Le contrat de transaction*, op. cit., p. 77, n° 31 ; P. MARCHAL, « La transaction », op. cit., p. 123, n° 94.

<sup>40</sup> Voy. not. la loi du 22 mars 1995 « instituant des médiateurs fédéraux » (M.B., 7 avril 1995) ; le décret de la Communauté flamande du 7 juillet 1998 « instaurant le service de médiation flamand » (M.B., 25 août 1998) ; le décret de la Communauté germanophone du 26 mai 2009 « instituant la fonction de médiateur pour la Communauté germanophone » (M.B., 7 octobre 2009) ; l'accord de coopération conclu le 3 février 2011 entre la Communauté française et la Région wallonne « portant création d'un service de médiation commun à la Communauté française et à la Région wallonne », (M.B., 15 septembre 2011), auquel il est porté assentiment par le décret de la Communauté française du 17 mars 2011 « portant assentiment à [...] » (M.B., 15 septembre 2011) et par deux décrets de la Région wallonne du 31 mars 2011 « portant assentiment à [...] » (M.B., 15 septembre 2011) ; F. DELPÉRIE (dir.), *Le médiateur*, Bruxelles, Bruylant, 1995 ; D. RENDERS et T. BOMBOIS, « La médiation en droit public », in P.-P. RENSON (dir.), *La médiation. Voie d'avenir aux multiples facettes ou miroir aux alouettes ?*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, pp. 141-182 ; P. LEWALLE et L. DONNAY, *Contentieux administratif*, op. cit., pp. 233-302 ; D. RENDERS et T. BOMBOIS, « Pour une pluralité de médiateurs en droit public », *Rev. dr. U.L.B.*, 2008, pp. 230-277 ; D. RENDERS, T. BOMBOIS, B. GORS, C. THIEBAUT et L. VANSNICK, *Droit administratif*, t. III, *Le contrôle de l'administration*, op. cit., pp. 140-171 ; B. BLERO et F. SCHRAM (dir.), *Un médiateur fédéral consolidé pour le 21<sup>e</sup> siècle : des réformes nécessaires*, Limal, Anthemis, 2011 ; A. NYALUMA MULAGANO, *Les modes alternatifs de règlement des conflits. Une clé d'accès à la justice administrative congolaise ?*, op. cit., pp. 225-246 ; J. SOHIER, « Le Conseil d'État et la médiation institutionnelle », *A.P.T.*, 2016, pp. 411 et s. ;

<sup>39</sup> Exposé des motifs relatif au projet de loi modifiant la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 53-2743/001, p. 10 ; L. SIMONT et P.-A. FORIERS, « Examen de jurisprudence (1981 à 1991) – Les contrats spéciaux », op. cit., p. 569, n° 301 ; D. RENDERS, T. BOMBOIS, B. GORS, C. THIEBAUT et L. VANSNICK, *Droit administratif*, t. III, *Le contrôle de l'administration*, op. cit., pp. 414 et 431 ; A.-L. DURVIAUX, D. FISSE, B. MARÉCHAL et R. SIMAR, « L'arbitrage en droit public et l'expérience d'autres modes alternatifs de résolution des conflits en droit public », op. cit., p. 331 ; P. MARCHAL, « La transaction », op. cit., p. 98, n° 76.

<sup>40</sup> D. DÉOM, « Les instruments du droit administratif à l'épreuve des "partenariats public-privé" », in B. LOMBAERT (dir.) *Les partenariats public-privé (P.P.P.) : un défi pour le droit des services publics*, Bruxelles, la Charte, 2005, p. 217 ; P. MARCHAL, « La transaction », op. cit., p. 96, n° 72.

<sup>41</sup> B. SINDIC, *Le contrat de transaction*, op. cit., pp. 73 et 96 et s.

<sup>42</sup> Bruxelles, 10 octobre 2014, n° F-20141010-1, www.juridat.be ; J. VAN COMPENOLLE et G. DE LEVAL, « La transaction inexécutée n'ôte pas le litige », note sous Bruxelles, 10 octobre 2014, *Rev. not.*, 2015/1, n° 3092, pp. 81-86 ; G. CLOSSET-MARCHAL, « La transaction civile met-elle fin au litige ? », note sous Bruxelles, 10 octobre 2014, *R.G.D.C.*, 2017/7, pp. 417-419.

<sup>43</sup> B. SINDIC, *Le contrat de transaction*, op. cit., p. 77, n° 31 ; P. MARCHAL, « La transaction », op. cit., p. 123, n° 94.

<sup>44</sup> Mons, 29 juin 2012, *J.L.M.B.*, 2013, p.415, cité par P. MARCHAL, « La transaction », op. cit., p. 123, n° 94.



la conciliation<sup>47</sup>, l'arbitrage<sup>48</sup> et la médiation processuelle<sup>49</sup>.

31. Les deux premiers modes de résolution des conflits se sont paisiblement ancrés en droit public.

La saisine de l'*ombudsman* est considérée comme une voie de recours efficace<sup>50</sup>, en particulier depuis que l'article 19, § 3, des lois coordonnées « sur le Conseil d'État »<sup>51</sup> consacre la suspension du délai de recours au Conseil d'État lorsqu'une réclamation est introduite auprès d'une personne investie de la fonction de médiateur par une loi, un décret ou une ordonnance, jusqu'à ce que celui-ci ait statué ou, au plus tard, à l'expiration d'un délai de quatre mois à dater de l'introduction de la réclamation<sup>52</sup>.

Pour sa part, la conciliation, ici entendue au sens de l'article 731 du Code judiciaire<sup>53</sup>, est, en

droit public, consacrée par des dispositions législatives éparpillées<sup>54</sup>.

32. Le législateur fait, en revanche, preuve de davantage de scepticisme à l'égard de l'arbitrage et de la médiation processuelle<sup>55</sup>.

Si le Code judiciaire a institutionnalisé l'arbitrage en droit public, ce n'est qu'au profit des litiges contractuels, sauf pour une loi ou un arrêté royal délibéré en Conseil des ministres à étendre cette possibilité à d'autres domaines<sup>56</sup>.

Par ailleurs, bien qu'il soit plaidé en doctrine que l'autorité publique peut participer à une médiation en dehors du cadre prévu par le Code judiciaire, celui-ci tient, pour l'heure<sup>57</sup>, l'autorité publique à l'écart de ce mode de règlement des litiges, sauf – ici encore – pour une loi ou un arrêté royal délibéré en Conseil des Ministres à l'habiliter à ce faire<sup>58</sup>.

33. Dès lors que le droit public accueille – dans une certaine mesure – les modes alternatifs de résolution des conflits, rien ne semble s'opposer au principe d'un règlement amiable par le biais d'un contrat de transaction.

En outre, le contrat de transaction paraît pouvoir résister à certaines critiques faites à d'autres modes alternatifs de résolution des conflits.

La raison en est qu'en ce qui concerne le contrat de transaction, ce sont les parties elles-mêmes et leurs éventuels conseils, en principe seuls présents lors des négociations, qui définissent leurs engagements. De cette manière, le règlement du litige n'est pas abandonné aux mains d'un arbitre<sup>59</sup>, ou, dans une moindre mesure, dans celles d'un médiateur.

## B. Le moyen : un contrat impliquant des concessions réciproques

34. Afin de résoudre amiablement le litige qui les oppose, l'autorité publique et son cocontractant se font des concessions réciproques, qu'ils consentent au sein du contrat de transaction.

par transaction, peut être préalablement soumise, à la requête d'une des parties ou de leur commun accord, à fin de conciliation au juge compétent pour en connaître au premier degré de juridiction ».

<sup>47</sup> Art. 1<sup>er</sup>, al. 2, de la loi du 12 janvier 1993 « concernant un droit d'action en matière de protection de l'environnement » (*M.B.*, 19 février 1993) ; art. 24 de la loi du 16 juillet 1973 « garantissant la protection des tendances idéologiques et philosophiques » (*M.B.*, 16 octobre 1973) ; A. CULOT, « Droits de succession et de mutation par décès – Taxe compensatoire des droits de succession », *Rép. not.*, t. XV, *Droit fiscal*, l. 2/1, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 1509 et s.

<sup>48</sup> B. CAMBIER et L. CAMBIER, « Médiateurs ou médiation en droit public », *op. cit.*, p. 259 ; P. LEWALLE et L. DONNAY, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 225.

<sup>49</sup> Art. 1676 C. jud.

<sup>50</sup> Voy. toutefois, le projet de loi portant dispositions diverses en matières de droit civil et portant modification du Code judiciaire en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 2919/001.

<sup>51</sup> Art. 1724 C. jud. Voy. not. D. RENDERS, T. BOMBOIS, B. GORS, C. THIEBAUT et L. VANSNICK, *Droit administratif*, t. III, *Le contrôle de l'administration*, *op. cit.*, pp. 407-421 et P.-F. HENRARD, « La médiation en droit administratif : ébauche d'un mode d'emploi », *op. cit.*, pp. 359-381.

<sup>52</sup> M. LEROY, « Introduction », in *L'arbitrage en droit public*, *op. cit.*, p. 4.

D. RENDERS et R. BORN, « Le médiateur institutionnel ne devrait-il pas pouvoir être saisi d'une réclamation formée contre tout visage incarnant le service public ? », in *Les visages de l'État – Liber Amicorum Yves Lejeune*, *op. cit.*, pp. 673-695 ; E. LANCKSWERDT, *Alternatieve conflictoplossing met de overheid*, *op. cit.*, pp. 119-129.

<sup>47</sup> Art. 731 C. jud. ; P. LEWALLE et L. DONNAY, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 230 ; A. NYALUMA MULAGANO, *Les modes alternatifs de règlement des conflits. Une clé d'accès à la justice administrative congolaise ?*, *op. cit.*, pp. 313-335.

<sup>48</sup> M.-A. FLAMME, « L'arbitrage dans les relations entre personnes de droit public et personnes de droit privé », *R.J.D.A.*, 1965, p. 247 ; D. LAGASSE, « L'arbitrage en droit administratif. Faut-il ouvrir plus largement l'accès des personnes publiques à la procédure arbitrale ? », *A.P.T.*, 1993, pp. 149-158 ; D. RENDERS, P. DELVOLVÉ et T. TANQUEREL (dir.), *L'arbitrage en droit public*, *op. cit.* ; D. RENDERS, T. BOMBOIS, B. GORS, C. THIEBAUT et L. VANSNICK, *Droit administratif*, t. III, *Le contrôle de l'administration*, *op. cit.*, pp. 421-491 ; A. NYALUMA MULAGANO, *Les modes alternatifs de règlement des conflits. Une clé d'accès à la justice administrative congolaise ?*, *op. cit.*, pp. 345-361 ; D. RENDERS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, pp. 592-596 ; E. LANCKSWERDT, *Alternatieve conflictoplossing met de overheid*, *op. cit.*, pp. 130-142.

<sup>49</sup> F. DELPÉRIE, « Administration et médiation », *A.P.T.*, 1982, pp. 218 et s. ; E. LANCKSWERDT, « Bemiddeling in het bestuursrecht », in *Gedogen en bemiddelen in het bestuursrecht*, Bruges, die Keure, 2003, pp. 142-184 ; E. LANCKSWERDT, « Bemiddeling met en door gemeenten », *T. Gem.*, 2003, pp. 96-130 ; L. DE GEYTER, *Bemiddeling in het bestuursrecht. Alternatieve methoden tot beslechting van bestuursgeschillen*, Bruges, die Keure, 2006 ; B. CAMBIER et L. CAMBIER, « Médiateurs ou médiation en droit public », *op. cit.*, pp. 259 et s. ; D. RENDERS et T. BOMBOIS, « La médiation en droit public », in P.-P. RENSON (dir.), *La médiation. Voie d'avenir aux multiples facettes ou miroir aux alouettes ?*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, pp. 182 et s. ; D. RENDERS et T. BOMBOIS, « Pour une pluralité de médiateurs en droit public », *Rev. dr. U.L.B.*, 2008, pp. 277-312 ; D. RENDERS, T. BOMBOIS, B. GORS, C. THIEBAUT et L. VANSNICK, *Droit administratif*, t. III, *Le contrôle de l'administration*, *op. cit.*, pp. 407-421 ; E. LANCKSWERDT, « Naar een faciliterende wetgeving voor bemiddeling met openbaar besturen », *T.B.P.*, 2010, pp. 511-530 ; P.-F. HENRARD, « La médiation en droit administratif : ébauche d'un mode d'emploi », *A.P.T.*, 2015, pp. 359-381 ; A. NYALUMA MULAGANO, *Les modes alternatifs de règlement des conflits. Une clé d'accès à la justice administrative congolaise ?*, *op. cit.*, pp. 277-300 ; D. RENDERS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, pp. 591-592 ; E. LANCKSWERDT, *Alternatieve conflictoplossing met de overheid*, *op. cit.*, pp. 103-119.

<sup>50</sup> D. RENDERS et R. BORN, « Le médiateur institutionnel ne devrait-il pas pouvoir être saisi d'une réclamation formée contre tout visage incarnant le service public ? », *op. cit.*, p. 675.

<sup>51</sup> *M.B.*, 21 mars 1973, modifié par l'article 7, 3°, de la loi du 20 janvier 2014 « portant réforme de la compétence, de la procédure et de l'organisation du Conseil d'État » (*M.B.*, 3 février 2014) ; D. RENDERS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, pp. 533-534.

<sup>52</sup> Modifié par la loi du 20 janvier 2014 « portant réforme de la compétence, de la procédure et de l'organisation du Conseil d'État » (*M.B.*, 3 février 2014).

<sup>53</sup> L'article 731 du Code judiciaire prévoit que « sans préjudice des dispositions des articles 1724 à 1737, toute demande principale introductive d'instance entre parties capables de transiger et sur des objets susceptibles d'être réglés



La question se pose de savoir quels sont les fondements qui permettent à l'autorité publique de conclure un contrat de transaction (a). L'on s'emploie ensuite à déterminer l'organe compétent pour conclure un contrat de transaction au sein de la personne morale de droit public (b).

#### a. Les fondements du droit de transiger

35. À l'instar d'auteurs qui soutiennent que l'autorité publique ne peut conclure sans qu'un fondement normatif l'y habilite<sup>60</sup>, plusieurs auteurs<sup>61</sup> soutiennent que déterminer un fondement légal ou constitutionnel qui autorise l'autorité publique à transiger est essentiel au regard du principe de l'attribution des compétences, consacré notamment par l'article 105 de la Constitution et par l'article 78 de la loi spéciale du 8 août 1980 « de réformes institutionnelles »<sup>62</sup>, aux termes desquels le pouvoir exécutif n'a d'autres compétences que celles que lui attribuent la Constitution et les lois portées en vertu de celle-ci.

36. En toute hypothèse, qu'un fondement constitutionnel ou législatif autorisant l'autorité publique à transiger soit – ou non – requis<sup>63</sup>, la capacité à transiger de l'autorité publique semble découler de sa capacité juridique, et plus précisément de l'article 1123 du Code civil (a.1.). En outre, un fondement peut être trouvé dans des textes qui autorisent implicitement ou expressément certaines autorités publiques à transiger (a.2.), de même qu'il peut s'agir de l'article 1676, § 2, du Code judiciaire (a.3.).

#### a.1. La capacité juridique de l'autorité publique

36. Pour certains auteurs, c'est la capacité juridique étendue dont dispose l'autorité publique en vertu de sa personnalité juridique qui lui confère la capacité de conclure des contrats<sup>64</sup>.

<sup>60</sup> D. D'HOOGHE, « Overeenkomsten met de overheid », in M. STORME, Y. MERCHERS et J. HERBOTS (dir.), *De overeenkomst vandaag en morgen*, XVI<sup>e</sup> Postuniversitaire cyclus Willy Delva, 1989-1990, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, p. 134 ; K. LEUS, « Overeenkomsten met de overheid en overheidsovereenkomst : bijzondere overeenkomsten en algemeen belang. De 'gemene', de 'gemengde' of de 'zuivere' rechtsleer ? », in X., *Bijzondere overeenkomsten*, Anvers, Kluwer, 2008, pp. 408-426.

<sup>61</sup> P. WAETERINCKX et P. CABOOR, « Dading door de overheid », *op. cit.*, pp. 235-236 ; K. TOBBACK et J. VAN CAYZEELE, « Dading door de overheid », *op. cit.*, pp. 402, n<sup>o</sup> 5 et 404-405, n<sup>o</sup> 11.

<sup>62</sup> *M.B.*, 15 août 1980 ; voy. P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 79 ; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, 20<sup>e</sup> éd., Mechelen, Kluwer, 2014, p. 20, n<sup>o</sup> 19 ; D. BATSELE et M. SCARCEZ, *Abrégé de droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 116 ; P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, *op. cit.*, pp. 79 et s. et 355-356.

<sup>63</sup> Pour un exposé de l'état de la question, voy. K. WAUTERS et A. PERCY, « Le visage contractuel de l'administration », *op. cit.*, pp. 826 et s.

<sup>64</sup> Cass., 24 septembre 1984, *Pas.*, 1985, I, pp. 110 et s. ; M. PÂQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, p. 147 ; D. DÉOM, « Les instruments du droit administratif à l'épreuve des "partenariats public-privé" », *op. cit.*, pp. 202-203 ; B. LOMBAERT, « L'acte administratif, source du droit ? », in I. HACHEZ et al. (dir.), *Les*

Selon d'autres auteurs, qui entendent que la capacité de conclure repose sur un fondement légal, c'est plus précisément sur base de l'article 1123 du Code civil, qui dispose que « toute personne peut conclure, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi »<sup>65</sup>, que l'autorité publique dotée de la personnalité juridique est capable de conclure, dans l'hypothèse où aucune loi ne l'interdit.

37. Le raisonnement est transposable au contrat de transaction.

Selon nous, la capacité juridique permet à l'autorité publique de conclure un contrat de transaction, dès lors qu'aucune loi ni aucun principe général de droit ne l'interdit<sup>66</sup>.

C'est ainsi, par exemple, que l'État fédéral<sup>67</sup>, comme les communautés et les régions<sup>68</sup>, disposent du pouvoir de transiger, même en l'absence de disposition expresse les y autorisant.

38. Le Conseil d'État semble avoir approuvé le raisonnement ainsi exposé dans un arrêt *Gemeente Oostrozebeke* du 6 avril 2006, dans lequel la juridiction juge qu'étant donné qu'aucune règle de droit ne dénie *a priori* à la commune la possibilité de conclure un contrat de transaction, celle-ci est habilitée à transiger<sup>69</sup>.

*sources du droit revisitées*, vol. 2., Normes internes infraconstitutionnelles, Bruxelles, Anthemis, 2012, p. 604 ; K. WAUTERS et A. PERCY, « Le visage contractuel de l'administration », *op. cit.*, pp. 327-328.

<sup>65</sup> Voy. D. D'HOOGHE, « Overeenkomsten met de overheid », *op. cit.*, p. 135 ; P. WAETERINCKX et P. CABOOR, « Dading door de overheid », *op. cit.*, p. 235.

<sup>66</sup> J. DE GAVRE, *Le contrat de transaction en droit civil et en droit judiciaire privé*, *op. cit.*, pp. 217-224 ; A. VANDER STICHELE, « De dading in het administratief recht », *op. cit.*, p. 698 ; P. WAETERINCKX et P. CABOOR, « Dading door de overheid », *op. cit.*, pp. 235-236 ; B. CAMBIER et L. CAMBIER, « Médiateurs ou médiation en droit public », *op. cit.*, p. 260 ; A.-L. DURVIAUX, D. FISSE, B. MARÉCHAL et R. SIMAR, « L'arbitrage en droit public et l'expérience d'autres modes alternatifs de résolution des conflits en droit public », *op. cit.*, pp. 354-355 ; P. CABOOR, « Dading door de overheid, een pragmatische visie », *op. cit.*, p. 198, note n<sup>o</sup> 7 ; K. TOBBACK et J. VAN CAYZEELE, « Dading door de overheid », *op. cit.*, p. 404, n<sup>o</sup> 11 ; N. PORTUGAELS, « Douanerechtelijk transigeren : naar de kwalificatie van vaststellingsovereenkomst en een billijke toepassing van dwaling », *op. cit.*, p. 709, n<sup>o</sup> 10.

<sup>67</sup> J. DE GAVRE, *Le contrat de transaction en droit civil et en droit judiciaire privé*, *op. cit.*, p. 217, n<sup>o</sup> 153 ; A. VANDER STICHELE, « De dading in het administratief recht », *op. cit.*, p. 699 ; P. LEWALLE et L. DONNAY, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 231.

<sup>68</sup> K. TOBBACK et J. VAN CAYZEELE, « Dading door de overheid », *op. cit.*, p. 407, n<sup>o</sup> 18.

<sup>69</sup> C.E., arrêt *Gemeente Oostrozebeke*, n<sup>o</sup> 157.351 du 6 avril 2006. Voy. A.-L. DURVIAUX, D. FISSE, B. MARÉCHAL et R. SIMAR, « L'arbitrage en droit public et l'expérience d'autres modes alternatifs de résolution des conflits en droit public », *op. cit.*, p. 355 ; K. TOBBACK et J. VAN CAYZEELE, « Dading door de overheid », *op. cit.*, p. 402 ; P. CABOOR, « Dading door de overheid, een pragmatische visie », *op. cit.*, p. 202, n<sup>o</sup> 12. Compar. avec la solution du droit français : C.E. (fr), arrêt du 23 décembre 1887, *de Dreux-Brézé. Evêque de Moulins*, *Rec.*, p. 842 ; C.E. (fr), arrêt du 17 mars 1893, *Compagnie du Nord, de l'Est et autres*, *Rec.*, p. 245 ; C. DE LA MARDIÈRE, « La transaction, regard fiscal », in B. MALLET-BRICOUT et C. NOURISSAT (dir.), *La transaction dans toutes ses dimensions*, Paris, Dalloz, 2006, p. 169 ; B. PLESSIX, « Transaction et droit administratif », in B. MALLET-BRICOUT et C. NOURISSAT (dir.), *La transaction dans toutes ses dimensions*, *op. cit.*, p. 133 ; Circulaire du Premier Ministre français du 6 avril 2011 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits, *J.O.R.F.*, 8 avril 2011, p. 6248.



a.2. *Les textes autorisant, de manière spécifique, une autorité publique à transiger*

39. Certains textes autorisent, de façon expresse ou tacite, une autorité publique déterminée à transiger<sup>70</sup>.

40. Parmi ces textes, l'on épingle l'article 2045, alinéa 4, du Code civil, qui dispose que « les communes et établissements publics ne peuvent transiger que moyennant l'autorisation prévue à l'article 49 de la loi du 10 mars 1925 organique de l'assistance publique »<sup>71</sup>.

Les auteurs du Code civil ont ainsi instauré un mécanisme d'autorisation sur les transactions conclues par les communes et les établissements publics, ce qui démontre que le législateur n'a jamais entendu interdire aux autorités publiques de transiger pour régler leurs litiges<sup>72</sup>.

41. L'on relève également que les articles 76, 1<sup>o</sup>, et 77,3<sup>o</sup>, de l'ancienne loi communale soumettaient la transaction des communes à un contrôle de tutelle, de la même manière que le faisaient les anciens articles 73 et 86 de la loi provinciale à l'égard des transactions des provinces, et l'article 78 de la loi du 8 juillet 1976 « organique des C.P.A.S » à l'égard des transactions conclues par le C.P.A.S.<sup>73</sup> Si ces dispositions ont été abrogées par diverses lois<sup>74</sup>, l'exposé des motifs de ces lois abrogatoires révèle que l'abrogation n'a pas pour objectif d'interdire le recours à la transaction, mais bien d'alléger les contraintes pesant sur les actes de ces autorités locales<sup>75</sup>.

42. L'on peut encore citer les articles 271, § 1<sup>er</sup>, de la Nouvelle loi communale et L1242-2, alinéa 2, du C.W.A.D.E.L., qui obligent la

commune désireuse de transiger sur un litige à obtenir l'accord d'un ou de plusieurs habitants, lorsque la transaction vise à mettre fin à une procédure introduite par ces derniers au nom de la commune.

43. Enfin, en ce qui concerne les entreprises publiques, l'article 14 de la loi du 21 mars 1991 « portant réforme de certaines entreprises publiques économiques », prévoit expressément qu'elles peuvent transiger<sup>76</sup>.

a.3. *L'article 1676, § 2, du Code judiciaire*

44. L'article 1676, § 2, du Code judiciaire énonce, pour sa part, que « quiconque a la capacité ou le pouvoir de transiger, peut conclure une convention d'arbitrage ».

Disposer de la capacité de conclure une transaction est donc une condition *sine qua non* pour pouvoir recourir à l'arbitrage<sup>77</sup>.

Le troisième paragraphe de la même disposition ajoute que « sans préjudice des lois particulières, les personnes morales de droit public ne peuvent conclure une convention d'arbitrage que lorsque celle-ci a pour objet le règlement de différends relatifs à une convention » et « en toutes matières déterminées par la loi ou par arrêté royal délibéré en Conseil des ministres ».

Le législateur ouvre ainsi expressément la voie de l'arbitrage à la personne morale de droit public, bien que cette voie ne lui soit ouverte que pour ses différends contractuels, à moins qu'une loi ou un arrêté royal délibéré en Conseil des ministres n'étende cette possibilité à d'autres domaines<sup>78</sup>.

Dès lors que le législateur consacre la capacité de compromettre de la personne morale de droit public et que celle-ci est subordonnée à la capacité de transiger, le législateur admet que la personne morale de droit public jouit de la capacité de tran-

<sup>70</sup> A. VANDER STICHELE, « De dading in het administratief recht », *op. cit.*, pp. 694-701 ; P. WAETERINCKX et P. CABOOR, « Dading door de overheid », *op. cit.*, p. 235, n<sup>o</sup> 7 et p. 237.

<sup>71</sup> L'article 49 de la loi du 10 mars 1925 « organique de l'assistance publique » (*M.B.*, 10 mars 1925) a été abrogé par l'article 149 de loi du 8 juillet 1976 « organique des centres publics d'action sociale » (*M.B.*, 5 août 1976), sans que l'article 2045 du Code civil ne soit modifié. À notre estime, cette abrogation n'énervé pas l'argument basé sur l'inclusion historique des personnes morales de droit public dans le procédé de la transaction.

<sup>72</sup> B. CAMBIER et L. CAMBIER, « Médiateurs ou médiation en droit public », *op. cit.*, p. 260 ; P. LEWALLE et L. DONNAY, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 231 ; A. NYALUMA MULAGANO, *Les modes alternatifs de règlement des conflits. Une clé d'accès à la justice administrative congolaise ?*, *op. cit.*, p. 282.

<sup>73</sup> Loi du 8 juillet 1976 « organique des centres publics d'action sociale précitée », art. 78.

<sup>74</sup> Respectivement par les lois suivantes : la loi du 3 décembre 1984 « modifiant les dispositions relatives à la tutelle sur les actes des autorités communales », (*M.B.*, 22 décembre 1984) ; la loi du 4 décembre 1984 « modifiant les dispositions relatives à la tutelle sur les actes des autorités provinciales » (*M.B.*, 22 décembre 1984) ; la loi du 5 août 1992 « portant des dispositions relatives aux centres publics d'aide sociale », (*M.B.*, 8 octobre 1992).

<sup>75</sup> P. LEWALLE et L. DONNAY, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 231 ; Projet de loi modifiant les dispositions relatives à la tutelle sur les actes des communes, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1982-1983, n<sup>o</sup> 45-526/1 ; Projet de loi modifiant les dispositions relatives à la tutelle sur les actes des autorités provinciales, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1982-1983, n<sup>o</sup> 45-713/1 ; Projet de loi contenant un programme d'urgence pour une société plus solidaire, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 1991-1992, n<sup>o</sup> 48-630/1.

<sup>76</sup> Loi du 21 mars 1991 « portant réforme de certaines entreprises publiques économiques », (*M.B.*, 27 mars 1991). Voy. aussi : art. L2222-1 du C.W.A.D.E.L. ; art. 10, al. 2, de la loi du 31 août 1939 « sur le Ducroire », (*M.B.*, 4 octobre 1939) ; art. 9 du décret flamand du 4 mai 1994 « relatif à l'agence autonomisée externe de droit public "Waterwegen en Zeekanaal", société anonyme de droit public », (*M.B.*, 16 juillet 1994), et l'avis de la section de législation du Conseil d'État précédant ce décret, *Parl. St. Vl. Parl.*, sess. ord. 1993-1994, n<sup>o</sup> 473/1, pp. 51 et s., cité par P. WAETERINCKX et P. CABOOR, « Dading door de overheid », *op. cit.*, p. 237 ; art. 5, al. 2, de la loi du 17 décembre 1998 « créant un Fonds de protection des dépôts et des instruments financiers et réorganisant les systèmes de protection des dépôts et des instruments financiers », (*M.B.*, 31 décembre 1998) ; art. 19, 1<sup>o</sup>, de la loi du 7 mai 1999 « portant création du Palais des Beaux-Arts sous la forme d'une société anonyme de droit public à finalité sociale et modifiant la loi du 30 mars 1995 concernant les réseaux de distribution d'émissions de radiodiffusion et l'exercice d'activités de radiodiffusion dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale » (*M.B.*, 20 août 1999).

<sup>77</sup> P. WAETERINCKX et P. CABOOR, « Dading door de overheid », *op. cit.*, p. 237 ; D. RENDERS, T. BOMBOIS, B. GORS, C. THIEBAUT et L. VANSNICK, *Droit administratif*, t. III, *Le contrôle de l'administration*, *op. cit.*, p. 453, n<sup>o</sup> 954.

<sup>78</sup> D. RENDERS, T. BOMBOIS, B. GORS, C. THIEBAUT et L. VANSNICK, *Droit administratif*, t. III, *Le contrôle de l'administration*, *op. cit.*, pp. 448-452.



siger, à tout le moins dans les matières dans lesquelles elle peut compromettre<sup>79</sup>.

#### b. L'organe compétent pour transiger

45. S'il est établi que l'autorité publique possède la capacité de conclure un contrat de transaction, encore faut-il que le contrat soit conclu par la personne compétente.

La question est d'importance en droit public, au regard du caractère d'ordre public de la compétence de l'auteur de l'acte<sup>80</sup> et de la sanction de la nullité absolue qui en découle<sup>81</sup>.

En vue d'identifier l'organe compétent pour transiger, il faut, avant toute chose, consulter la législation organique ou, le cas échéant, les statuts de la personne morale de droit public<sup>82</sup>.

À défaut de précisions dans l'une ou dans les autres, plusieurs principes permettent de déterminer l'organe compétent pour transiger (b.1.). À titre exemplatif, l'on applique ces principes à une autorité publique déterminée : la commune (b.2.).

##### b.1. Les principes afférents à la détermination de l'organe compétent pour transiger

46. Les principes afférents à la détermination de l'organe compétent pour transiger découlent de la nature hybride de la transaction, qui est, de prime abord, un contrat, de même qu'elle s'assimile à un jugement, en ce qu'elle met fin à un litige de manière définitive.

47. La nature contractuelle de la transaction amène à distinguer deux dynamiques distinctes au sein du processus de conclusion<sup>83</sup>.

La première dynamique comprend la décision d'engager le processus transactionnel, la fixation des conditions y afférentes, ainsi que l'approbation de l'accord final. Ces opérations sont l'œuvre de l'organe « décisionnel » ou de celui qui possède la plénitude de compétences.

La deuxième dynamique couvre, pour sa part, la négociation et la conclusion de la transaction. Ces opérations sont accomplies par l'organe « exécutif » de la personne morale de droit public.

Il faut encore avoir égard aux personnes qui vont pouvoir signer l'accord au nom de l'organe<sup>84</sup>.

48. Dès lors que la transaction se présente également comme une alternative à l'obtention d'une décision juridictionnelle, la transaction possède l'autorité de la chose jugée en dernier ressort, conformément à l'article 2052 du Code civil.

Il faut donc s'assurer que les organes compétents pour décider d'une action judiciaire et pour la mener à bien soient également inclus dans le processus de transaction, s'ils ne coïncident pas avec l'organe déjà amené à intervenir aux différents stades de la conclusion d'un contrat que l'on vient de présenter<sup>85</sup>.

En ayant égard au versant extinctif de l'opération, la décision de s'engager dans le processus de transaction doit être prise par l'organe compétent pour décider de l'exercice d'une action judiciaire<sup>86</sup>, tandis que l'organe qui négocie et conclut le contrat de transaction doit disposer de la capacité de représenter l'autorité publique en justice<sup>87</sup>.

##### b.2. Un exemple : la commune

49. Les principes ainsi dégagés se prêtent à une illustration dans le contexte communal.

50. À l'entame, du processus de conclusion d'une transaction, il appartient au conseil communal d'adopter une décision en vue de formaliser la volonté de transiger de la commune<sup>88</sup>.

Cette exigence repose sur la plénitude de compétences qui lui est octroyée au regard de sa mis-

<sup>79</sup> P. WAETERINCKX et P. CABOOR, « Dading door de overheid », *op. cit.*, p. 237 ; K. TOBBACK et J. VAN CAYZEELE, « Dading door de overheid », p. 405, n° 11 ; A.-L. DURVIAUX, D. FISSE, B. MARÉCHAL et R. SIMAR, « L'arbitrage en droit public et l'expérience d'autres modes alternatifs de résolution des conflits en droit public », *op. cit.*, p. 355. Voy. M. LEROY, « Introduction », in *L'arbitrage en droit public*, *op. cit.*, p. 10.

<sup>80</sup> C.E., arrêts *Hemberg*, n°s 232.030 et 232.029, du 12 août 2015.

<sup>81</sup> C.E., arrêt *Anciaux et Ruysen*, n° 72474 du 16 mars 1998. Dans le texte : « [Er is in casu] geen sprake is van een dading, al was het maar omdat geen beslissing van het bevoegde orgaan van het bestuur wordt overgelegd » ; J. DE GAVRE, *Le contrat de transaction en droit civil et en droit judiciaire privé*, *op. cit.*, p. 223, n° 157 ; D. D'HOOGHE, « Overeenkomsten met de overheid », *op. cit.*, p. 137 ; K. TOBBACK et J. VAN CAYZEELE, « Dading door de overheid », *op. cit.*, p. 404.

<sup>82</sup> M. PÂQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, *op. cit.*, p. 151, n° 109 ; D. D'HOOGHE, « Overeenkomsten met de overheid », *op. cit.*, p. 136 ; K. TOBBACK et J. VAN CAYZEELE, « Dading door de overheid », *op. cit.*, p. 404 ; P. MARCHAL, « La transaction », *op. cit.*, p. 56, n° 43 ; P.-F. HENRARD, « La médiation en droit administratif : ébauche d'un mode d'emploi », *op. cit.*, p. 365.

<sup>83</sup> M. PÂQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, *op. cit.*, p. 151, n° 109 ; D. D'HOOGHE, « Overeenkomsten met de overheid », *op. cit.*, pp. 136 et s. ; P. WAETERINCKX et P. CABOOR, « Dading door de overheid », *op. cit.*, p. 243 ; L. DE GEYTER, *Bemiddeling in het bestuursrecht. Alternatieve methoden tot beslechting van bestuursgeschillen*, *op. cit.*, p. 160, n° 168 ; D. RENDERS, T. BOMBOIS, B. GORS, C. THIEBAUT et L. VANSNICK, *Droit administratif*, t. III, *Le contrôle de l'administration*, *op. cit.*, p. 456, n° 958 ; P. CABOOR, « Dading door de overheid, een pragmatische visie », *op. cit.*, pp. 211 et s. ; K. TOBBACK et J. VAN CAYZEELE, « Dading door de overheid »,

*op. cit.*, p. 404. Voy. pour les personnes morales de droit privé, B. TILLEMANS, I. CLAEYS, C. COUDRON et K. LOONTJENS, *Dading*, *op. cit.*, p. 185, n° 360.

<sup>84</sup> P. WAETERINCKX et P. CABOOR, « Dading door de overheid », *op. cit.*, p. 243.

<sup>85</sup> Gand, 15 janvier 2011, *Entr. et dr.*, 2011, p. 398, note K. TOBBACK et J. VAN CAYZEELE ; J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, t. I, Paris, LGDJ, 1962, p. 42.

<sup>86</sup> *Ibid.*

<sup>87</sup> P. WAETERINCKX et P. CABOOR, « Dading door de overheid », *op. cit.*, p. 243.

<sup>88</sup> A. VANDER STICHELE, « De dading in het administratief recht », *op. cit.*, p. 694 ; J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 42, n° 17 ; P. WAETERINCKX et P. CABOOR, « Dading door de overheid », *op. cit.*, p. 243 ; E. LANCKSWERDT, « Bemiddeling met en door gemeenten », *op. cit.*, p. 108, n° 38 ; D. RENDERS, T. BOMBOIS, B. GORS, C. THIEBAUT et L. VANSNICK, *Droit administratif*, t. III, *Le contrôle de l'administration*, *op. cit.*, p. 456, n° 959 ; P. CABOOR, « Dading door de overheid, een pragmatische visie », *op. cit.*, p. 210 ; K. TOBBACK et J. VAN CAYZEELE, « Dading door de overheid », *op. cit.*, p. 409, n° 23.



sion de gestion de la commune<sup>89</sup>. Le conseil est, en effet, compétent pour régler « tout ce qui est d'intérêt communal », ainsi que « tout autre objet qui lui est soumis par l'autorité supérieure »<sup>90</sup>. En outre, le conseil communal est compétent pour décider de la conclusion des conventions qui lient la commune<sup>91</sup>.

Elle se déduit, par ailleurs, des articles 270, alinéa 2, de la Nouvelle loi communale et L1242-1, alinéa 2, du C.W.A.D.E.L., qui prévoient la nécessité d'obtenir l'autorisation du conseil communal pour intenter une action en justice<sup>92</sup>. Dans un arrêt du 15 janvier 2011<sup>93</sup>, la cour d'appel de Gand a confirmé que l'article 270, 2°, de la Nouvelle loi communale fondait, dans le chef du conseil communal, la compétence d'adopter la décision de transiger, dès lors que lui seul est habilité à décider de l'introduction d'une action judiciaire<sup>94</sup>. Le contrat de transaction conclu par l'échevin des Travaux publics seul et signé par le secrétaire communal a, partant, été invalidé<sup>95</sup>.

51. Au regard des éléments que l'on vient d'exposer, l'on s'interroge sur la pertinence de la proposition de certains auteurs, qui soutiennent que la transaction qui porte sur une matière qui leur est expressément attribuée peut être conclue par le collège ou par le bourgmestre seuls, sans qu'il soit nécessaire que le conseil l'autorise et l'approuve<sup>96</sup>.

Cela étant, ainsi que le relève Pieter Caboor, l'initiative de la transaction peut provenir du collège communal, ce qui sera souvent le cas lorsque la transaction met fin à un différend dont le collège a assuré la gestion en justice<sup>97</sup>.

52. Une fois la décision d'initier le processus de transaction prise par le conseil communal, le collège peut mener les négociations conduisant, le cas échéant, à la conclusion du contrat.

La raison en est qu'il est chargé d'exécuter les décisions du conseil<sup>98</sup>, mais qu'il est aussi chargé de représenter la commune en justice, de façon générale<sup>99</sup>.

Sur les mêmes bases, le collège est habilité à fixer les termes du contrat de transaction dans une décision et, ainsi, à conclure la convention<sup>100</sup>.

53. Une fois l'accord conclu, il est requis que le conseil communal en approuve les termes tels que fixés par le collège<sup>101</sup>.

54. Enfin, le bourgmestre et le secrétaire communal ou le directeur général sont habilités à signer le contrat de transaction<sup>102</sup>, étant entendu que les règles qui régissent la délégation de signature sont d'application<sup>103</sup>.

55. Le raisonnement, que l'on vient de présenter, à titre d'illustration, pour la commune, est applicable, *mutatis mutandis*, aux provinces et aux centres publics d'action sociale, ainsi qu'aux autres autorités publiques possédant une structure similaire.

### C. Les effets : l'anéantissement d'un litige

56. En droit public comme en droit privé, l'objectif du contrat de transaction peut être rencontré grâce aux effets qui lui sont conférés par l'article 2052, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil, qui prévoit que « les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort ».

D'une part, tant l'autorité publique que son cocontractant devront exécuter l'engagement pris à titre de concession, conformément au droit commun des contrats et au régime des sanctions de l'inexécution contractuelle<sup>104</sup>.

D'autre part, le contrat de transaction, qui possède autorité de chose jugée en dernier res-

<sup>89</sup> P. CABOOR, « Dading door de overheid, een pragmatische visie », *op. cit.*, p. 210, n° 34 ; K. TOBBACK et J. VAN CAYZEELE, « Dading door de overheid », *op. cit.*, p. 409, n° 23 ; D. RENDERS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, pp. 63-64.

<sup>90</sup> Const., art. 41 ; art. 6, § 1<sup>er</sup>, VIII, 1°, al. 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 « de réformes institutionnelles » précitée ; art. L1122-30 du C.W.A.D.E.L. ; art. 117 de la Nouvelle loi communale.

<sup>91</sup> Art. L1222-1 et s. du C.W.A.D.E.L. ; art. 232 et s. de la Nouvelle loi communale ; D. RENDERS, T. BOMBOIS, B. GORS, C. THIEBAUT et L. VANSNICK, *Droit administratif*, t. III, *Le contrôle de l'administration*, *op. cit.*, p. 456, n° 959.

<sup>92</sup> Autres que les actions en référé et les actions possessoires ; Gand, 15 janvier 2011, *Entr. et dr.*, 2011, p. 398, note K. TOBBACK et J. VAN CAYZEELE.

<sup>93</sup> Gand, 15 janvier 2011, *Entr. et dr.*, 2011/4, p. 398, note K. TOBBACK et J. VAN CAYZEELE.

<sup>94</sup> K. TOBBACK et J. VAN CAYZEELE, « Dading door de overheid », *op. cit.*, p. 409, n° 23.

<sup>95</sup> Gand, 15 janvier 2011, *Entr. et dr.*, 2011/4, p. 395.

<sup>96</sup> L. DE GEYTER, *Bemiddeling in het bestuursrecht. Alternatieve methoden tot beslechting van bestuursgeschillen*, *op. cit.*, p. 159, note n° 540 ; K. TOBBACK et J. VAN CAYZEELE, « Dading door de overheid », *op. cit.*, p. 409, n° 23.

<sup>97</sup> Art. L1123-23, 7° et L1242-1 du C.W.A.D.E.L. ; art. 123, 8° et 270 de la Nouvelle loi communale ; P. CABOOR, « Dading door de overheid, een pragmatische visie », *op. cit.*, p. 210, n° 34.

<sup>98</sup> Art. L1123-23, 2° du C.W.A.D.E.L. ; art. 123, 2° de la Nouvelle loi communale ; P. CABOOR, « Dading door de overheid, een pragmatische visie », *op. cit.*, p. 211, n° 35.

<sup>99</sup> Art. L1123-23, 7° et L1242-1 du C.W.A.D.E.L. ; art. 123, 8° et 270 de la Nouvelle loi communale ; K. TOBBACK et J. VAN CAYZEELE, « Dading door de overheid », *op. cit.*, p. 410, n° 24.

<sup>100</sup> D. RENDERS, T. BOMBOIS, B. GORS, C. THIEBAUT et L. VANSNICK, *Droit administratif*, t. III, *Le contrôle de l'administration*, *op. cit.*, p. 456, n° 959 ; P. CABOOR, « Dading door de overheid, een pragmatische visie », *op. cit.*, p. 211.

<sup>101</sup> E. LANCKSWERDT, « Bemiddeling met en door gemeenten », *op. cit.*, p. 108, n° 38 ; P. CABOOR, « Dading door de overheid, een pragmatische visie », *op. cit.*, p. 211 ; K. TOBBACK et J. VAN CAYZEELE, « Dading door de overheid », *op. cit.*, p. 410, n° 24.

<sup>102</sup> Art. L1132-3 du C.W.A.D.E.L. ; art. 109 de la Nouvelle loi communale ; P. WAETERINCKX et P. CABOOR, « Dading door de overheid », *op. cit.*, p. 244 ; P. CABOOR, « Dading door de overheid, een pragmatische visie », *op. cit.*, p. 212, n° 38 ; K. TOBBACK et J. VAN CAYZEELE, « Dading door de overheid », *op. cit.*, p. 412, n° 25.

<sup>103</sup> Art. L1132-4 et L1132-5 du C.W.A.D.E.L. ; art. 110 et 111 de la Nouvelle loi communale ; L. DE GEYTER, *Bemiddeling in het bestuursrecht. Alternatieve methoden tot beslechting van bestuursgeschillen*, *op. cit.*, p. 159, note n° 540.

<sup>104</sup> H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, *op. cit.*, n° 510 et 525 ; B. SINDIC, *Le contrat de transaction*, *op. cit.*, p. 133, n° 97.



sort, conduit au règlement du litige en cours, de manière définitive<sup>105</sup>.

57. Devant le Conseil d'État, écrit Paul Lewalle, « la transaction fait obstacle aux recours, en déterminant leur irrecevabilité ou en provoquant le non-lieu à statuer, selon qu'elle est antérieure ou postérieure à la requête »<sup>106</sup>.

58. Lorsque la transaction est conclue alors qu'un recours a déjà été introduit, le Conseil d'État constate que la partie requérante a perdu, en cours d'instance, son intérêt au recours en raison de la transaction intervenue<sup>107</sup>.

Dans une telle hypothèse, les dépens, en ce compris l'indemnité de procédure, semblent devoir être mis à charge de la partie adverse.

Tout en précisant qu'il ne connaît que de l'existence et non du contenu de la transaction intervenue, le Conseil d'État a, en effet, décidé qu'il suffisait de constater que la transaction a procuré, au moins partiellement, satisfaction au requérant pour mettre les dépens à charge de la partie adverse<sup>108</sup>.

Dans le même sens, mais à propos d'une demande d'indemnité réparatrice devenue sans objet en raison du fait que le requérant avait obtenu satisfaction par le biais d'une convention de transaction lui octroyant une indemnisation, le Conseil d'État a jugé qu'il appartenait à la partie adverse de supporter l'indemnité de procédure réclamée par le requérant<sup>109</sup>. La raison avancée par le Conseil d'État est qu'en indemnisant le requérant dans le cadre d'une transaction, la partie adverse a reconnu le bien-fondé de la demande d'indemnité réparatrice<sup>110</sup>.

59. La transaction ne constitue un obstacle au recours que dans l'hypothèse où le recours possède un objet et une cause identiques à ceux de la transaction, de même qu'il doit concerner les mêmes parties agissant en mêmes qualités<sup>111</sup>.

60. La condition de similarité de l'objet a été appliquée par le Conseil d'État dans un arrêt *Debongnie et consorts* du 6 mai 2009<sup>112</sup>. Dans cet arrêt, le Conseil d'État a considéré que l'intérêt au recours des parties requérantes ne pouvait être mis en échec par une exception d'irrecevabilité tirée du contrat de transaction conclu relativement

au chemin d'accès à l'immeuble faisant l'objet du projet litigieux, dès lors que le permis d'urbanisme attaqué était critiqué pour des motifs étrangers à l'accès à l'immeuble.

61. À plusieurs reprises, le Conseil d'État a conclu au rejet du recours en raison d'une transaction intervenue entre les parties<sup>113</sup>.

62. Dans un arrêt *Hauzeur* du 1<sup>er</sup> février 1995<sup>114</sup>, le requérant sollicitait du Conseil d'État l'annulation d'un permis de construire relatif à une véranda, bien qu'il avait préalablement conclu un contrat de transaction avec le bénéficiaire du permis. Aux termes de cette transaction, le requérant s'était engagé à se désister de son action devant les juridictions judiciaires visant à obtenir la suspension de l'exécution de travaux entrepris par le bénéficiaire, en échange d'une somme visant à couvrir l'acquisition de la mitoyenneté. Dans ce contexte, le Conseil d'État a considéré que le recours n'avait d'autre objet que « d'annihiler les effets d'une transaction librement consentie » et a ainsi conclu à l'irrecevabilité du recours dès lors qu'à son estime, l'intérêt au recours du requérant n'était pas légitime<sup>115</sup>.

## 2. LES LIMITES AU DROIT DE TRANSIGER

63. L'examen du cadre juridique du contrat de transaction en droit public implique d'en appréhender les limites, dont aucune ne semble affecter l'objectif (A), mais davantage les concessions que peut faire l'autorité publique (B) et les effets du contrat de transaction (C).

### A. Les limites afférentes à l'objectif

64. À notre connaissance, aucune disposition n'entrave la possibilité offerte à l'autorité publique de régler les conflits auxquels elle est partie en marge des juridictions, en particulier par le biais d'un contrat de transaction.

Si le recours à l'arbitrage et à la médiation processuelle en droit public est restreint par le législateur, le recours à la transaction ne souffre pas de telles limites.

Il ne ressort, par ailleurs, ni du Code judiciaire, ni des travaux préparatoires des lois le modifiant<sup>116</sup>, que le législateur a entendu limiter la faculté pour l'autorité publique de régler des litiges par le biais d'un contrat de transaction en lui interdisant de compromettre en dehors des différends contractuels,

<sup>105</sup> J. DE GAVRE, *Le contrat de transaction en droit civil et en droit judiciaire privé*, op. cit., p. 123, n° 94 ; C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil*, t. I, op. cit., p. 157 ; B. TILLEMANS, I. CLAEYS, C. COUDRON et K. LOONTJENS, *Dading*, op. cit., p. 426 ; B. SINDIC, *Le contrat de transaction*, op. cit., p. 76, n° 31.

<sup>106</sup> P. LEWALLE et L. DONNAY, *Contentieux administratif*, op. cit., p. 232, n° 203.

<sup>107</sup> C.E., arrêt *Région de Bruxelles-Capitale et l'Agence pour le Commerce Extérieur*, n° 174.600, du 18 septembre 2007.

<sup>108</sup> *Ibid.*

<sup>109</sup> C.E., arrêt *Delepine*, n° 236.880, du 22 décembre 2016.

<sup>110</sup> *Ibid.* Voy. *supra*, n° 14.

<sup>111</sup> Voy. *supra*, n° 19.

<sup>112</sup> C.E., arrêt *Debongnie et consorts*, n° 193.071, du 6 mai 2009.

<sup>113</sup> Voy. par exemple C.E., arrêt *Région de Bruxelles-Capitale et l'Agence pour le Commerce Extérieur*, n° 174.600, du 18 septembre 2007.

<sup>114</sup> C.E., arrêt *Hauzeur*, n° 51.467, du 1<sup>er</sup> février 1995.

<sup>115</sup> *Ibid.*

<sup>116</sup> Loi du 21 février 2005 « modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation » (*M.B.*, 22 mars 2005) ; loi du 24 juin 2013 « modifiant la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage » (*M.B.*, 28 juin 2013).



sauf à considérer une extension opérée par une loi ou par un arrêté royal délibéré en Conseil des ministres, ou en lui interdisant de s'engager dans une médiation dans le cadre du Code judiciaire<sup>117</sup>.

### B. Les limites afférentes au moyen

65. L'on a eu l'occasion d'observer que plusieurs fondements permettaient à l'autorité publique de conclure un contrat de transaction.

En conformité avec ce qu'exprime l'article 1123 du Code civil, qui dispose que « toute personne peut contracter, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi », une loi pourrait restreindre la capacité de l'autorité publique à transiger.

Il n'existe pas, à notre connaissance, de disposition qui interdit à une autorité publique de conclure un contrat de transaction.

66. Si aucun principe n'interdit à l'autorité publique de régler amiablement un litige, ni de recourir, pour réaliser cet objectif, à un contrat de transaction, il convient d'examiner les concessions que l'autorité publique peut consigner dans un tel contrat en vue d'éteindre le litige.

67. La question de savoir ce que l'autorité publique peut concéder par le biais d'un contrat de transaction se pose notamment au regard de la mission qui lui est conférée, qui est d'assurer l'intérêt général<sup>118</sup>.

En 1956, Jean-Marie Auby soulevait, à l'instar d'Alphonse Vander Stichele<sup>119</sup>, que « l'objection aurait pu être faite que les personnes administratives ne peuvent renoncer à des droits dont l'exercice leur est assigné dans l'intérêt public », mais que « cette difficulté ne paraît pas avoir été soulevée, et, du reste, elle trouverait aujourd'hui sa solution dans la position de la doctrine contemporaine qui voit dans la transaction une renonciation non à des droits, mais à des prétentions »<sup>120</sup>.

Néanmoins, ainsi que le relève Paul Lewalle, la transaction peut porter tant sur des droits que sur des prétentions<sup>121</sup>.

La question se pose, dès lors, de savoir si une autorité publique peut, par le biais d'un contrat de

transaction, renoncer à un droit ou à une prérogative qui lui a été donnée en vue d'accomplir la mission d'intérêt public qui lui est impartie.

68. L'on tente de répondre à cette question en examinant, plus concrètement, les principes qui limitent l'objet de la concession que peut octroyer l'autorité publique (a), de même que les principes qui en limitent le montant (b).

#### a. Les limites afférentes à l'objet de la concession de l'autorité publique

69. L'autorité publique voit sa marge de manœuvre affectée par l'interdiction de contrevenir à l'ordre public (a.1.), par la réglementation relative à certains contrats publics (a.1.1.) et par le principe de l'indisponibilité des compétences (a.1.2.).

##### a.1. Les limites afférentes à l'ordre public

70. En droit public comme en droit privé<sup>122</sup>, l'article 6 du Code civil interdit de déroger, par convention, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs, au risque de conclure un accord entaché de nullité absolue<sup>123</sup>.

Le principe implique que l'autorité ne saurait déroger à une règle d'ordre public ou renoncer au bénéfice d'une règle d'ordre public par le biais d'un contrat de transaction<sup>124</sup>.

En droit public, dans le domaine duquel les règles d'ordre public sont nombreuses, le principe n'en revêt que plus d'importance<sup>125</sup>.

71. Il résulte de ce constat que l'autorité publique pourra plus librement transiger dans un domaine qui n'intéresse pas l'ordre public, tel que le contentieux de la responsabilité civile de l'administration<sup>126</sup>.

Néanmoins, l'on soutient que l'autorité publique peut transiger dans une matière reconnue d'ordre public, dès lors que l'ordre public n'interdit pas la transaction, mais réduit la marge de manœuvre des parties<sup>127</sup>.

L'on analyse, tour à tour, la place que peut avoir la transaction dans des domaines reconnus d'ordre public, tels que le droit des biens de l'administration (a.1.1.) et le droit fiscal (a.1.2.).

<sup>117</sup> J. DE GAVRE, *Le contrat de transaction en droit civil et en droit judiciaire privé*, op. cit., p. 218, n° 153 ; P. WAETERINCKX et P. CABOOR, « Dading door de overheid », op. cit., p. 237 ; K. TOBBACK et J. VAN CAYZEELE, « Dading door de overheid », op. cit., p. 405, n° 11.

<sup>118</sup> C. const, arrêt n° 32/2003 du 12 mars 2003, B.3 ; C. const, arrêt n° 31/2007 du 21 février 2007, B.4.1. ; M. PÂQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, op. cit., pp. 307-308 ; P. BOUVIER, R. BORN, B. CUVELIER et F. PIRET, *Éléments de droit administratif*, op. cit., p. 85 ; P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, op. cit., p. 331 ; D. RENDERS, *Droit administratif général*, op. cit., p. 1.

<sup>119</sup> A. VANDER STICHELE, « De dading in het administratief recht », op. cit., p. 694.

<sup>120</sup> J.-M. AUBY, « La transaction en matière administrative », *A.J.D.A.*, 1956, p. 2.

<sup>121</sup> P. LEWALLE et L. DONNAY, *Contentieux administratif*, op. cit., p. 232. Voy. *supra*, n° 13 et s.

<sup>122</sup> Voy. *supra*, n° 23 et 24.

<sup>123</sup> J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, op. cit., p. 42, n° 17 ; P. WAETERINCKX et P. CABOOR, « Dading door de overheid », op. cit., p. 245 ; P. LEWALLE et L. DONNAY, *Contentieux administratif*, op. cit., p. 232, n° 203 ; D. DÉOM, « Les instruments du droit administratif à l'épreuve des "partenariats public-privé" », op. cit., p. 217 ; P. MARCHAL, « La transaction », op. cit., p. 96, n° 72.

<sup>124</sup> Voy. *supra*, n° 24.

<sup>125</sup> D. RENDERS, T. BOMBOIS, B. GORS, C. THIEBAUT et L. VANSNICK, *Droit administratif*, t. III, *Le contrôle de l'administration*, op. cit., p. 414.

<sup>126</sup> J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, op. cit., p. 43 ; P. LEWALLE et L. DONNAY, *Contentieux administratif*, op. cit., p. 232, n° 203. Voy. *infra*, n° 91.

<sup>127</sup> Voy. *supra*, n° 21.



### a.1.1. Le contrat de transaction au sein du droit des biens de l'administration

72. Un régime d'ordre public dérogoratoire et protecteur s'applique à certains biens de l'administration : les biens du domaine public<sup>128</sup>.

Ces biens sont, en principe, hors commerce et inaliénables<sup>129</sup>. Ils ne peuvent donc, en principe, pas faire l'objet d'une transaction aux termes de laquelle ils seraient abandonnés par l'autorité publique à son cocontractant au titre de concession<sup>130</sup>.

L'inaliénabilité de principe n'est cependant pas absolue<sup>131</sup>. Des droits peuvent être reconnus à une personne privée sur des biens du domaine public, à condition que ces droits soient compatibles avec la destination publique du domaine, qu'ils ne fassent pas obstacle à son usage public et qu'ils ne portent pas atteinte au droit de l'administration de régler cet usage d'après les besoins de la collectivité<sup>132</sup>.

Dans le respect de ces limites, la transaction conclue par une autorité publique peut avoir pour objet un bien du domaine public<sup>133</sup>.

Ainsi, une transaction par laquelle une des parties constituerait une servitude sur un bien du domaine public peut être valablement conclue<sup>134</sup>.

Ne pourrait, en revanche, pas l'être, une concession de l'autorité publique par laquelle celle-ci aliénerait, de façon pure et simple, une parcelle du domaine public.

<sup>128</sup> D. RENDERS et B. GORS, *Les biens de l'administration*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 55-56.

<sup>129</sup> C. CAMBIER, *Droit administratif*, op. cit., p. 341 ; D. RENDERS et B. GORS, *Les biens de l'administration*, op. cit., p. 64.

<sup>130</sup> Art. 1128 C. civ. ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, op. cit., p. 484, n° 497 ; J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, op. cit., p. 42 ; J. DE GAVRE, *Le contrat de transaction en droit civil et en droit judiciaire privé*, op. cit., p. 271, n° 201 ; A. VANDER STICHELE, « De dading in het administratief recht », op. cit., p. 702 ; P. LEWALLE et L. DONNAY, *Contentieux administratif*, op. cit., p. 232 ; P. WAETERINCKX et P. CABOOR, « Dading door de overheid », op. cit., pp. 236 et 245 ; P. MARCHAL, « La transaction », op. cit., p. 87, n° 66.

<sup>131</sup> D. RENDERS et B. GORS, *Les biens de l'administration*, op. cit., p. 78 et les références citées par ces auteurs ; G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit belge et international*, t. I, *Le droit belge*, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 121, n° 105.

<sup>132</sup> Cass., 27 septembre 1990, *Pas.*, 1991, p. 78 ; Cass., 18 mai 2007, *Rev. not. b.*, 2007, p. 631, note D. LAGASSE, « Remise en cause par la Cour de cassation de l'indisponibilité du domaine public ? » ; *N.J.W.*, 2007, p. 652, note W. RASSCHAERT, « Zakelijke rechten op openbaar domein » ; *R.W.*, 2007-2008, p. 736, note V. SAGAERT « Opstal en openbaar domein : een doorbraak » ; *C.D.P.K.*, 2008, p. 219, note J. DE STAERCKE, « Opstalrechten op het openbaar domein » ; *T.B.O.*, 2008, p. 9, note D. VAN HEUVEN, « Zakelijke rechten op openbaar domein zijn mogelijk ! » ; *T.Gem.*, 2008, p. 71, note L. DE BOEL « Dan toch zakelijke rechten op het openbaar domein ? » ; *R.C.J.B.*, 2012, p. 466, note A. VANDEBURIE ; « Définir le domaine public, permettre sa valorisation : une entreprise impossible ? » ; D. RENDERS et B. GORS, *Les biens de l'administration*, op. cit., p. 78, n° 108 ; P. MARCHAL, « La transaction », op. cit., p. 87, n° 66 et références citées.

<sup>133</sup> J. DE GAVRE, *Le contrat de transaction en droit civil et en droit judiciaire privé*, op. cit., p. 271, n° 201 ; P. WAETERINCKX et P. CABOOR, « Dading door de overheid », op. cit., p. 236 ; B. TILLEMANN, I. CLAEYS, C. COUDRON et K. LOONTJENS, *Dading*, op. cit., p. 278, n° 583 ; P. MARCHAL, « La transaction », op. cit., p. 87, n° 66.

<sup>134</sup> Cass., 27 septembre 1990, *Pas.*, 1991, p. 78 ; J.P. Nivelles, 20 janvier 2017, *Res jur. imm.*, pp. 163-172 ; D. RENDERS et B. GORS, *Les biens de l'administration*, op. cit., p. 114, n° 166.

73. L'on pourrait concevoir qu'une autorité administrative souhaite s'engager, via une transaction, à octroyer une autorisation domaniale ou à conclure une concession domaniale.

Néanmoins, en ce qu'elle doit être précaire et révocable, une telle concession ou autorisation s'accommoderait mal des effets de la transaction, qui vise à terminer un litige de manière définitive<sup>135</sup>. Les parties sont, en effet, contraintes d'exécuter leurs engagements, à défaut de quoi l'effet extinctif de la transaction peut être remis en cause par l'une des parties au contrat<sup>136</sup>.

De surcroît, un tel engagement dans le chef de l'autorité publique pose question au regard de l'indisponibilité des compétences dont il sera bientôt question<sup>137</sup>.

### a.1.2. Le contrat de transaction en droit fiscal

74. L'on considère généralement que l'administration fiscale ne peut transiger en matière d'impôts<sup>138</sup>. La raison en est que la législation fiscale est d'ordre public<sup>139</sup>, ce qui implique que les droits qu'elle consacre sont hors commerce et soustraits à toute négociation<sup>140</sup>.

75. Cette interdiction de principe est liée à la protection des valeurs constitutionnelles d'égalité entre les citoyens et de légalité en matière fiscale.

L'on sait, en effet, que l'article 172 de la Constitution consacre l'égalité des citoyens devant les charges publiques. La doctrine considère généralement qu'une transaction entre le fisc et le contribuable risque de contrevenir à ce principe<sup>141</sup>.

<sup>135</sup> Art. 2052 C. civ. ; D. RENDERS, T. BOMBOIS, B. GORS, C. THIEBAUT et L. VANSNICK, *Droit administratif, Le contrôle de l'administration*, op. cit., p. 416.

<sup>136</sup> Voy. *supra*, n°s 17 à 19 et 25-26.

<sup>137</sup> Voy. *infra*, n°s 85 et s.

<sup>138</sup> H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, op. cit., n° 497 ; J. DE GAVRE, *Le contrat de transaction en droit civil et en droit judiciaire privé*, op. cit., p. 342, n° 269 ; J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, op. cit., p. 43 ; M. PÂQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, op. cit., p. 356, n° 290 ; P. WAETERINCKX et P. CABOOR, « Dading door de overheid », op. cit., pp. 245 ; B. TILLEMANN, I. CLAEYS, C. COUDRON et K. LOONTJENS, *Dading*, op. cit., p. 295 ; P. LEWALLE et L. DONNAY, *Contentieux administratif*, op. cit., p. 232 ; D. RENDERS, T. BOMBOIS, B. GORS, C. THIEBAUT et L. VANSNICK, *Droit administratif, Le contrôle de l'administration*, op. cit., p. 447, n° 938 ; A.-L. DURVIAUX, D. FISSE, B. MARÉCHAL et R. SIMAR, « L'arbitrage en droit public et l'expérience d'autres modes alternatifs de résolution des conflits en droit public », op. cit., p. 351.

<sup>139</sup> Cass., 15 mai 2003, *Pas.*, 2003, n° 298 ; Cass., 19 septembre 2013, *T.F.R.*, 2014/8, n° 460 ; Cass., 22 mai 2014, *T.F.R.*, 2015/2, n° 474, *F.J.F.*, 2015/2, p. 56, *R.W.*, 2014-2015/27, p. 1066 ; A. HENKES, « "Le droit fiscal est d'ordre public !" So what ? – De la relativité de l'ordre public en droit fiscal et du rôle de la Cour », op. cit., pp. 37 et s.

<sup>140</sup> J. DE GAVRE, *Le contrat de transaction en droit civil et en droit judiciaire privé*, op. cit., p. 343, n° 270 ; B. TILLEMANN, I. CLAEYS, C. COUDRON et K. LOONTJENS, *Dading*, op. cit., p. 295 et références citées ; A. TIBERGHIE, *Manuel de droit fiscal*, t. I, 34<sup>e</sup> éd., Waterloo, Kluwer, 2015-2016, p. 30, n° 191.

<sup>141</sup> H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, op. cit., p. 484, n° 497 ; J. DE GAVRE, *Le contrat de transaction en droit civil et en droit judiciaire privé*, op. cit., p. 343, n° 270 ; A. VANDER STICHELE, « De dading in het



L'on sait, par ailleurs, que l'article 170 de la Constitution assure la légalité de l'impôt. Ce principe prévoit que seule la loi peut fixer les éléments essentiels de l'impôt tels que définis par la Cour constitutionnelle, soit la base imposable, le taux d'imposition et les éventuelles exonérations et diminutions d'impôt<sup>142</sup>. Ils sont donc, en principe, appelés à demeurer en dehors de toute tractation contractuelle menée par le pouvoir exécutif.

76. L'on relève cependant que plusieurs dispositions fiscales autorisent expressément le Ministre des Finances à conclure des transactions avec les redevables, à condition que ces transactions n'impliquent pas d'exemption ou de modération de l'impôt.

Il s'agit de l'article 84, alinéa 2, du Code de la taxe sur la valeur ajoutée, de l'article 219, alinéa 4, du Code des droits d'enregistrement, de l'article 141, alinéa 4, du Code des droits de succession et de l'article 202/4, alinéa 4, du Code des droits et taxes divers, dont le phrasé est, chaque fois, similaire<sup>143</sup>.

77. En s'interrogeant sur la compatibilité de ces dispositions avec l'ordre public et les principes constitutionnels dont il a été question, la doctrine a abouti à une distinction plus générale entre la transaction sur les questions de fait et la transaction sur les questions de droit<sup>144</sup> : la première serait permise, contrairement à la seconde.

Le fonctionnaire de l'administration fiscale peut ainsi, en principe, conclure une transaction avec le contribuable par rapport aux données de fait qui sous-tendent le calcul de l'impôt<sup>145</sup>. À titre

administratief recht », *op. cit.*, p. 703 ; D. RENDERS, T. BOMBOIS, B. GORS, C. THIEBAUT et L. VANSNICK, *Droit administratif*, t. III, *Le contrôle de l'administration*, *op. cit.*, p. 447, n° 938.

<sup>142</sup> C. const., 24 avril 2008, n° 72/2008, B.6 ; C. const., 13 juin 2013, n° 83/2013, B.9.2.

<sup>143</sup> L'on se borne ici à relever que la nature de ces transactions est discutée, sans que cela n'énervé le raisonnement que l'on développe au n° 77. Voy. J. DE GAVRE, *Le contrat de transaction en droit civil et en droit judiciaire privé*, *op. cit.*, p. 356, n° 281 ; B. TILLEMANS, I. CLAEYS, C. COUDRON et K. LOONTJENS, *Dading*, *op. cit.*, p. 297, n° 617 ; A. HENKES, « "Le droit fiscal est d'ordre public !" So what ? – De la relativité de l'ordre public en droit fiscal et du rôle de la Cour », *op. cit.*, pp. 83-84, n° 74. Voy. *supra*, n° 2.

<sup>144</sup> J. DE GAVRE, *Le contrat de transaction en droit civil et en droit judiciaire privé*, *op. cit.*, p. 356, n° 281 ; C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil*, *op. cit.*, p. 173 ; A. VANDER STICHELE, « De dading in het administratief recht », *op. cit.*, pp. 702-703 ; M. PÂQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, *op. cit.*, pp. 356-357 ; P. WAETERINCKX et P. CABOOR, « Dading door de overheid », *op. cit.*, pp. 245-246 ; E. VAN DE VELDE, « *Afspraken met de fiscus : de grenzen, juridische kwalificatie en rechtsgevolgen* », *op. cit.*, pp. 279-292 ; D. RENDERS, T. BOMBOIS, B. GORS, C. THIEBAUT et L. VANSNICK, *Droit administratif, Le contrôle de l'administration*, *op. cit.*, p. 447, n° 938 ; N. PORTUGAELS, « Enkele knelpunten bij een dading op de grens tussen het privaatrecht en publiekrecht », *op. cit.*, p. 224, n° 17 ; N. PORTUGAELS, « Douanerechtelijk transigeren : naar de kwalificatie van vaststellingsovereenkomst en een billijke toepassing van dwaling », *op. cit.*, p. 710, n° 11.

<sup>145</sup> M. PÂQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, *op. cit.*, p. 356, n° 290 ; D. RENDERS, T. BOMBOIS, B. GORS, C. THIEBAUT et L. VANSNICK, *Droit administratif, Le contrôle de l'administration*, *op. cit.*, p. 447, n° 938 ; N. PORTUGAELS, « Enkele knelpunten bij een dading op de grens tussen het privaatrecht en publiekrecht », *op. cit.*, p. 224.

d'exemple, l'administration peut transiger sur la valeur de la matière imposable<sup>146</sup>.

En revanche, l'on ne saurait admettre qu'une transaction porte sur l'établissement de l'impôt, c'est-à-dire avoir trait aux données de droit qui en constituent des éléments essentiels<sup>147</sup>. À titre d'exemples, sont interdites la transaction portant sur le montant de l'impôt dû en principal, octroyant par exemple une exonération, de même que celle qui porte sur le taux légal d'imposition, ou encore la transaction sur la question de savoir si l'impôt est dû ou ne l'est pas<sup>148</sup>.

#### a.2. Les limites afférentes à la réglementation de certains contrats publics

78. En transigeant, l'autorité publique ne saurait prendre d'engagement contraire à la réglementation relative aux marchés publics et aux concessions de travaux et de services<sup>149</sup> ou contraire aux principes généraux du droit de la commande publique, tels que les principes de concurrence, d'égalité entre les soumissionnaires et de transparence.

79. Dans cette perspective, une autorité publique ne saurait tenter de dissimuler l'attribution d'un marché public ou d'une concession dans un contrat de transaction, en méconnaissance de la réglementation relative à l'attribution de ces contrats publics<sup>150</sup>.

L'on précise, en outre, que le contrat de transaction conclu entre le pouvoir adjudicateur et un ou plusieurs soumissionnaires relatif à l'attribution d'une concession ou d'un marché public pourrait donner lieu à l'application des mesures prévues en cas d'entente de nature à fausser les conditions normales de la concurrence<sup>151</sup>.

80. C'est en ce sens que la Cour de justice de l'Union européenne s'est prononcée dans un arrêt du 14 novembre 2013 rendu sur question préjudicielle<sup>152</sup>. Dans cet arrêt, la Cour a décidé que

<sup>146</sup> A. VANDER STICHELE, « De dading in het administratief recht », *op. cit.*, p. 702 ; C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil*, *op. cit.*, p. 173.

<sup>147</sup> A. VANDER STICHELE, « De dading in het administratief recht », *op. cit.*, p. 702 ; M. PÂQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, *op. cit.*, p. 356, n° 290 ; B. TILLEMANS, I. CLAEYS, C. COUDRON et K. LOONTJENS, *Dading*, *op. cit.*, p. 297, n° 617.

<sup>148</sup> A. VANDER STICHELE, « De dading in het administratief recht », *op. cit.*, p. 702 ; C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil*, *op. cit.*, p. 173 ; B. CAMBIER et L. CAMBIER, « Médiateurs ou médiation en droit public », *op. cit.*, p. 261.

<sup>149</sup> La loi du 17 juin 2016 « relative aux marchés publics » (*M.B.*, 14 juillet 2016) et la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession (*M.B.*, du 14 juillet 2016) ainsi que les arrêtés royaux y relatifs.

<sup>150</sup> Civ. Bruxelles, 23 mars 1987, *Entr. et dr.*, 1991, pp. 145 et s., Cour des Comptes, 146<sup>e</sup> cahier d'observations, pp. 139-143, cités par P. LEWALLE et L. DONNAY, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 232, n° 203, note n° 942.

<sup>151</sup> Art. 5 de la loi du 17 juin 2016 « relative aux marchés publics » précitée ; art. 25 de la loi du 17 juin 2016 « relative aux contrats de concession » précitée ; A.-L. DURVIAUX, D. FISSE, B. MARÉCHAL et R. SIMAR, « L'arbitrage en droit public et l'expérience d'autres modes alternatifs de résolution des conflits en droit public », *op. cit.*, p. 364.

<sup>152</sup> C.J.U.E., arrêt *Belgacom NV*, n° C-221/12 du 14 novembre 2013 ; C.E., arrêt *Belgacom NV*, n° 227.535 du 26 mai 2014.



l'autorité publique ne pouvait s'engager à attribuer une concession de services ou un droit exclusif d'exercer une activité présentant un intérêt transfrontalier certain à titre de concession transactionnelle, au risque de méconnaître le principe d'égalité et de non-discrimination, ainsi que le principe de transparence.

81. Un arrêt du Conseil d'État *SCRL Bruxelles-Energie* du 10 mars 2017 interpelle à cet égard<sup>153</sup>.

Dans le cadre de l'affaire ayant donné lieu à cet arrêt, le Conseil d'État avait déjà rendu un arrêt en 2016, par lequel il avait annulé la décision prise par l'autorité publique d'attribuer un marché public de services de valorisation des combustibles de substitution<sup>154</sup>.

À la suite de cet arrêt, le pouvoir adjudicateur et la partie requérante dans le cadre de ce recours entament des négociations visant à conclure un accord transactionnel permettant le traitement, dans les installations de la requérante, des combustibles solides de substitution produits par le pouvoir adjudicateur. Suite à ces négociations, ce dernier adopte une « [n]ouvelle délibération motivée d'attribution du marché après arrêt d'annulation du Conseil d'État », par laquelle il attribue le marché de valorisation des combustibles de substitution à la requérante, « de façon à ouvrir le droit au renouvellement du marché sur base d'une procédure négociée sans publicité ». Est également adoptée une « [d]élibération motivée d'attribution du marché dans le cadre d'une procédure négociée sans publicité », par laquelle le marché de valorisation des combustibles de substitution est attribué, pour l'année 2017, à la requérante.

Le Conseil d'État a eu à connaître de ces négociations dans le cadre d'un recours introduit à l'encontre d'une autre procédure d'attribution lancée en parallèle par la même autorité.

L'on regrette que le Conseil d'État n'ait davantage examiné la régularité des négociations menées en vue de l'attribution d'un marché public et des décisions qui en ont découlé.

82. Cela étant, si l'autorité publique ne peut tenter de contourner les règles relatives à l'attribution d'un marché public ou d'une concession par le biais d'un contrat de transaction, cela ne signifie pas pour autant qu'aucun contrat de transaction ne peut être conclu sur un litige né de l'attribution irrégulière de tels contrats.

À titre d'exemple, le contrat de transaction visant à octroyer une indemnité au soumissionnaire irrégulièrement évincé ne nous paraît pas critiquable, dès lors que l'irrégularité dénoncée

dans la procédure d'attribution est suffisamment établie.

Le Conseil d'État a eu à connaître d'un contrat de transaction conclu des suites de l'attribution irrégulière d'un marché public dans l'arrêt *Gemeente Oostrozebeke*, dont il a déjà été question. En l'espèce, la commune d'Oostrozebeke avait conclu un contrat de transaction avec l'entrepreneur qui avait effectué les travaux faisant l'objet du marché irrégulièrement attribué<sup>155</sup>, par lequel elle s'engageait à payer seulement une partie de la facture. Le Conseil d'État – à la différence de l'autorité de tutelle qui avait eu à connaître de la même transaction – a décidé, par une formule ambiguë, que la conclusion d'une transaction n'exigeait « aucune obligation régulière antérieure »<sup>156</sup>.

83. Au-delà de l'attribution, le droit des marchés publics impose également au pouvoir adjudicateur de respecter certaines formalités au stade de l'exécution du marché public, auxquelles il ne saurait être obvié par le biais d'un contrat de transaction.

84. Dans cette perspective, la Cour de justice de l'Union européenne s'est récemment prononcée à propos des modifications substantielles d'un marché prévues aux termes d'un contrat de transaction visant à régler un litige issu de l'exécution du contrat.

Dans un arrêt du 7 septembre 2016<sup>157</sup>, la Cour a décidé qu'« après l'attribution d'un marché public, une modification substantielle ne peut pas être apportée à celui-ci sans l'ouverture d'une nouvelle procédure de passation de marché même lorsque cette modification constitue, objectivement, un mode de règlement transactionnel, emportant des renonciations réciproques de la part des deux parties, en vue de mettre un terme à un litige, dont l'issue est incertaine, né des difficultés auxquelles se heurte l'exécution de ce marché », et qu'il n'en serait autrement que si « les documents dudit marché prévoyaient la faculté d'adapter certaines conditions, même importantes, de celui-ci après

<sup>155</sup> Le marché avait été attribué par l'échevin des Travaux publics seul, là où le collège des bourgmestre et échevins était compétent.

<sup>156</sup> C.E., arrêt *Gemeente Oostrozebeke*, n° 157.351 du 6 avril 2006 ; A.-L. DURVIAUX, D. FISSE, B. MARÉCHAL et R. SIMAR, « L'arbitrage en droit public et l'expérience d'autres modes alternatifs de résolution des conflits en droit public », *op. cit.*, p. 355.

<sup>157</sup> C.J.U.E., arrêt *Finn Frogne A/S*, C-549 du 7 septembre 2016, note C. DE KONINCK, « Presetextrechtspraak toegepast op wijzigingen van opdracht voortvloeiend uit dading ter beëindiging van uitvoeringsgeschil », *N.J.W.*, 2016, liv. 347, pp. 630-631 ; M. VASTMANS et C. VAN AUDENHAEGE, « À l'avenir, sera-t-il encore possible de modifier un marché public en cours d'exécution ? Dans l'affirmative, selon quelles modalités et conditions ? », in *Jaarboek Overheidsopdrachten 2016-2017 / Chronique des Marchés Publics 2016-2017*, Bruxelles, EBP Consulting, 2017, pp. 581-609 ; A. VANDEBURIE, « Brèves observations sur le règlement transactionnel de différends d'exécution dans les marchés publics à la suite de l'arrêt *Finn Frogne* », *M.C.P.-O.O.O.*, 2017/2, pp. 191-196.

<sup>153</sup> C.E., arrêt *SCRL Bruxelles-Energie*, n° 237.619, du 10 mars 2017.

<sup>154</sup> C.E., arrêt *SCRL Bruxelles-Energie*, n° 235.416, du 12 juillet 2016.



son attribution et fixaient les modalités d'application de cette faculté ».

En transigeant, le pouvoir adjudicateur doit donc veiller à respecter les limites imposées par la section 5 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 « établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics »<sup>158</sup>, qui fixent les limites dans lesquelles un marché peut être modifié sans nouvelle procédure de passation.

### a.3. Les limites issues du principe de l'indisponibilité des compétences

85. Une troisième limite aux concessions que peut effectuer l'autorité publique se déduit du principe de l'indisponibilité des compétences.

Ce principe fondamental, en droit public, trouve son assise dans l'article 33 de la Constitution<sup>159</sup>. Il veut que les compétences – qui sont d'ordre public<sup>160</sup> – et qui sont attribuées à une autorité publique par la Constitution ou par la loi ne sont pas des droits subjectifs dont elle peut disposer librement<sup>161</sup>.

Il découle de ce principe que l'autorité publique ne saurait conclure une convention aux termes de laquelle elle s'engagerait à exercer ses compétences dans un sens déterminé, par l'adoption d'un acte administratif dont le contenu aurait fait l'objet de négociations<sup>162</sup>.

L'autorité publique ne saurait davantage renoncer à exercer effectivement le pouvoir d'appréciation qui est le sien<sup>163</sup>.

86. L'on en déduit, par conséquent, que l'autorité publique n'est pas habilitée à transiger sur l'exercice de ses compétences<sup>164</sup> et que le contrat de transaction aux termes duquel la concession de l'autorité publique réside dans l'adoption d'un acte administratif déterminé est entaché de nullité abso-

lue, dès lors qu'il viole le principe constitutionnel de l'indisponibilité des compétences.

L'acte administratif adopté par l'autorité publique dans le seul but d'exécuter le contrat de transaction souffre, lui, d'un défaut de motivation matérielle<sup>165</sup>.

87. En sus du principe de l'indisponibilité des compétences, la promesse d'adopter un acte administratif déterminé nous paraît également inconciliable avec l'application du principe de mutabilité<sup>166</sup>.

La raison en est que le contrat de transaction possède l'autorité de chose jugée en dernier ressort en vertu de l'article 2052 du Code civil. Par le biais de ce contrat, les parties renoncent à « toute action et prétention quant aux droits et biens dont [le contrat de transaction] comporte l'abandon »<sup>167</sup>. Or, l'autorité publique doit toujours agir dans l'intérêt général, fût-ce en violation des termes d'un contrat de transaction.

89. À titre d'exemple, une autorité publique ne saurait, à titre de concession transactionnelle, s'engager envers son cocontractant à lui octroyer une autorisation de police générale ou un permis d'urbanisme, sans que ceux-ci ne soient motivés respectivement par des éléments relatifs au maintien de l'ordre ou par des motifs urbanistiques<sup>168</sup>.

Dans le même sens, une autorité publique ne pourrait simplement renoncer à user d'une compétence qui est la sienne, en s'engageant par exemple à s'abstenir de toute intervention et à ne pas modifier la réglementation applicable pendant un certain temps<sup>169</sup>, ou en renonçant à exproprier une parcelle donnée<sup>170</sup>.

90. L'interdiction faite à l'autorité publique de s'engager sur l'exercice de ses compétences nous

<sup>158</sup> M.B., 14 février 2013.

<sup>159</sup> E. LANCKSWERDT, « Bemiddeling met en door gemeenten », *op. cit.*, p. 109, n° 41 ; P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, *op. cit.*, p. 316 ; P.-F. HENRARD, « La médiation en droit administratif : ébauche d'un mode d'emploi », *op. cit.*, p. 374.

<sup>160</sup> C.E., arrêts *Hemberg*, n°s 232.030 et 232.029 du 12 août 2015 ; B. GORS, « Du changement à la mutabilité, en passant par l'adaptation continue : retour sur une loi particulière du service public dominant l'action administrative en général », *op. cit.*, p. 318.

<sup>161</sup> E. LANCKSWERDT, « Bemiddeling met en door gemeenten », *op. cit.*, p. 109 ; L. DE GEYTER, « Alternatieve methoden tot beslechting van bestuursgeschillen », *C.D.P.K.*, 2005, p. 775 ; L. CAMBIER et B. CAMBIER, « Médiateurs ou médiation en droit public », *op. cit.*, p. 261. P.-F. HENRARD, « La médiation en droit administratif : ébauche d'un mode d'emploi », *op. cit.*, p. 374.

<sup>162</sup> D. DÉOM, « Les instruments du droit administratif à l'épreuve des "partenariats public-privé" », *op. cit.*, p. 216 ; P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, *op. cit.*, pp. 316 et 644.

<sup>163</sup> C.E., arrêt *Van Bellinghen*, n° 206.855 du 29 juillet 2010 ; P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, *op. cit.*, pp. 270 et 645.

<sup>164</sup> J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 42 ; B. CAMBIER et L. CAMBIER, « Médiateurs ou médiation en droit public », *op. cit.*, p. 261 ; P. LEWALLE et L. DONNAY, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 232 ; B. PLESSIX, « Transaction et droit administratif », *op. cit.*, p. 139.

<sup>165</sup> D. DÉOM, « Les instruments du droit administratif à l'épreuve des "partenariats public-privé" », *op. cit.*, p. 215.

<sup>166</sup> M. PÂQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, *op. cit.*, pp. 221 et 355 ; D. DÉOM, P.-Y. ERNEUX, D. LAGASSE et M. PÂQUES, « Domaine public, domaine privé, biens des pouvoirs publics », *Rép. not.*, t. XIV, *Le droit public et administratif*, l. 7, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 171, n° 104 ; D. DÉOM, « Les instruments du droit administratif à l'épreuve des "partenariats public-privé" », *op. cit.*, p. 216 ; D. RENDERS, T. BOMBOIS, B. GORS, C. THIEBAUT et L. VANSNICK, *Droit administratif. Le contrôle de l'administration*, *op. cit.*, p. 414, n° 879 ; B. GORS, « Du changement à la mutabilité, en passant par l'adaptation continue : retour sur une loi particulière du service public dominant l'action administrative en général », *op. cit.*, pp. 316 et s.

<sup>167</sup> J. DE GAVRE, *Le contrat de transaction en droit civil et en droit judiciaire privé*, *op. cit.*, p. 78, n° 49.

<sup>168</sup> D. DÉOM, « Les instruments du droit administratif à l'épreuve des "partenariats public-privé" », *op. cit.*, pp. 214-215.

<sup>169</sup> P. WAETERINCKX et P. CABOOR, « Dading door de overheid », *op. cit.*, p. 245 ; D. DÉOM, « Les instruments du droit administratif à l'épreuve des "partenariats public-privé" », *op. cit.*, p. 216 ; P. LEWALLE et L. DONNAY, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 232 ; D. RENDERS, T. BOMBOIS, B. GORS, C. THIEBAUT et L. VANSNICK, *Droit administratif. Le contrôle de l'administration*, *op. cit.*, p. 414, n° 879.

<sup>170</sup> C.E., arrêt *Tirtiaux*, n° 69.713 du 20 novembre 1997 ; P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, *op. cit.*, p. 645.



paraît pouvoir être tempérée dans une hypothèse particulière.

Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle, dans le cadre du litige sur lequel les parties souhaitent transiger, l'autorité publique reconnaît l'irrégularité d'un acte qu'elle a adopté. En vertu du principe de légalité que consacre l'article 159 de la Constitution, il nous semble que l'autorité publique doit pouvoir s'engager, de manière irrévocable, à corriger l'illégalité, ce qui peut se matérialiser par un engagement à retirer l'acte illégal – dans le respect de la théorie du retrait d'acte<sup>171</sup> – et, le cas échéant, par la promesse d'adopter un nouvel acte, à la suite d'un nécessaire réexamen.

91. Certains auteurs affirment qu'un accord conclu par une autorité publique comportant un engagement sur l'exercice de ses compétences est envisageable à plusieurs conditions : qu'il ne soit pas contraire à la législation en vigueur ou à un principe général de droit, qu'il ne viole pas la répartition des compétences entre les autorités publiques et qu'il ne limite pas la marge d'appréciation de l'autorité publique<sup>172</sup>.

L'on pourrait en effet concevoir que l'autorité s'engage à adopter un acte administratif déterminé, en précisant qu'elle tiendra compte de l'intérêt général et de tout autre élément nouveau lors de l'adoption de l'acte, se réservant ainsi la marge d'appréciation qui est sienne<sup>173</sup>.

On pourrait même, de façon générale, imaginer que l'autorité publique souscrive un engagement sur un objet d'ordre public, à condition que cet engagement ne soit pris qu'à titre précaire et révoquable *ad nutum*<sup>174</sup>.

De cette manière, comme l'écrivent David Renders et ses coauteurs concernant la médiation, il est possible de déranger l'ordre public sans le méconnaître<sup>175</sup>.

Un tel engagement nous paraît néanmoins incompatible avec la nature du contrat de transaction<sup>176</sup>, qui prévoit que les parties sont contraintes d'exécuter ce à quoi elles se sont engagées et abandonnent définitivement toute prétention, conformément à l'article 2052 du Code civil.

#### b. Les limites afférentes au montant des concessions de l'autorité publique

92. Au regard des limites que l'on a étudiées, il apparaît que le contentieux de la responsabilité civile de l'administration est particulièrement propice à la conclusion d'un contrat de transaction, aux termes duquel l'autorité publique s'engage à indemniser son cocontractant. Dans ce cadre, la concession de l'autorité publique résidera fréquemment dans le paiement d'une somme d'argent.

Dans la détermination du montant de l'indemnité, l'autorité publique doit être attentive à ne pas octroyer une libéralité ou une aide d'État interdite.

93. L'autorité publique ne saurait conclure un contrat de transaction aux termes duquel elle concéderait une libéralité<sup>177</sup>. Il est donc requis que le montant de l'indemnité ne soit pas manifestement trop élevé au regard du préjudice dont il est question dans le cadre du litige<sup>178</sup>.

94. Par ailleurs, ainsi que l'ont relevé David Renders et ses coauteurs, « le recours à la transaction par un pouvoir public – ou au moyen de ressources publiques – pose question au regard des règles européennes relatives aux aides d'État » contenues aux articles 107 à 109 du TFUE<sup>179</sup>.

Les auteurs évoquent à ce propos l'arrêt *DMT* du 29 juin 1999 rendu par la Cour de justice de l'Union européenne sur question préjudicielle du Tribunal de commerce de Bruxelles<sup>180</sup>. Dans cet arrêt, la Cour de justice a considéré que les facilités de paiements de cotisations de sécurité sociale octroyées de manière discrétionnaire par l'Office national de sécurité sociale à l'entreprise *DMT* constitueraient des aides d'État interdites au sens de l'article 107 du TFUE si, « compte tenu de l'importance de l'avantage économique ainsi octroyé, l'entreprise n'aurait manifestement pas obtenu des facilités comparables d'un créancier privé se trouvant, à son égard, dans la même situation que l'organisme collecteur »<sup>181</sup>.

Une décision de la Commission européenne a également averti de ce risque, aux termes d'une analyse de l'application de l'article 84 du Code de la TVA<sup>182</sup>. En l'espèce, la Commission a conclu à l'absence de concessions disproportionnées de

<sup>171</sup> P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, op. cit., pp. 379-386. D. RENDERS, *Droit administratif général*, op. cit. pp. 38-598.

<sup>172</sup> E. VAN DE VELDE, 'Afspraken' met de fiscus : de grenzen, *juridische kwalificatie en rechtsgevolgen*, op. cit., pp. 382 et s. ; N. PORTUGAELS, « Enkele knelpunten bij een dading op de grens tussen het privaats- en publiekrecht », op. cit., p. 230, n° 31.

<sup>173</sup> P.-F. HENRARD, « La médiation en droit administratif : ébauche d'un mode d'emploi », op. cit., p. 374.

<sup>174</sup> D. RENDERS, T. BOMBOIS, B. GORS, C. THIEBAUT et L. VANSNICK, *Droit administratif, Le contrôle de l'administration*, op. cit., p. 416.

<sup>175</sup> *Ibid.*

<sup>176</sup> *Ibid.*, pp. 414-416 ; P.-F. HENRARD, « La médiation en droit administratif : ébauche d'un mode d'emploi », op. cit., p. 374.

<sup>177</sup> P. LEWALLE et L. DONNAY, *Contentieux administratif*, op. cit., p. 232, n° 403. *Compar.* C.E. (fr), arrêt du 19 mars 1971, *Sieurs Mergui*, *Rec.*, p. 235, concl. ROUGEVIN-BAVILLE.

<sup>178</sup> J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, op. cit., p. 43, note n° 47.

<sup>179</sup> D. RENDERS, T. BOMBOIS, B. GORS, C. THIEBAUT et L. VANSNICK, *Droit administratif, Le contrôle de l'administration*, op. cit., p. 432, note n° 2107.

<sup>180</sup> C.J.U.E., arrêt *DMT* du 29 juin 1999, C-256/97, *Rec.*, pp. I-3926 et s.

<sup>181</sup> *Ibid.*, p. I-3935.

<sup>182</sup> Décision de la Commission du 26 mai 2010 « concernant l'aide d'État sous la forme d'un accord fiscal transactionnel mise à exécution par la Belgique en faveur de la société Umicore SA (ex- "Union Minière SA") », *J.O.U.E.*, 11 mai 2011, L122, p. 76. À propos de ces accords transactionnels, voy. *supra*, n° 2.



la part des autorités fiscales belges et a, partant, considéré que celles-ci n'avaient octroyé aucun avantage économique ou financier dans le cadre de l'accord transactionnel<sup>183</sup>.

### c. Les limites afférentes aux effets

95. Par la conclusion d'un contrat de transaction, les parties mettent un terme définitif à leur litige, en renonçant à remettre en cause l'accord qu'elles ont conclu.

Ainsi que l'observe Paul Lewalle, « un tel obstacle [aux recours] ne peut surgir dans le domaine des recours reconnus d'ordre public, à l'exercice desquels on ne peut conventionnellement renoncer »<sup>184</sup>.

Le recours pour excès de pouvoir étant réputé d'ordre public, il est de jurisprudence constante qu'il n'est pas possible de renoncer, avant l'adoption d'un acte administratif, à introduire un recours à l'encontre de celui-ci<sup>185</sup>.

Partant, un contrat de transaction conclu préalablement à l'adoption d'un acte administratif ne pourra pas faire obstacle à un recours subséquent, dès lors que celui-ci ne pourra être déclaré irrecevable en raison de la transaction intervenue<sup>186</sup>.

96. Dans un arrêt du 10 mars 2017 – dont on a déjà rapporté le contenu –, le Conseil d'État applique ce raisonnement au contrat de transaction<sup>187</sup>.

Le Conseil d'État a décidé que « seul un acquiescement postérieur à l'adoption d'un acte peut justifier l'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir, formé contre cet acte », et que « l'adoption de l'acte attaqué, en date du 24 janvier 2017, étant postérieure à la conclusion de la convention transactionnelle, que la partie adverse date elle-même du 5 janvier 2017, le Conseil d'État n'aperçoit pas en quoi l'intérêt à la présente demande examinée en l'espèce serait – pour le motif invoqué aux termes de l'exception d'irrece-

vabilité – dépourvu de la légitimité requise ». Le Conseil d'État a, partant, accueilli le recours introduit malgré l'existence d'un contrat de transaction, dont la partie adverse prétendait qu'il fondait le caractère illégitime de l'intérêt au recours.

97. Il est toutefois permis de s'interroger sur la différence de traitement entre la renonciation à introduire un recours qui serait antérieure à l'adoption de l'acte administratif et celle qui lui serait postérieure.

Dès lors que le recours pour excès de pouvoir est d'ordre public et qu'il est interdit aux parties de déroger à une règle d'ordre public ou de renoncer à son bénéfice par le biais d'un contrat de transaction<sup>188</sup>, ne devrait-il pas être considéré que la renonciation à un recours, même postérieure à l'adoption de l'acte, est également interdite ?

L'on est enclin à considérer que la réponse réside dans la délimitation de ce qui est réellement d'ordre public. Il s'agirait, selon nous, du seul recours contre l'acte qui n'existe pas encore, celui-ci perdant son caractère d'ordre public une fois l'acte adopté.

## CONCLUSIONS

98. En droit privé comme en droit public, le contrat de transaction offre aux parties de régler le litige qui les oppose de manière rapide et économique, par le biais de concessions réciproques.

L'on a établi que l'autorité publique pouvait recourir au contrat de transaction pour terminer les litiges auxquels elle est partie, à la condition de veiller au rôle de chaque organe, à chaque stade du processus transactionnel.

Elle peut transiger *a priori* en toute matière, dès lors que c'est au regard des concessions de l'autorité que s'examine la validité du contrat de transaction.

L'on est donc enclin à considérer que tracer une frontière entre les litiges sur lesquels l'autorité publique peut transiger et ceux sur lesquels il lui est interdit de le faire relève d'un exercice périlleux.

99. L'on soutient que dans des domaines reconnus comme étant d'ordre public, tels que les contentieux liés au domaine public et au droit fiscal, la transaction n'est pas proscrite mais ne peut être envisagée que dans une stricte mesure. L'autorité publique peut donc transiger plus librement dans des contentieux étrangers à l'ordre public, tels que celui de la responsabilité civile de l'administration.

<sup>183</sup> *Ibid.*, n<sup>os</sup> 223 et 224.

<sup>184</sup> P. LEWALLE et L. DONNAY, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 232, n<sup>o</sup> 203 ; B. PLESSIX, « Transaction et droit administratif », *op. cit.*, p. 139 ; P.-F. HENRARD, « La médiation en droit administratif : ébauche d'un mode d'emploi », *op. cit.*, p. 376 ; T.A. Amiens, 14 avril 2007, *Dr. Adm.*, 2008, pp. 38 et s., obs. F. NICOD, cité par P. LEWALLE et L. DONNAY, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 232, n<sup>o</sup> 203. Compar. M. LEROY, *Contentieux administratif*, 5<sup>e</sup> éd., Limal, Anthemis, 2011, p. 479.

<sup>185</sup> C.E., arrêt *Genicot et consorts*, n<sup>o</sup> 131.498 du 17 mai 2004 ; C.E., arrêt *Gérard*, n<sup>o</sup> 224.883 du 1<sup>er</sup> octobre 2013. Un arrêt *S.C.R.L. Intercommunale de santé publique du Pays de Charleroi*, n<sup>o</sup> 233.302 du 17 décembre 2015, tempère cette jurisprudence en précisant que « dans des circonstances particulières [un] acquiescement à une décision antérieure (sic) à son adoption fait perdre l'intérêt au recours, comme dans l'hypothèse où l'acte attaqué, soit fait suite à une demande de la partie requérante elle-même de statuer dans le sens qui a été retenu par l'acte attaqué, soit est formulé en des termes sur lesquels la partie requérante a marqué son accord au cours de la procédure administrative ». Voy. L. DONNAY et P. LEWALLE, *Manuel de l'exécution des arrêts du Conseil d'État*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 195.

<sup>186</sup> C.E., arrêt *Gérard*, n<sup>o</sup> 224.883, du 1<sup>er</sup> octobre 2013.

<sup>187</sup> C.E., arrêt *S.C.R.L. Bruxelles-Energie*, n<sup>o</sup> 237.619, du 10 mars 2017.

<sup>188</sup> Voy. *supra*, n<sup>o</sup> 24.



Par ailleurs, la réglementation relative aux marchés publics et aux concessions ainsi que les principes d'égalité, de concurrence, et de transparence balisent la marge de manœuvre de l'autorité publique. Dans le respect de ces limites, le contentieux lié aux contrats publics est également propice au développement du contrat de transaction.

100. Au terme de cette étude, l'on est d'avis que la transaction doit être utilisée avec précaution au sein du contentieux de la légalité de l'action des autorités publiques.

La raison principale en est que l'indisponibilité des compétences administratives s'oppose à ce qu'une autorité publique s'engage de manière irrévocable à adopter un acte administratif déterminé, à titre de concession transactionnelle.

Par ailleurs, il n'est pas possible de renoncer à introduire un recours pour excès de pouvoir

contre un acte administratif, préalablement à l'adoption de cet acte<sup>189</sup>. La transaction, qui vise à exclure toute contestation ultérieure des engagements pris, ne peut néanmoins pas faire obstacle au recours introduit contre un acte administratif, quand bien même les parties se seraient accordées à ce sujet.

101. Le droit public s'enrichit d'une institution telle que le contrat de transaction, dont les applications peuvent encore être explorées par la jurisprudence et la doctrine. Correctement mis en œuvre, il constitue un instrument permettant une bonne gestion publique. Nous plaidons pour son utilisation – à bon escient.

<sup>189</sup> Sous réserve des tempéraments apportés par l'arrêt du Conseil d'État *S.C.R.L. Intercommunale de santé publique du Pays de Charleroi*, n° 233.302 du 17 décembre 2015.

