



HAL
open science

Ordre public et transaction

William Dross

► **To cite this version:**

William Dross. Ordre public et transaction. Ordre public et transaction, Dec 2005, LYON, France. p. 63-85. hal-00457625

HAL Id: hal-00457625

<https://univ-lyon3.hal.science/hal-00457625v1>

Submitted on 17 Feb 2010

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

ORDRE PUBLIC ET TRANSACTION

S'il fallait répondre aux canons de l'introduction et définir les termes du sujet, alors jamais celle-ci (ni *a fortiori* les développements subséquents) n'aurait eu la moindre chance de voir le jour. Assurément, nul n'a jamais su ce qu'est l'ordre public et sans doute personne ne sait-il non plus exactement ce qu'est une transaction, à moins que ce colloque n'apporte des lumières définitives, pourquoi pas... Renonçant à définir les notions d'ordre public et de transaction, reste heureusement le troisième terme du sujet, la conjonction de coordination « et », sur laquelle il est possible de s'arrêter. La question des liens unissant l'ordre public et la transaction peut être appréhendée sous deux aspects, celui de la technique juridique, dans laquelle se complait souvent le juriste, et celui de la politique juridique où, assumant ouvertement une posture militante, il s'aventure plus rarement.

Au plan technique, envisager les rapports qu'entretiennent l'ordre public et la transaction poursuit un vieux rêve, celui d'assigner à ce contrat des domaines dans lesquels il pourrait prospérer sans entrave et d'autres dans lesquels il serait prohibé. Tracer une ligne claire afin que le juriste s'y retrouve avec facilité : d'un côté les matières d'ordre public, où il serait interdit de recourir à la transaction, de l'autre celles où les parties, ayant la libre disposition de leurs droits, pourraient en user sans modération. Ce rêve est une chimère, d'abord parce que l'idée est trop simple pour être exacte. L'ordre public de protection n'a jamais constitué un obstacle radical à la transaction, si bien qu'il faudrait distinguer entre les règles relevant de l'ordre public de protection et celles relevant de l'ordre public de direction, seules ces dernières chassant la transaction. Une telle entreprise supposerait de pouvoir clairement faire le départ entre ces deux catégories d'ordre public, tâche ardue¹. Ensuite parce que, même dans les matières qui paraissent relever assez nettement de l'ordre public de direction, la transaction n'est jamais totalement absente. Ainsi, l'état des personnes est hors commerce et l'on enseigne généralement que la transaction en est bannie. Rien n'interdit toutefois à un époux dont le mariage est entaché d'une cause de nullité relative de renoncer solliciter l'annulation de son union en contrepartie d'un avantage quelconque : la transaction ainsi conclue affecte pourtant directement sa qualité d'époux. Pareillement, le droit des procédures collectives, qui tend à la sauvegarde des emplois et du tissu économique, concerne indubitablement l'intérêt général : loin d'en être exclue, la transaction est seulement soumise à autorisation judiciaire². Quant à la matière pénale, bastion de l'ordre public, la transaction gagne chaque jour davantage de terrain, ce dont témoigne la consécration de la composition pénale. Sans multiplier les exemples il faut renoncer à cette idée simple qui n'est en définitive que simpliste selon laquelle la transaction n'aurait pas droit de cité dans les matières d'ordre public et cela, même à cantonner l'interdiction au seul ordre public de direction.

C'est autrement en vérité que se dessinent les relations entre ordre public et transaction : sans l'interdire radicalement dans aucun domaine, il s'agit de vérifier au cas par cas si le contenu de la transaction respecte les impératifs de l'ordre public. Parce que l'article 2046 du Code

¹ Comparer, pour une tentative d'isolement de matières « absolument indisponibles » dans lesquelles le recours à la transaction, et plus largement, aux modes alternatifs de règlement des litiges, serait impossible, même sous le contrôle du juge, S. Guinchard *et alii*, *Droit processuel. Droit commun et comparé du procès*, Dalloz 2005 n°592.

² C. com., art. L. 622-7 al. 2. Certes, la Cour de cassation a pu décider que la transaction aux termes de laquelle le liquidateur avait renoncé à l'effet extinctif attaché au défaut de déclaration d'une créance était nulle. Mais le fondement en est que « l'article 158 de la loi du 25 janvier 1985 ne confère pas au liquidateur, même autorisé par le juge commissaire, le pouvoir de renoncer à l'extinction d'une créance par l'article 53 de ladite loi » (Cass. com., 23 nov. 1999 : D. 2000 cah. dr. aff. p. 14 obs. A. L.). La nullité est fondée sur un défaut de pouvoir seulement : les créanciers y auraient-ils tous consenti qu'elle aurait très certainement été validée.

civil en fait un contrat, elle est pleinement soumise à son article 6 interdisant de « déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». De ce point de vue, la question des relations entre ordre public et transaction se posera parfois de manière parfaitement classique³ : chaque fois qu'une partie souscrit une obligation nouvelle en contrepartie de la renonciation du cocontractant à exercer une action en justice à son encontre, le caractère illicite ou immoral de l'objet de cette obligation nouvelle entraînera la nullité de la transaction sur le fondement de l'article 6. Cependant, ce qui fait en réalité difficulté, c'est toujours l'autre versant de la transaction, c'est-à-dire la renonciation à saisir les juridictions étatiques afin qu'elles connaissent du différend : le droit positif peut-il tolérer une telle renonciation ? On aura tendance à répondre négativement toutes les fois que l'intervention d'un juge paraît nécessaire à la protection soit de l'intérêt général, soit des intérêts légitimes d'un renonçant faisant figure de partie faible. Les présentations doctrinales de la jurisprudence donnant quelques gages à cette manière de voir, l'ordre public semble restreindre fortement l'usage de la transaction.

Dès cet instant, de purement technique, l'interrogation sur les rapports entre ordre public et transaction devient un enjeu de politique juridique : eu égard aux intérêts que présente ce mode de règlement amiable des litiges, n'est-il pas souhaitable d'atténuer la vigueur d'un ordre public qui l'étouffe⁴ ? On peut lire alors que « sauf à vouloir réduire à l'excès le domaine de la transaction, mode de conclusion naturel des processus de résiliation amiable des litiges, il faut admettre un allègement des contraintes de l'ordre public pesant sur cette convention : la raison en est que celle-ci, bien qu'issue d'une initiative privée, répond cependant à un objectif d'intérêt général qui n'est autre que la pacification des relations sociales »⁵. Avant cependant que de s'associer à ces vœux et d'appeler au nécessaire cantonnement de l'ordre public, encore faut-il prendre l'exacte mesure des forces de cet ennemi désigné de la transaction. Or à un double point de vue, celui-ci est loin d'avoir la puissance qu'on lui prête.

Il est d'abord courant de voir dans l'ordre public la source d'annulations de transactions auxquelles il est en réalité étranger. L'ordre public est une notion dont le juriste déplore souvent l'incertitude mais dont en définitive il s'accommode fort bien : toutes les fois qu'une transaction est annulée par la jurisprudence sans que la *ratio decidendi* de l'arrêt apparaisse clairement, l'ordre public est immédiatement convoqué au soutien de la solution. C'est donc dans un premier temps à un regard critique qu'il convient de se livrer afin de trier le bon grain de l'ivraie. La référence à l'ordre public afin d'expliquer certaines solutions jurisprudentielles invalidant des transactions doit être écartée lorsque cette notion est hors de cause : la contrainte qu'il fait peser sur la transaction n'est ici que virtuelle (I).

Ce premier effort accompli, on peut ensuite envisager posément l'impact réel de l'ordre public sur la transaction. À bien y regarder, le combat qu'entendent mener les partisans des solutions négociées des litiges contre l'emprise d'un ordre public tentaculaire⁶ ne paraîtra guère nécessaire. Contrairement à l'image couramment véhiculée, celui-ci est d'une grande faiblesse et ne s'oppose que fort peu à la validité des transactions. L'ordre public de protection est totalement impropre à interdire la transaction, quant à l'ordre public

³ On peut qualifier ce type de transaction, avec Planiol et Ripert, de transaction constitutive, par opposition aux transactions simplement déclaratives. Sur la distinction, Planiol et Ripert, *Traité théorique et pratique de droit civil français*, T. IX, par Rouast, Savatier, Lepargneur et Besson, LGDJ 1954 n°1590 et 1591.

⁴ « Les bénéfiques attendus des règlements amiables, à savoir la pacification des conflits, peuvent légitimement être mis en concurrence avec les finalités des règles d'ordre public ; que ces dernières, dans des conditions à définir, s'effacent au cas où les parties en conflit parviennent à s'entendre, il ne doit pas y avoir d'obstacle de principe » (S. Guinchard *et alii*, *op. cit.* n°593).

⁵ X. Lagarde, « Transaction et ordre public », D. 2000 p. 217 sq. n°13.

⁶ Notamment en raison de « l'infini développement de l'ordre public de protection » (X. Lagarde, *op. cit.* n°1).

de direction, il est loin d'y faire toujours obstacle. Que la transaction en ait atteint le cœur avec la composition pénale est significatif de ce que l'équilibre des forces opère nettement en faveur de la transaction : l'ordre public ne la contraint finalement que de façon résiduelle (II).

I / L'ORDRE PUBLIC, CONTRAINTE VIRTUELLE

L'idée de transaction est inséparable de celle de renonciation : opposer le caractère bilatéral de la première à l'unilatéralisme de la seconde ne suffit pas à rendre ces institutions étrangères l'une à l'autre. Transiger suppose de renoncer au procès qui avait été sinon intenté, du moins projeté ; si bien que toute transaction véritable porte abandon définitif d'une action en justice. On ne s'étonnera pas alors que qui s'interroge sur le domaine de la transaction s'enquière d'une réponse dans l'étude du domaine de la renonciation. Chaque fois que la renonciation à un droit est interdite, la transaction, parce qu'elle induit de renoncer à l'action en justice qui le garantit, doit l'être pareillement. Il suffira donc de transposer à la transaction les hypothèses de prohibition de la renonciation pour en fixer le domaine, ce qui présente l'avantage d'une part de profiter d'un effort de réflexion déjà accompli ailleurs et d'autre part, plus noblement, d'assurer la cohérence de solutions dont rien ne justifie *a priori* qu'elles puissent diverger.

Or la notion d'ordre public joue un rôle clé quant à la détermination du domaine de la renonciation⁷. Alors qu'on aurait pu penser que toute renonciation à un droit qualifié d'ordre public serait par principe interdite, doctrine et jurisprudence se sont autrement prononcées, admettant une telle renonciation à la condition qu'il s'agisse d'un droit acquis. « S'il est interdit de renoncer par avance aux règles de protection établies par une loi d'ordre public, il est en revanche permis de renoncer aux effets acquis de telles règles »⁸ énonce avec netteté la Cour de cassation, généralisant certaines dispositions éparses du Code civil, interdisant de renoncer tant à une succession non ouverte⁹ qu'à une prescription non accomplie¹⁰ ou encore à la révocation d'une donation pour survenance d'un enfant non venu¹¹. Raisonant *a pari*, la doctrine distingue fréquemment les transactions portant sur des droits acquis, dont la validité ne ferait pas de doute, des transactions relatives à des droits non acquis, que l'ordre public condamnerait.

Cette clé de lecture n'est cependant pas satisfaisante dans la mesure où elle conduit à rattacher à la problématique de l'ordre public des questions qui n'en révèlent pas véritablement et à étendre ainsi à l'excès l'emprise d'une notion insaisissable sur un contrat obscur. Revenir quelques instants tant sur la nature de la transaction (A) que sur sa portée (B) permet d'expliquer certaines solutions jurisprudentielles sans qu'il y ait lieu d'en appeler à la notion d'ordre public.

⁷ Même si la jurisprudence se réfère parfois à l'idée de « droit dont les parties ont la libre disposition » plutôt qu'à la notion même d'ordre public pour départir les hypothèses où la renonciation est admise et celles où elle doit être inefficace (par ex. Cass. com., 2 mars 1999 : n°97-12577 ; Bull. civ. IV n°52), emboîtant ainsi le pas au législateur (v. ainsi l'acquiescement à la demande admis « pour les droits dont les parties ont la libre disposition » : NCPC, art. 408). On a souligné cependant que la notion n'est guère plus précise que celle d'ordre public et qu'elle « témoigne davantage d'un changement de pied terminologique que notionnel » (D. Houtcieff, *Rép. Dalloz V° Renonciation*, 2004, n°43), même si d'autres ont observé que « tandis que le critère de l'ordre public vise les règles de droit, celui de la libre disponibilité vise les droits qui naissent d'une situation juridique » (B. Fauvarque-Cosson, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, LGDJ 1996 n°92).

⁸ Cass. 1^{re} civ., 17 mars 1998 : n° 96-13972 ; Bull. civ. I n°120 ; JCP G 1998, II, 10148 note S. Piedelièvre. V. aussi Cass. soc., 16 mars 1999 : n°96-44551 ; Bull. civ. V n°125. – Cass. soc., 5 fév. 2002 : n°99-45861 ; Bull. civ. IV n°54.

⁹ Art. 1130 al. 2.

¹⁰ Art. 2220.

¹¹ Art. 865.

A / ORDRE PUBLIC ET NATURE DE LA TRANSACTION

Directement empruntée à la problématique des renonciations, la distinction entre droits d'ordre public acquis et non acquis est très fréquemment mobilisée en matière de transaction. Voici un père qui, transigeant avec son fils prodigue, accepte de lui verser un capital en contrepartie de sa renonciation à lui réclamer dans le futur des aliments pour le cas où il tomberait dans le besoin. Une telle transaction sera déclarée nulle parce qu'elle concerne un droit non acquis, autrement dit seulement éventuel, le fils n'étant pas encore dans le besoin. S'il est vrai que les tribunaux n'ont pas eu à connaître d'une telle espèce, ils ont en revanche annulé une transaction entre époux déterminant le montant d'une prestation compensatoire alors qu'aucune procédure de divorce n'avait été engagée¹², et celle qui, passée lors d'une séparation de corps, fixait le montant de la prestation compensatoire pour le cas où celle-ci serait convertie en divorce¹³. Fut pareillement annulée la transaction par laquelle un salarié, dont le contrat de travail était en cours, renonçait à l'indemnité conventionnelle prévue en cas de licenciement, en contrepartie de l'attribution immédiate d'une compensation financière¹⁴. L'idée serait toujours que l'ordre public – ici de protection – s'oppose à ce qu'on puisse transiger sur un droit qu'il garantit, toutes les fois que celui-ci n'est pas encore né.

En dépit de sa large réception, on peut penser que cette analyse de la problématique n'a pas lieu d'être et que la notion d'ordre public n'a aucun rôle à jouer dans ces hypothèses. Si la transaction ne peut être admise, ce n'est pas tant en effet l'ordre public qui s'y oppose que sa nature même.

« La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître » dispose l'article 2044 du Code civil. La généralité de la définition rend difficile la délimitation de son champ d'application exact, lequel peut cependant être précisé au regard de ses effets. Dès l'instant que l'article 2052 la dote de l'autorité de la chose jugée en dernier ressort, son but apparaît clairement : mode alternatif de règlement des litiges, la transaction s'impose comme un avatar du jugement auquel elle emprunte sa force. Il s'agit d'éteindre un litige par une solution convenue entre les parties plutôt que dictée par l'*imperium* du juge. Si la transaction est un décalque du jugement, elle ne doit être admise que dans les cas où un tel jugement pouvait être rendu si les parties, plutôt que de transiger, l'avaient voulu. Or le fils prodigue, non encore tombé dans l'indigence, aurait-il pu saisir le tribunal sur le fondement de l'article 203 du Code civil et obtenir que celui-ci se prononce au fond¹⁵ ? L'époux qui n'a intenté aucune procédure de divorce serait-il admis à réclamer judiciairement une prestation compensatoire à son conjoint ? Le salarié peut-il au cours de l'exécution du contrat de travail réclamer à son employeur une indemnité de licenciement ? La réponse est évidemment négative : de telles demandes seraient déclarées irrecevables, les conditions de naissance de ces droits n'étant pas réunies. Parce qu'une telle action en justice n'est pas ouverte, aucune transaction à son sujet ne peut alors être conclue : pas d'intérêt, pas d'action... pas de transaction. La nullité de la transaction ne découle donc pas de sa contrariété à l'ordre public mais bien plutôt de son absence d'objet. L'objet du

¹² « Attendu qu'aucune procédure de divorce n'étant engagée, les époux ne pouvaient valablement transiger sur leur droit futur à une prestation compensatoire » : Cass. 2^e civ., 21 mars 1988 : n°86-16598 ; Bull. civ. II n°74 ; Gaz. pal. 1989, 1, p. 38 note J. Massip.

¹³ Cass. 2^e civ., 10 mai 1991 : n°90-11008 ; Bull. civ. II n°140.

¹⁴ Cass. soc., 3 mars 1998 : n°95-43779 ; Bull. civ. V n°110. *Add.*, pour une transaction invalidée en ce qu'elle portait renonciation à agir contre l'employeur en cas d'accident du travail futur : Cass. civ., 8 janv. 1900 : DP 1904, I, p. 606.

¹⁵ Nous nous plaçons dans l'hypothèse où le créancier d'aliments présenterait sa demande en reconnaissant qu'il n'est pas encore dans le besoin. Dans le cas contraire, le juge examinera au fond si le besoin existe ou non.

contrat de transaction consiste en effet à mettre fin à un litige qui ici n'a aucune consistance réelle, faute de pouvoir prétendre prospérer devant un juge.

Ce n'est donc qu'une fois la demande en justice recevable, parce que le créancier d'aliments est dans le besoin, que la procédure de divorce a été engagée, ou que le salarié a été licencié, que la question de la validité de la transaction se pose alors réellement en termes d'ordre public : peut-on tolérer l'éviction du juge étatique dans un tel domaine dès lors que l'une des parties est *a priori* en position de faiblesse (*infra A'*) ?

Cette analyse permet d'éclairer la jurisprudence rendue par la chambre sociale à propos des transactions conclues entre employeur et salarié dans le cadre de la rupture du contrat de travail. Le but recherché par les parties est évident : il s'agit de négocier la fin de la relation contractuelle de travail, le salarié s'engageant à ne pas contester les motifs fondant la rupture du contrat, en contrepartie du paiement d'une indemnité souvent substantielle. Dans un premier temps, la Cour de cassation a reconnu la pleine validité de ces transactions : le salarié pouvait valablement renoncer à contester en justice son licenciement, dès lors que cette renonciation avait pour contrepartie un avantage financier consenti par l'employeur¹⁶. Le contrôle judiciaire de telles transactions, conclues à un moment où l'une des parties était sous la subordination de l'autre, ne s'opérait qu'*a minima*, sur le fondement des vices du consentement. Confrontée à la fréquence de telles transactions, souvent peu protectrices des intérêts des salariés, la Cour de cassation a renforcé son contrôle à partir de 1996¹⁷, en recourant à l'idée d'ordre public. Les décisions visent aujourd'hui fréquemment l'article L. 122-14-7 du Code du travail¹⁸, lequel dispose que « l'on ne peut renoncer par avance à se prévaloir des règles qui concernent le licenciement ». La Chambre sociale énonce à titre de principe que « si les parties à un contrat de travail peuvent y mettre fin par consentement mutuel, elles ne peuvent transiger sur les conséquences de la rupture qu'une fois celle-ci intervenue et définitive »¹⁹. Il en résulte que la transaction ne saurait jamais concerner le principe même de la rupture du contrat de travail, laquelle ne peut s'opérer que selon les formes classiques, licenciement, démission voire accord des parties. Celles-ci ne peuvent transiger que sur les conséquences d'une rupture accomplie du contrat de travail. Si la voie du licenciement a été suivie, cela implique que la transaction ne sera valable qu'à condition d'être conclue après la notification du licenciement au salarié²⁰. On explique généralement cette jurisprudence en mettant en avant le caractère d'ordre public de la procédure de licenciement, protectrice du salarié, que les parties ne sauraient évincer en recourant à la transaction²¹.

¹⁶ Cass. soc. 1^{er} mars 1979 : n°77-40891 ; Bull. civ. V n°202 : constitue une transaction un acte portant tant sur une résiliation anticipée du contrat de travail que sur le règlement financier de la cessation des activités passées du salarié.

¹⁷ Cass. soc., 29 mai 1996 : n°92-45115 ; Bull. civ. V n°215 : Il résulte des articles 1134 et 2044 du Code civil que « si les parties à un contrat de travail décident, d'un commun accord, d'y mettre fin, elles se bornent à organiser les conditions de la cessation de leurs relations de travail, tandis que la transaction consécutive à une rupture du contrat de travail par l'une ou l'autre des parties a pour objet de mettre fin, par des concessions réciproques, à toute contestation née ou à naître résultante de cette rupture ; qu'il s'ensuit que la transaction ayant pour objet de mettre fin au litige résultant d'un licenciement ne peut valablement être conclue qu'une fois la rupture intervenue définitive ».

¹⁸ Parfois aussi l'article L. 122-14-1 du même code qui fixe la procédure de licenciement.

¹⁹ Cass. soc., 15 janv. 1997 : n°93-44010 ; Bull. civ. V n°22.

²⁰ En présence d'un salarié protégé, la transaction ne peut valablement intervenir qu'après autorisation administrative : Cass. soc., 16 mars 2005 : n°02-45293 ; Bull. civ. V n°98.

²¹ Par ex., J.-M. Sportouch, « Transaction, rupture amiable et chronologie », *Études offertes à J. Pelissier, « Analyse juridiques et valeurs en droit social »*, Dalloz 2004 p. 511 sq., p. 513. On remarquera qu'il était possible de ne pas se fonder sur l'idée d'ordre public pour se contenter d'en appeler à l'existence d'un consentement libre chez le salarié. Un tel fondement conduirait alors à invalider toute transaction conclue alors

En réalité, ici encore, c'est davantage la nature de la transaction qui s'oppose à ce qu'un salarié puisse transiger avec son employeur à la fois sur le principe de la rupture et sur ses conséquences, qu'un quelconque ordre public de protection attaché à la procédure de licenciement. Toute transaction suppose un litige entre les parties qui, faute d'être effectivement soumis aux tribunaux, soit à tout le moins susceptible de l'être. Ici, le litige que les parties ambitionnent de prévenir a trait aux conditions du licenciement. Il s'agit que le salarié renonce à en contester le fondement, en contrepartie de quoi l'employeur lui versera une indemnisation convenue. Or il est clair que tant qu'aucun licenciement n'est intervenu, le salarié ne saurait voir aucune action en justice relative à celui-ci jugée recevable. Faute d'action en justice, l'idée même d'une transaction destinée à la prévenir est privée de sens. Si la Cour de cassation annule à juste titre de telles transactions, c'est donc moins en raison d'un quelconque ordre public de protection qui interdirait au salarié de renoncer à un droit non encore acquis que de l'absence d'objet d'une telle transaction.

D'ailleurs, au plan des sanctions, la Cour de cassation considérait avec justesse que la nullité de telles transactions pouvait être invoquée tant par l'employeur que par le salarié²². Elle a cependant modifié sa jurisprudence et estime aujourd'hui que seul le salarié peut s'en prévaloir²³, à moins qu'il ne s'agisse d'un salarié protégé²⁴, la nullité de la transaction étant alors absolue, étant donné l'intérêt général qui s'attache à la protection de tels salariés. Il est clair que l'analyse du problème menée par la doctrine en termes d'ordre public, dont il faut chaque fois se demander s'il est de direction ou de protection, devait tôt ou tard imprimer sa marque sur le régime de la nullité : elle contribue pourtant à fausser la problématique. Il est toutefois symptomatique de relever que la Haute juridiction est réticente à tirer toutes les conséquences s'évinçant de la solution qu'elle a consacrée. Si vraiment une telle transaction était frappée de nullité relative, alors sa confirmation devrait être pleinement admise. Or ce n'est pas en ce sens que la Cour de cassation se prononce²⁵, ce qui laisse penser que l'analyse en termes de nullité relative n'est pas satisfaisante.

B / ORDRE PUBLIC ET PORTEE DE LA TRANSACTION

Le cantonnement du recours à l'ordre public en matière de transaction, opéré au regard de la notion même de transaction, peut jouer sur un second plan. Dès lors que la transaction est un avatar de la décision judiciaire, non seulement ses conditions d'existence mais encore sa portée doivent nécessairement être calquées sur celles du jugement. Or certaines difficultés, traditionnellement abordées sous l'angle de la notion d'ordre public, pourraient être utilement détachées de cette question pour être rendues à leur champ véritable, celui de la portée de la transaction.

que le salarié se trouve encore sous la dépendance de son employeur, notamment pendant la période de préavis lorsqu'elle est travaillée (en ce sens, J. Pelissier, obs. sous Cass. soc., 15 janv. 1997 : Dr. soc. 1997 p. 419. – critique : J.-M. Sportouch, *op. cit.* p. 521 sq.).

²² Cass. soc., 24 octobre 2000 : n°98-41192 ; Bull. civ. V n°344.

²³ Cass. soc., 28 mai 2002 : n°99-43852 ; Bull. civ. V n°182.

²⁴ Cass. soc., 10 juill. 2002 : n°00-40301 ; Bull. civ. V n°249.

²⁵ Dans une affaire où un salarié avait conclu une transaction quatre mois avant la notification du licenciement, puis à nouveau signé un mois après le licenciement un protocole transactionnel reprenant le premier, elle a cassé l'arrêt des juges du fond ayant validé la transaction après avoir constaté l'existence de concessions réciproques et sa postériorité au licenciement au motif que « la transaction procédait en réalité d'un échange de consentements antérieur à la notification du licenciement et n'était donc pas valable » : Cass. soc., 9 juill. 2003 : n°01-41202 ; RJS 2003 n°1163, sur lequel, J.-M. Sportouch, *op. cit.* p. 518 sq.

L'exemple le plus net est donné par les transactions conclues entre une victime et l'assureur du responsable. Une des questions récurrentes en ce domaine a été de savoir si la transaction conclue entre les parties pouvait valablement concerner les évolutions ultérieures du préjudice. En pratique, les accords transactionnels sont en effet rédigés très largement, de manière à exclure toute indemnisation supplémentaire en cas d'aggravation du préjudice. Le souci de protection de la victime a évidemment conduit les tribunaux à rechercher les moyens propres à écarter la force de tels accords²⁶. L'article 2049 du Code civil affirmant que « les transactions ne règlent que les différends qui s'y trouvent compris, soit que les parties aient manifesté leur intention par des expressions spéciales, ou générales, soit que l'on reconnaisse cette intention par une suite nécessaire de ce qui y est exprimé », parfois utilisé à cette fin²⁷, n'est cependant que d'un maigre secours face aux clauses claires de l'acte qui visent tous les préjudices nés ou à naître issus du fait dommageable. Aussi les tribunaux ont-ils eu fréquemment recours à l'erreur sur l'objet de la transaction, jugeant que constitue « une erreur sur la substance même de la chose qui était l'objet du contrat, la méconnaissance totale, par la victime d'une infirmité non encore advenue et découlant cependant du préjudice »²⁸. Mais l'outil ne répond que très malaisément à l'usage qu'on veut en faire dès lors que la volonté de parties qui mentionnent clairement que la transaction inclut toutes les évolutions ultérieures du préjudice ne peut guère être entachée d'erreur. Si bien que la notion d'erreur n'a guère sa place ici : comme on a pu le souligner, « en réalité, c'est le fait que la transaction puisse régler de manière définitive, y compris les conséquences imprévisibles de l'accident, ou des éléments de préjudice nouveaux, n'ayant pas été envisagés lors de l'évaluation, qui est contesté », et cela parce que « ceci porte atteinte au principe de réparation intégrale, principe directeur fondamental en droit de la réparation »²⁹. Autrement dit, c'est l'ordre public qui s'opposerait à l'admission de la transaction dans ce domaine. De la même manière que les clauses exclusives ou limitatives de responsabilité sont annulées sur ce fondement en matière délictuelle, le seraient aussi les transactions conclues postérieurement à la cause du dommage, mais portant sur les conséquences futures et imprévisibles de l'accident : la victime ne saurait transiger sur un droit d'ordre public qui n'est pas encore acquis à son profit, faute pour le préjudice de s'être d'ores et déjà manifesté.

Il nous semble pourtant une fois encore que, si la notion d'erreur est invoquée indûment par la jurisprudence, le concept d'ordre public ne l'est pas moins par les auteurs. La question ne se pose pas en effet en termes de validité de la transaction mais d'effets de celle-ci. Équivalent d'un jugement, elle ne saurait cristalliser la situation des parties avec une force supérieure à celui-ci. Or l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a fixé de manière nette la portée de l'autorité de la chose jugée attachée aux décisions de justice statuant sur la réparation du dommage en matière délictuelle. Dans un arrêt du 9 juin 1978, les hauts magistrats ont estimé qu'une demande d'indemnisation complémentaire, introduite postérieurement à une décision passée en force de chose jugée ayant statué sur le préjudice, restait recevable « en cas d'aggravation de l'état de la victime, ou lorsqu'elle est fondée sur un élément qui ne s'est

²⁶ Bien que dans un premier temps, la jurisprudence se soit montrée sévère à l'égard des victimes, leur refusant tout recours judiciaire faute pour elles d'avoir pris la précaution d'insérer dans la transaction des réserves relatives à l'évolution du préjudice : Cass. 1^{re} civ., 14 mars 1961 : Bull. civ. I n°161 (*adde.* Cass. 1^{re} civ., 6 oct. 1964 : Bull. civ. I n°425).

²⁷ Cass. 1^{re} civ., 9 juill. 1963 : Bull. civ. I n°381, mais la motivation exacte de l'arrêt demeure confuse.

²⁸ Cass. 1^{re} civ., 8 mars 1966 : Bull. civ. I n°171 : la transaction est annulée pour erreur dès l'instant que « les parties n'ont pas pu connaître, au moment de sa conclusion, l'existence de lésions qui se sont révélées seulement plus tard », alors même que l'accord englobait expressément l'éventualité d'une aggravation ultérieure du préjudice. *Adde.*, Cass. 1^{re} civ. 30 mai 1985 : n°84-12619 ; Bull. civ. I n°170. – Cass. 2^e civ., 10 janv. 1990 : n°88-15112 ; Bull. civ. II n°9.

²⁹ Ch. Boillot, *La transaction et le juge*, préf. P. Le Canu, PU Clermont-Ferrand, LGDJ, 2003, n°968.

révélé qu'après le jugement de la première demande »³⁰. Parce que la transaction est revêtue, aux termes de l'article 2052 du Code civil, de la même autorité que celle attachée aux décisions de justice, elle ne saurait avoir d'effet extinctif plus marqué. Il est par conséquent naturel que la transaction ne fasse nullement obstacle à la saisine du juge pour obtenir la réparation du préjudice nouveau résultant de l'aggravation de l'état de la victime. On doit donc tenir la transaction portant indemnisation *définitive* de la victime pour parfaitement valable mais partiellement inefficace, conclusion opposée à celle s'évinçant du recours à l'ordre public qui impose au contraire d'en prononcer la nullité. Au plan technique, les conséquences de ces analyses diffèrent. Admettre la nullité d'une telle transaction permet au juge saisi d'une question de réparation du dommage résultant d'une aggravation de l'état de la victime de revenir sur ce qui a été décidé par les parties quant à l'indemnisation du préjudice initial³¹. Au contraire, analyser la situation en terme d'étendue de la transaction permet de laisser subsister l'accord des parties, dans les dimensions qui doivent être les siennes : le juge ne pourra se prononcer que sur le strict dommage résultant de l'aggravation³².

La question des transactions conclues en matière d'aliments permet d'opérer de semblables observations. Si l'ordre public ne s'oppose pas radicalement à ce que le créancier puisse transiger avec le débiteur, les auteurs soulignent toutefois que « le régime de la transaction en matière alimentaire doit tenir compte de la règle essentielle de la variabilité (ou révisibilité) de toute pension alimentaire ; c'est-à-dire que celle-ci est toujours susceptible d'augmenter ou de diminuer en fonction de l'évolution des besoins et des moyens du créancier et du débiteur. Une transaction ne peut donc pas, bien qu'elle porte sur une créance actuelle, « figer » une dette alimentaire au mépris de cette règle. Elle retomberait alors sous le coup de l'ordre public »³³. L'appel à l'ordre public comme fondement d'une solution jurisprudentielle bien assise³⁴ et parfaitement légitime est pourtant à nouveau impropre. Parce que la transaction est l'avatar contractuel du jugement, elle doit nécessairement pouvoir être reconsidérée dans la même mesure que la décision judiciaire qui aurait clôt la dispute si les parties n'étaient pas parvenues à s'entendre. Or l'article 209 du Code civil autorise expressément la révision des pensions alimentaires alors même qu'elles auraient été fixées par une décision passée en force de chose jugée³⁵ en cas de changement dans les besoins du créancier ou les ressources du débiteur. Il ne s'agit donc pas ici au moyen de l'ordre public de borner la puissance des volontés individuelles en leur interdisant radicalement de transiger en matière de droits alimentaires, seulement de calquer la portée extinctive de la transaction effectivement conclue sur celle d'une décision judiciaire potentiellement rendue³⁶.

³⁰ Ass. plén., 9 juin 1978 : n°76-10591 ; Bull. Ass. plén. n°3. – V. auparavant déjà, Cass. 2^e civ., 15 oct. 1975 : n°74-12117 ; Bull. civ. II n°261 et Cass. 2^e civ., 7 avr. 1976 : n°74-14315 ; Bull. civ. II n°112.

³¹ À moins de se contenter d'une nullité partielle de la transaction, laquelle est généralement tenue pour impossible en raison de la nature objectivement indivisible de la transaction (Ph. Simler, *La nullité partielle des actes juridiques*, LGDJ 1969 n°301 sq. – comp. cpdt. : Cass. 1^{re} civ., 29 mai 1985 : n°84-11626 ; Bull. civ. I n°167)

³² Comparer, en matière judiciaire, les arrêts cassant les décisions de juges du fond ayant calculé l'indemnisation résultant de l'aggravation de l'état de la victime en se bornant à déduire de l'évaluation totale du préjudice existant au jour de leur décision la somme allouée lors du premier jugement. La solution revient en effet à réévaluer les sommes attribuées par les premiers juges au titre de l'érosion monétaire (cf. sur ces arrêts, Y. Lambert-Faivre, *Droit du dommage corporel et systèmes d'indemnisation*, Dalloz 2000 n°168).

³³ D. Veaux, *Juris-Classeur civil*, art. 2044 à 2048, fasc. 20, « Transaction, domaine », n°8.

³⁴ Cass. 2^e civ., 18 mars 1954 : Bull. civ. II n°123. – Cass. 2^e civ., 30 janv. 1958 : Bull. civ. II n°88 ; D. 1958 p. 689 note G. Cornu. – Cass. 2^e civ., 3 juin 1967 : Bull. civ. II n°234.

³⁵ La solution ayant d'ailleurs été étendue aux pensions ayant un caractère mixte, à la fois indemnitaire et alimentaire (prestation compensatoire) : Cass. 2^e civ., 21 mars 1988 : n°86-16598 ; Bull. civ. II n°74.

³⁶ On remarquera que la solution diffère logiquement en présence d'une obligation alimentaire naturelle ayant fait l'objet d'un engagement d'exécution de la part du débiteur. En effet, la loi ne mettant pas à la charge de ce

II / L'ORDRE PUBLIC, CONTRAINTE RESIDUELLE

La notion même de transaction, jugement conventionnel, permet d'expliquer un certain nombre de solutions jurisprudentielles sans qu'il soit nécessaire de recourir à la notion évanescence d'ordre public, que l'on contribue d'ailleurs ce faisant à dissoudre davantage. Reste que les observations qui précèdent sont loin d'épuiser les manifestations de l'ordre public en matière de transaction et qu'il faut alors s'interroger sur le rôle qu'il peut légitimement jouer dans ce contrat spécifique. On peut alors distinguer selon qu'il s'agit d'un ordre public de protection ou de direction. Certes, la distinction entre ces deux dimensions de l'ordre public est critiquée³⁷ : défendre les intérêts d'une catégorie sociale particulière considérée comme étant *a priori* en situation de faiblesse dans les rapports contractuels, c'est toujours viser à une certaine paix sociale et donc agir dans le sens de l'intérêt général, lequel est l'objet même de l'ordre public dit de direction. Néanmoins, l'absence de frontière nette entre ces deux catégories d'ordre public et plus encore, leur interpénétration, ne condamne pas radicalement la pertinence de la distinction. Le but immédiat de l'ordre public de protection n'est pas l'intérêt de la société toute entière mais d'une catégorie sociale supposée faible, même si médiatement l'intérêt général est impliqué. Pour la question de la transaction en tout cas, la distinction nous semble fournir une ligne de partage assez claire : tandis que l'ordre public de protection (A) ne doit avoir qu'une place très faible sinon nulle en matière de transaction parce qu'existent des mécanismes de relais propres à garantir une protection suffisante des intérêts particuliers en cause, l'ordre public de direction (B) s'oppose plus fermement à ce que les parties puissent valablement convenir de ne pas porter leur différend devant les juridictions étatiques.

A / DEFAILLANCE DE L'ORDRE PUBLIC DE PROTECTION

L'ordre public de protection n'a guère de prise sur la transaction : il n'en borne pas le domaine. La chose s'illustre d'abord au sujet de la transaction par laquelle le contractant qui aurait conclu un acte entaché de nullité relative renoncerait à en solliciter en justice l'annulation en contrepartie d'un avantage quelconque. Une telle transaction est parfaitement valable, à condition souligne-t-on qu'elle soit exempte du vice qui atteignait l'acte originaire³⁸ : elle vaut alors confirmation. D'ailleurs, l'article 2054 porte qu'il y a « lieu à l'action en rescision contre une transaction lorsqu'elle a été faite en exécution d'un titre nul, à moins que les parties n'aient expressément traité sur la nullité ».

Plus intéressante est la situation des parties légalement supposées être en situation de faiblesse dans un rapport contractuel, sans exhaustivité, victimes d'un dommage, créanciers d'aliments, preneurs, salariés, *etc.* L'ordre public doit-il conduire à leur refuser le droit de manier la transaction, de peur que, maladroits, ils n'y perdent les avantages que la loi voulait leur réserver ? La brutalité d'une telle solution, qui garantit la protection de l'individu au prix coûteux de sa liberté contractuelle, explique qu'elle ne soit mise en œuvre qu'à condition d'apparaître comme le seul moyen propre à garantir la protection recherchée. Toutes les fois en revanche que d'autres instruments juridiques permettront d'assurer cet objectif de

dernier une telle obligation, il peut parfaitement, en s'engageant à l'assumer, en borner la portée et décider qu'elle ne serait pas révisable, même en cas d'augmentation des besoins du créancier. Cependant, en l'absence d'une telle clause d'invariabilité, la jurisprudence estime que le juge conserve son pouvoir de révision judiciaire (Cass. 2^e civ., 25 janv. 1984 : n°82-14595 ; Bull. civ. II n°13 ; JCP G 1986, II, 20540 note A. Bateur ; D. 1984 p. 442 note C. Philippe).

³⁷ P. Catala, « À propos de l'ordre public », in *Le juge entre deux millénaires*, Mél. P. Drai, Dalloz 2000 p. 511 sq.

³⁸ Par ex. P. Chauvel, *Rep. Dalloz V° Transaction*, n°158.

protection, l'ordre public sera congédié et la transaction validée. Or ces instruments existent : tant le contrôle de l'intégrité du consentement que celui de l'équilibre de l'accord résultant de l'existence de concessions réciproques permettent de faire reculer l'emprise de l'ordre public de protection. Si bien qu'en définitive, victimes, créanciers d'aliments, preneurs ou salariés pourront valablement transiger.

La victime d'un dommage mérite la protection du droit. Ce souci aurait pu conduire à lui interdire de transiger sur la réparation afin d'éviter qu'elle ne renonce trop rapidement à une action en justice qui lui aurait permis d'obtenir davantage du responsable. Il n'en va pas ainsi : la validité de la transaction conclue entre la victime et le responsable a toujours été admise et cela quand bien même un simple particulier transigerait avec une multinationale d'assurances³⁹. De ce point de vue, la loi du 5 juillet 1985 relative aux accidents de la circulation est remarquable. Loi d'ordre public⁴⁰, elle ne condamne nullement les transactions dans leur principe, au contraire puisque l'assureur est tenu de transmettre à la victime une offre transactionnelle, mais c'est par d'autres mécanismes, moins frustes, qu'elle réalise la protection des victimes. L'assureur doit d'abord détailler dans son offre l'ensemble des chefs de préjudice concernés par la somme proposée⁴¹, ce qui permet de circonscrire l'étendue de l'accord : l'interprétation stricte de la transaction protégera la victime⁴². Ensuite, l'acceptation de l'offre transactionnelle par la victime ne lui interdit pas de solliciter une indemnisation complémentaire en cas d'aggravation du préjudice, cela pendant dix ans⁴³ : la protection s'opère classiquement par la limitation de la portée extinctive de la transaction. Existente enfin un droit de dénonciation discrétionnaire dans les quinze jours qui suivent la conclusion de la transaction⁴⁴ ainsi que des sanctions spécifiques touchant l'assureur qui proposerait une offre d'indemnisation manifestement insuffisante⁴⁵. Cette impuissance de l'impératif de protection des victimes à condamner la transaction persiste en cas d'infraction pénale : l'article 2046 du Code civil dispose clairement qu'« on peut transiger sur l'intérêt civil qui résulte d'un délit ».

La place de la transaction dans le domaine des baux spéciaux est excessivement confuse, d'abord parce qu'on n'hésite pas à qualifier de tels des accords qui n'en sont pas⁴⁶, ensuite parce qu'à en croire les auteurs, la jurisprudence aurait annulé à plusieurs reprises des transactions allant à l'encontre des dispositions d'ordre public du statut des baux⁴⁷, tandis qu'elle les aurait validées sans ambages dans d'autres décisions. Tracer une ligne de partage

³⁹ Par ex., Cass. 1^{re} civ., 21 fév. 1979 : n°77-11108 ; Bull. civ. I n°72.

⁴⁰ Cass. 2^e civ., 20 avr. 1988 : n°86-16355 ; Bull. civ. II n°87 ; D. 1988 p. 580 note Y. Lambert-Faivre.

⁴¹ C. ass., art. L. 211-9 al.2.

⁴² C. civ., art. 2049.

⁴³ C. ass., art. L. 211-19.

⁴⁴ C. ass., art. L. 211-16.

⁴⁵ Celui-ci pourra en effet être condamné par le juge à payer jusqu'à quinze pour cent de l'indemnité allouée au Fonds de garantie, sans préjudice de dommages et intérêts versés à la victime (C. ass., art. L. 211-14).

⁴⁶ Voici un fermier qui, en cours de bail, accepte de renoncer à son droit au renouvellement moyennant le versement d'une compensation financière. L'existence de sacrifices réciproques peut conduire à analyser la situation en une transaction, dont la validité sera passée au crible de la notion d'ordre public. Mais il n'y a au vrai aucune transaction dans une telle situation. Le fermier ne saurait en effet renoncer à cet instant à une quelconque action en justice relative au renouvellement de son bail, dès lors qu'une telle action n'est ouverte qu'en fin de bail. L'absence de situation litigieuse condamne l'idée même de transaction, si bien que le débat est celui de la renonciation à titre onéreux à un statut protecteur : la question de la transaction est hors de cause. Les choses vont différemment lorsque le fermier s'étant rendu coupable d'inexécution, le bailleur et lui trouvent un arrangement au terme duquel le fermier s'engage à quitter les lieux à l'échéance du bail ou même de manière anticipée. Dans une telle situation, le litige auquel il est mis fin par l'accord des parties n'est pas celui qui tendrait à faire reconnaître un droit au renouvellement au profit du fermier mais l'action que le bailleur serait en droit d'exercer à l'encontre du preneur.

⁴⁷ D. Veaux, *op. cit.* n°21.

entre ces jurisprudences contradictoires est cependant une entreprise moins délicate que parfaitement vaine. Une lecture attentive des arrêts couramment cités comme condamnant la transaction en matière de bail pour contrariété à l'ordre public montre que pas un n'est en ce sens⁴⁸. Au contraire, la jurisprudence permet toujours au preneur de transiger lorsqu'il est en conflit avec son bailleur en abandonnant un ou plusieurs droits constituant son statut protecteur⁴⁹. Les statuts spéciaux des baux ne font pas obstacle à la transaction : est ainsi cassé l'arrêt d'appel ayant estimé « qu'il n'y avait pas lieu d'admettre la validité d'une transaction portant sur une matière touchant à l'ordre public » (statut de 1948), « alors qu'il est loisible au plaideur de transiger sur les modalités d'application d'un droit acquis, d'ordre public »⁵⁰. Il y a plus. Contrairement à ce que donne à penser la rédaction de ce dernier arrêt, la transaction permet même de transiger sur un droit d'ordre public non encore acquis. La Cour de cassation a en effet admis, contre l'opinion d'un éminent auteur⁵¹, la validité d'une transaction par laquelle le bailleur acceptait de ne pas demander la résiliation du bail pour défaut de paiement des loyers, en contrepartie d'une résiliation amiable et de la conclusion d'un nouveau bail non assorti d'un droit au renouvellement⁵². La transaction autorise donc la conclusion d'un bail échappant *ab initio* au statut des baux ruraux, alors qu'hors du champ

⁴⁸ Ainsi un arrêt de 1952 est présenté comme annulant une transaction pour contrariété aux règles impératives du fermage concernant les loyers (P. Chauvel, *op. cit.* n°152. – D. Veaux, *op. cit.* n°21) alors qu'il la valide au contraire (Cass. soc., 24 avr. 1952 : Bull. civ. IV n°327 ; D. 1952 p. 721 obs. R. Savatier). De même, une décision du 23 nov. 1956 (Cass. soc., Bull. civ. IV n°870) interdirait au bailleur de transiger sur son droit de reprise (D. Veaux., *op. cit.* n°24. – P. Chauvel, *op. cit.* n°157) : en réalité, la Cour de cassation estime que « le tribunal observe à bon droit que cette transaction, mettant fin à une demande de reprise basée sur l'article 19, n'a pu enlever aux époux Brodebecker le bénéfice des dispositions de l'article 18 de la loi du 1^{er} septembre 1948 », lequel prévoit d'autres modalités de reprise du logement. Même si la Cour de cassation ajoute un peu malencontreusement que ce dernier texte « est d'ordre public », la solution est fondée sur la portée de la transaction, nullement sur l'ordre public. Enfin, la Cour de cassation (Ch. réunies, 17 mars 1954 : Bull. civ. n°1 ; JCP G 1954, II, 8208 note P. Ourliac et M. de Juglart) aurait annulé une transaction au motif qu'elle entérinerait une sous-location interdite (D. Veaux., *op. cit.* n°21. – P. Chauvel, *op. cit.* n°155). Rien de tel dans cet arrêt : une transaction avait été conclue entre des époux propriétaires d'un domaine rural et l'usufruitier de la moitié indivise de celui-ci dans le cadre du règlement d'une succession, l'usufruitier s'engageant à leur consentir un bail rural sur la moitié indivise. Les époux s'étaient ensuite engagés à donner en location le domaine rural à un tiers et, pour échapper à leur promesse, avaient soutenu la nullité de celle-ci comme constituant une sous-location interdite. La Cour d'appel avait refusé cette nullité au motif que l'accord conclu entre les époux et l'usufruitier n'était pas un bail mais un simple règlement de jouissance transactionnelle et que par conséquent il ne pouvait y avoir sous-location. La Cour de cassation casse pour dénaturation des termes clairs et précis de l'accord : en aucune manière la transaction n'est annulée pour une quelconque contrariété à l'ordre public des baux.

⁴⁹ Pour un engagement à sortir avant la fin du bail : Cass. soc., 16 mai 1952 : D. 1952 p. 721 note R. Savatier ; pour la renonciation à percevoir une indemnité pour les améliorations d'ores et déjà apportées au fonds : Cass. soc., 10 déc. 1954 : Bull. civ. IV n°806 : « si le montant de l'indemnité accordée au preneur sortant pour améliorations n'est fixé qu'à la fin du bail, le principe du droit du preneur est acquis dès l'amélioration réalisée et qu'ainsi le preneur peut renoncer à ce droit acquis avant l'expiration du bail ». En matière de baux d'habitation soumis au statut de 1948, validité de la transaction par laquelle le preneur renonce à son droit au bail pour ne bénéficier que « d'une occupation éventuelle, précaire et conditionnelle » (Cass. soc., 21 avr. 1955 : Bull. civ. IV n°320. – Cass. 3^e civ., 13 juill. 1999 : n°97-21933) ou accepte la modification du loyer en cours de bail (Cass. soc., 16 nov. 1960 : Bull. civ. IV n°1033). *A fortiori* la solution vaut-elle pour la renonciation à un droit de préemption effectuée au moment de la vente de l'immeuble (Cass. soc., 6 mai 1954 : Bull. civ. IV n°284).

⁵⁰ Cass. soc., 16 nov. 1960 : Bull. civ. IV n°1033.

⁵¹ R. Savatier, estimant que « si les parties, mettant fin transactionnellement au bail actuel, concluaient en même temps un autre bail, ce dernier devrait, sur tous les points, se conformer au statut des baux ruraux » (obs. préc. p. 722 col. 1, réaffirmé col. 2 *in fine*).

⁵² Cass. soc., 16 nov. 1961 : Bull. civ. IV n°949.

d'une transaction, un tel bail serait assurément nul, les parties ne pouvant décider de soustraire leur contrat à l'emprise de ce statut impératif⁵³.

Autre domaine : est-il tolérable qu'un individu dans le besoin, donc par définition en situation de faiblesse, puisse transiger sur le montant des aliments que la loi lui permet d'exiger d'un proche ? L'intervention d'un juge étatique n'est-elle pas en effet la condition d'une réelle garantie des intérêts de ce créancier ? Si la renonciation pure et simple à un droit alimentaire tombe assurément sous le coup de l'ordre public, il n'en va pas de même de la transaction : les parties sont libres de transiger sur le montant de la pension alimentaire⁵⁴, même si la doctrine laisse souvent supposer le contraire⁵⁵. La nécessaire protection du créancier d'aliments ne requiert pas en effet l'intervention de l'ordre public dès lors qu'elle est suffisamment garantie par deux biais qui sont d'une part l'exigence de concessions réciproques, dont les tribunaux vérifient non seulement l'existence mais encore l'absence de caractère dérisoire (ce qui permet de condamner toute transaction fixant à presque rien le montant de la pension) ; d'autre part la possibilité d'obtenir une révision judiciaire de ce montant en cas de changement dans les ressources du débiteur ou les besoins du créancier (*supra B*). Ce n'est que si les modalités de la transaction conclue venaient à empêcher le jeu de ces mécanismes correcteurs qu'elle devrait être annulée, l'ordre public reprenant alors son empire. La remarque peut expliquer la relative hostilité des juges à l'égard des transactions par lesquelles le créancier renonce à réclamer une pension alimentaire en justice en contrepartie du versement d'un capital, un tel mode de paiement étant perçu comme faisant obstacle à toute révision ultérieure en cas de modifications dans la situation des parties⁵⁶.

⁵³ Pour la nullité d'une renonciation au bénéfice du statut des baux commerciaux : Cass. 3^e civ., 19 mai 2004 : n°03-11303 ; Bull. civ. III n°101. – Cass. 3^e civ., 3 mars 1993 : n°91-12537 ; Bull. civ. III n°25. Pour la nullité d'une renonciation au statut des baux ruraux : Cass. com., 22 mars 1988 : n°86-14193 ; Bull. civ. IV n°119. – Cass. 3^e civ., 10 mai 1983 : n°81-14252 ; Bull. civ. III n°111.

⁵⁴ Les époux peuvent s'accorder pendant l'instance en séparation de corps par transaction sur le montant de la pension alimentaire que l'un d'eux devra verser à l'autre après le prononcé de la séparation : Cass. 2^e civ., 10 mai 1991 : n°90-11008 ; Bull. civ. II n°140.

⁵⁵ C. Boillot, *op. cit.* n°1048 : « la nature indisponible de l'obligation, ses caractères propres, comme le fait qu'elle soit liée aux conditions patrimoniales respectives du débiteur et du créancier, implique qu'on ne puisse statuer sur son montant pour l'avenir », position qui reprend celle de D. Veaux (J-Cl. civ., *préc.* n°9) et P. Chauvel (Rép. Dalloz, *préc.* n°127), ces auteurs présentant la jurisprudence comme permettant la transaction pour les arrérages passés d'une créance alimentaire, mais la refusant pour l'avenir, en invoquant au soutien de leur opinion un arrêt du 29 mai 1985 (Cass. 1^{re} civ. : n°84-11626 ; Bull. civ. I n°167). Au vrai, il n'y avait dans cet arrêt aucune transaction pour les arrérages passés de la rente puisque la transaction intervenait non pas entre créancier et débiteur d'aliments mais entre codébiteurs de la rente : celui qui en avait assumé seul la charge transigeait sur son action en contribution, laquelle n'a pas de caractère alimentaire. Quant au refus de la transaction pour l'avenir, celle-ci nous apparaît davantage fondée sur ses modalités (capital) que sur son principe (*infra*).

⁵⁶ V. ainsi, Cass. 1^{re} civ., 29 mai 1985, *préc.* Dans cet arrêt de rejet, les hauts magistrats ont estimé que le versement du capital pouvait valablement intervenir à titre de transaction relativement à la demande que la mère avait formée à l'encontre du père à propos des sommes qu'elle avait auparavant seule exposées pour l'entretien de l'enfant. En revanche le capital ne pouvait en même temps justifier la renonciation maternelle à l'exercice d'une action alimentaire à son endroit. La transaction n'a donc été qu'en partie validée. L'accord passé faisant cependant un tout dans l'esprit des parties, il est critiquable de ne le déclarer que partiellement valable (V. aussi, plus radicalement, Cass. civ., 23 mai 1949 : Bull. civ. I n°180 ; D. 1949 p. 443, annulant la transaction consistant à verser un capital en lieu et place d'une pension au motif que la transaction serait exclue en matière de pensions alimentaires). Dans une décision antérieure, la Cour de cassation avait pourtant estimé, de manière davantage convaincante, que la transaction aux termes de laquelle la pension avait été convertie en capital ne faisait pas obstacle à la demande en fixation judiciaire d'une pension émanant de l'épouse dont l'état de besoin avait augmenté (Cass. 2^e civ., 3 juin 1967 : Bull. civ. II n°234).

Dans la procédure de licenciement, l'ordre public n'a pas de rôle véritable à jouer pour interdire qu'elle porte à la fois sur le principe et les conséquences de la rupture (*supra A*). En revanche, une fois la rupture acquise, il est légitime de se demander si l'ordre public de protection du salarié ne doit pas s'opposer à ce qu'il puisse valablement renoncer à contester son licenciement. La Cour de cassation ne l'a pas pensé : dans un arrêt du 18 mai 1953, elle a admis la validité des transactions conclues par le salarié⁵⁷. Le contrat de travail rompu, le salarié peut valablement s'engager à ne pas en contester le bien fondé. Autrement dit, l'ordre public ne s'oppose pas frontalement à une telle transaction.

La solution est acceptable dans la mesure où d'autres mécanismes sont propres à assurer efficacement la protection du salarié, et notamment le recours à la notion de concessions réciproques. Un arrêt du 23 janvier 2001 de la Chambre sociale est particulièrement net sur la question. La Cour a considéré que « si la juridiction appelée à statuer sur la validité d'une transaction réglant les conséquences d'un licenciement n'a pas à se prononcer sur la réalité et le sérieux du ou des motifs énoncés dans la lettre de licenciement, elle doit, pour apprécier si des concessions réciproques ont été faites et si celle de l'employeur n'est pas dérisoire, vérifier que la lettre de licenciement est motivée conformément aux exigences légales ; qu'en statuant comme elle l'a fait alors que le motif invoqué dans la lettre de licenciement : « problème de collaboration avec supérieur hiérarchique » était trop vague pour être matériellement vérifiable, en sorte que le licenciement était sans cause réelle et sérieuse, la cour d'appel a violé les textes susvisés »⁵⁸. Le raisonnement est habile. Dès l'instant qu'il est acquis qu'un salarié licencié sans cause réelle et sérieuse peut prétendre à des indemnités plus conséquentes que lorsque le licenciement est fondé sur une telle cause, la renonciation du salarié à contester en justice un licenciement sans cause réelle et sérieuse doit trouver sa contrepartie dans le versement d'indemnités supérieures. Si tel n'est pas le cas, la transaction sera annulée faute de concession de la part de l'employeur et le salarié retrouvera son droit de saisir les juridictions prud'homales. Autrement dit, la vérification de la réalité des concessions consenties par l'employeur induit nécessairement un contrôle *a minima* des motifs du licenciement. Dans cette espèce, la présomption irréfragable de licenciement sans cause réelle et sérieuse déduite du défaut de motivation de la lettre de licenciement a permis de faire échec à la transaction et de protéger ainsi le salarié. Pareillement, le contrôle des concessions réciproques autorise le juge à décider que l'insuffisance professionnelle du salarié invoquée dans la lettre de licenciement ne caractérise pas la faute grave fondant le licenciement et que la transaction par laquelle l'employeur a versé au salarié une somme inférieure au montant cumulé des indemnités de préavis et de licenciement est dépourvue de concessions de sa part et conséquemment nulle⁵⁹. De surcroît, la concession consentie par l'employeur qui se révèle dérisoire rend nulle la transaction conclue entre les parties⁶⁰, de même que son absence d'objet certain⁶¹.

La question se présente néanmoins sous un jour particulier en présence d'un salarié protégé, dès l'instant qu'une jurisprudence classique considère que « la protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun des salariés investis de fonctions représentatives a été instituée non dans leur seul intérêt mais dans celui de l'ensemble des salariés »⁶². La possibilité d'une transaction devient sujette à caution et il faut se demander si le salarié protégé peut alors

⁵⁷ Cass. soc., 18 mai 1953 : Bull. civ. IV n°379.

⁵⁸ Cass. soc., 23 janv. 2001 : n°98-41992 ; Bull. civ. V n°21.

⁵⁹ Cass. soc., 27 mars 1996 : n°92-40448 ; Bull. civ. V n°124. – Cass. soc., 6 avr. 1999 : n°96-43467 ; RJS 1999 n°662.

⁶⁰ Cass. soc., 28 nov. 2000 : n°98-43635 ; Bull. civ. V n°399.

⁶¹ Cass. soc., 18 mai 1999 : n°97-40439 ; Bull. civ. V n°222 ; RJS 1999 n°917.

⁶² Cass. soc., 16 mars 2005 : n°02-45293 ; Bull. civ. V n°98.

valablement renoncer à contester son licenciement et obtenir sa possible réintégration dans l'entreprise. Or précisément, sur la question de la contestation de l'autorisation administrative de licenciement, le Conseil d'État répond par la négative : « les salariés investis de fonctions représentatives ne peuvent renoncer par avance aux dispositions protectrices d'ordre public instituées en leur faveur. Par suite, l'employeur ne saurait invoquer la transaction conclue avec le salarié protégé pour faire échec au recours contentieux introduit par celui-ci à l'encontre de l'autorisation administrative autorisant le licenciement »⁶³. L'annulation de l'autorisation administrative est donc susceptible de faire tomber le licenciement et, partant, la transaction⁶⁴ : le salarié pourra exiger sa réintégration. L'impossibilité pour le salarié protégé de renoncer à contester la régularité administrative de son licenciement limite la portée de la transaction afin de permettre une éventuelle réintégration propre à lui permettre de continuer à assurer sa mission d'intérêt général⁶⁵. En revanche, la transaction conclue l'empêche bel et bien de critiquer la cause de son licenciement : si celui-ci était fondé sur une faute grave, il ne pourra contester la réalité d'une telle faute afin d'obtenir le paiement d'indemnités de rupture supérieures.

Les solutions encadrant les transactions conclues par un salarié protégé suite à son licenciement montrent clairement l'opposition qui existe entre l'ordre public de direction et de protection quant à la question de la validité des transactions. Seul l'ordre public de direction, parce qu'il garantit l'intérêt général, paraît à même d'exclure le recours à la transaction. En réalité, la résistance qu'il oppose à la transaction est loin d'être aussi ferme qu'on pourrait le supposer.

B / RESISTANCE DE L'ORDRE PUBLIC DE DIRECTION ?

L'ordre public de direction, sa dénomination l'atteste, tend essentiellement à diriger la conduite des individus, en prévenant les comportements, contractuels ou non, jugés socialement ou économiquement inacceptables. L'idée de sanction en est indissociable, observation qui permet d'appréhender les rapports existant entre ordre public de direction et transaction. Parce que la transaction interdit de saisir les juridictions étatiques, l'admission de sa validité en présence d'un litige concernant l'ordre public de direction porte en elle le risque d'une ineffectivité de la sanction légale. Le souci des parties sera moins de garantir le respect de l'intérêt général visé par la règle que le leur propre. Autrement dit, ce qui justifie qu'il soit fait interdiction à un individu de renoncer à exercer une action en justice en contrepartie d'un avantage quelconque est la nécessité de ne jamais restreindre les possibilités de saisie des juridictions afin que les comportements jugés fondamentalement contraires à l'intérêt général soient sanctionnés.

Reste que les choses ne sont pas aussi tranchées qu'on pourrait le penser au premier abord. « L'idée selon laquelle l'ordre public de direction chasse la transaction paraît un peu simple »⁶⁶ : toutes les fois en effet que la juridiction étatique est susceptible d'être saisie par d'autres autorités ou individus que la partie ayant transigé, la sanction du comportement incriminé demeure théoriquement possible, si bien que la transaction pourrait être admise. Il

⁶³ C. E., 2 fév. 1996 : n°152406 ; RJS 1996 n°229.

⁶⁴ V. V. Stulz, « Les transactions en droit du travail », *Petites affiches*, 6 oct. 2000, n°200 p. 3 sq.

⁶⁵ À moins qu'il ne conclue postérieurement à l'annulation de l'autorisation administrative de licenciement une nouvelle transaction par laquelle il renonce à demander sa réintégration. La chambre sociale considère en effet que « si les salariés investis de fonctions représentatives ne peuvent renoncer par avance aux dispositions protectrices exorbitantes du droit commun instituées en leur faveur, rien ne les empêche, lorsqu'un licenciement, même illégal, leur a été notifié, de renoncer à une réintégration et de conclure avec l'employeur, un accord librement consenti (...) en vue de régler les conséquences pécuniaires de la rupture du contrat de travail ». Cass. soc., 5 fév. 2002 : n°99-45861 ; Bull. civ. V n°54 ; JCP E 2002 p. 727 note F. Duquesne.

⁶⁶ S. Guinchard *et alii*, *Droit processuel. Droit commun et comparé du procès*, Dalloz 2005 n°593.

s'agit donc de mesurer ici le degré de résistance de l'ordre public de direction vis-à-vis de la transaction plutôt que de faire le constat d'une condamnation systématique.

S'il est un domaine dans lequel l'ordre public doit s'opposer avec la plus grande fermeté à la transaction, c'est évidemment celui du droit pénal. L'article 2046 du Code civil est en ce sens : si « on peut transiger sur l'intérêt civil qui résulte d'un délit », « la transaction n'empêche pas la poursuite du ministère public ». Prenant appui de ce texte, la jurisprudence autorise la victime de l'infraction pénale dans le cadre d'une transaction tant à ne pas porter plainte⁶⁷ (ou à retirer celle-ci) qu'à renoncer à se constituer partie civile. Pourtant, même s'il est vrai que tels engagements n'interdiront jamais le déclenchement des poursuites par le ministère public⁶⁸, si vraiment l'incrimination pénale est instituée aux fins de protection des intérêts fondamentaux de la société, alors tous les moyens qui concourent à assurer la sanction des comportements visés devraient être préservés. Le dépôt de plainte tendant à l'information du parquet, sans laquelle l'infraction a de grandes chances de rester ignorée, il serait loin d'être absurde d'interdire que la victime d'une infraction pénale puisse valablement renoncer à porter plainte dans le cadre d'une transaction passée avec son auteur ; la même remarque pouvant être faite à propos de la constitution de partie civile.

Si l'on s'intéresse un instant à l'action publique elle-même, l'admission d'une véritable transaction à son propos supposerait que le ministère public puisse valablement renoncer à saisir la juridiction répressive en contrepartie d'une concession quelconque consentie par le délinquant. Une telle faculté ne paraît *a priori* guère admissible au regard des objectifs de la matière pénale⁶⁹ : « il paraît de prime abord impossible que l'action publique s'éteigne par une transaction intervenue entre le coupable et des représentants de la société »⁷⁰. Pourtant, la chose est courante lorsque des administrations spécialisées ont reçu le pouvoir de poursuivre⁷¹. Surtout, la loi du 23 juin 1999 l'autorise dans le cadre des infractions de droit commun : la composition pénale établit une véritable transaction entre le délinquant et le parquet⁷² aux termes de laquelle la juridiction pénale ne sera pas saisie⁷³ dès l'instant que celui-là aura exécuté la composition, par exemple payé l'amende de composition ou effectué tel ou tel travail d'intérêt général. Certes, la composition pénale n'est pas prévue pour les infractions les plus graves, mais son absence de généralité n'ôte rien à la force du constat : la matière pénale accueille la transaction en son sein⁷⁴.

⁶⁷ CA Rennes, 10 juill. 1912 : Gaz pal. 1912, 2, p. 497. – *Adde.*, moins nettement, CA Toulouse, 9 nov. 1959 : D. 1960 p. 105 note N. Catala.

⁶⁸ Sauf dans les rares hypothèses où la plainte de la victime est érigée en condition de l'action publique (par exemple pour les diffamations ou les atteintes à la vie privée : C. pén., art. 226-1, 226-2, 226-6), mais on peut douter alors que les intérêts fondamentaux de la société soient atteints.

⁶⁹ On remarquera que la problématique ne doit évidemment pas être confondue avec la question de l'opportunité des poursuites : ce n'est pas le non exercice factuel et toujours fragile de l'action qui est en cause mais la consécration juridique et définitive de son non exercice.

⁷⁰ R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, T. II, Cujas, 5^e éd., 1989, n° 65, p. 82.

⁷¹ Notamment pour les délits douaniers (C. douanes, art. 350), fiscaux (LPF., art. L. 248, R. 247-3 et R. 247-5) ou relatifs à la concurrence (ord. n° 2005-1086 du 1^{er} sept. 2005, transaction conclue par les agents de la DGCCRF, après accord du procureur de la République, pour les infractions définies par le livre IV du Code de commerce et les livres I et III du Code de la consommation).

⁷² En dépit de l'article 6 al. 3 du Code de procédure pénale qui distingue formellement composition et transaction.

⁷³ L'homologation judiciaire de cette composition ne saurait en être assimilée à une instance pénale, même si depuis le 9 sept. 2002 les mesures de composition exécutées sont inscrites au casier judiciaire de l'intéressé (C. proc. pén., art. 41-2). En revanche, il ne semble pas que le plaider coupable instauré par la loi Perben II puisse être qualifié de transaction puisqu'il débouche sur une instance pénale et la condamnation de l'auteur de l'infraction. L'éviction de la juridiction étatique, conditionnant la qualification transactionnelle, n'existe pas ici.

⁷⁴ Voir cependant sur ce point l'analyse d'A.-S. Chavent dans cet ouvrage.

L'idée selon laquelle l'impérieuse nécessité de sanctionner certains comportements asociaux interdirait toute renonciation à saisir les juridictions étatiques afin qu'elles en connaissent ne se borne pas à la seule sanction pénale : les sanctions civiles sont aussi concernées. Dans le cadre des procédures collectives, l'action en comblement de passif prévue par l'article L. 651-2 nouveau du Code de commerce en fournit une illustration⁷⁵. Certes, l'action est proche d'une action classique en responsabilité⁷⁶ mais elle en s'en distingue néanmoins en ce que le tribunal peut être saisi par le procureur et reste toujours libre de ne pas condamner les dirigeants, alors même que faute, préjudice et lien de causalité seraient établis, ce qui suffit à établir l'aspect sanctionnateur de la mesure⁷⁷. Si la Cour de cassation a décidé en 2003 que les condamnations au paiement des dettes sociales prononcées sur ce fondement ne pouvaient faire l'objet d'une transaction⁷⁸, l'arrêt laisse entière la question d'une transaction conclue antérieurement à toute condamnation judiciaire définitive⁷⁹. Sa validité pourrait être consacrée au regard de son efficacité limitée. L'action peut en effet être déclenchée par plusieurs autorités dont le ministère public. Ce dernier n'ayant par hypothèse pas consenti à la transaction, cette dernière lui demeure nécessairement inopposable⁸⁰, ce qui l'autorise à saisir le tribunal. Une telle faculté pourrait suffire à garantir la protection de l'intérêt général et laisser alors le champ libre à la transaction, à l'instar des solutions dégagées en matière pénale à propos de la transaction consentie par la victime de l'infraction.

Dans le domaine successoral, l'indignité appelle d'autres observations. Les héritiers pourraient-ils valablement transiger avec celui d'entre eux qui a été condamné à une peine correctionnelle pour avoir volontairement donné la mort au défunt, et renoncer ainsi à saisir le tribunal de grande instance afin qu'il prononce éventuellement⁸¹ son indignité, en contrepartie de l'acceptation par ce dernier d'une part d'héritage réduite ? Si le comportement de l'héritier coupable à l'égard du défunt doit pouvoir être sanctionné non seulement pénalement mais encore civilement il semble alors difficilement admissible que ses cohéritiers puissent valablement décider de s'interdire d'exercer une telle action. En effet, la faculté réservée par l'article 727-1 du Code civil au ministère public de solliciter du tribunal de grande instance le prononcé de l'indignité n'est prévue par le texte qu'en l'absence d'héritiers. Le souci d'effectivité de la sanction civile de tels comportements à l'égard du *de cuius* pourrait donc ici justifier suffisamment l'interdiction de la transaction.

Enfin, les comportements que le droit entend sanctionner peuvent aussi être contractuels. Certaines conventions portent par elles-mêmes atteinte à l'ordre social et de ce fait, doivent disparaître de l'ordre juridique. La transaction par laquelle l'une des parties renoncerait à attaquer un tel contrat en contrepartie d'un avantage quelconque, en ce qu'elle diminue fortement les chances d'anéantissement de l'acte, est donc sujette à caution. Sur ce point, la jurisprudence fait montre d'une assez grande fermeté : elle ne permet pas que l'on transige à propos de contrats affectés d'une cause de nullité absolue. Le point a été jugé de nombreuses

⁷⁵ Sur laquelle, notamment C. Boillot, *op. cit.* n°1033 sq.

⁷⁶ Ce qui justifie notamment le non cumul de cette action avec une action en responsabilité délictuelle de droit commun : Cass. com., 28 fév. 1995 : n°92-17329 ; Bull. civ. IV n°60.

⁷⁷ Sans pour autant qu'elle ait véritablement un caractère répressif : Cass. com., 9 fév. 1988 : n°87-14523 ; Bull. civ. IV n°61.

⁷⁸ Cass. com., 5 nov. 2003 : n° 00-11876 ; Bull. civ. IV n°164 ; RTD com. 2004 p. 604 obs. Mascala.

⁷⁹ Bien qu'on affirme couramment la possibilité de transiger sur une décision de justice ayant force de chose jugée, la chose est pour le moins contestable : sur cette question, L. Poulet, *Transaction et protection des parties*, LGDJ 2005, préf. Y. Lequette, n°334 sq.

⁸⁰ C. civ., art. 2051. Cf. Y. Chaput, « L'action en comblement de passif est-elle susceptible d'une transaction ? », *Bull. d'actualité Lamy droit commercial*, n°131 mars 2001 p. 1 sq.

⁸¹ L'indignité n'est en effet pas automatique dans cette hypothèse : C. civ., art. 727 sq.

fois⁸², notamment en matière de successions où la transaction ne peut valider une libéralité portant atteinte à la réserve héréditaire⁸³, créant une substitution fidéicommissaire interdite⁸⁴, gratifiant un donataire frappé d'une incapacité de recevoir⁸⁵, consacrant un pacte sur succession future⁸⁶. Une solution plus libérale, reconnaissant pleinement la validité des transactions, n'aurait cependant pas été théoriquement absurde. La nullité étant d'une part ouverte à tout intéressé et la transaction ayant d'autre part un effet relatif, elle ne saurait jamais faire obstacle à ce qu'un tiers attaque l'acte, le ministère public pouvant d'ailleurs agir à cette fin⁸⁷. La transaction étant impropre à garantir le maintien définitif de l'acte dans l'ordre juridique, elle pourrait être alors validée entre les parties. D'ailleurs, l'article 2054 du Code civil disposant qu'il y a « lieu à l'action en rescision contre une transaction lorsqu'elle a été faite en exécution d'un titre nul, à moins que les parties n'aient expressément traité sur la nullité » n'opère aucune distinction selon la nature de la nullité.

On conclura sur ce point par une observation : le droit civil semble curieusement plus rigoureux que le droit pénal. Ce dernier est indifférent à ce que les parties transigent et s'engagent valablement à ce titre à ne pas porter plainte ou à ne pas se constituer partie civile dès lors que le ministère public reste en théorie à même de déclencher l'action publique. Le droit civil, alors même que la sanction du comportement ou de l'acte en cause continue à être possible par d'autres voies, semble globalement hostile à la transaction. Ne conviendrait-il pas en cette matière de ne pas se montrer plus royaliste que le roi, en sorte que l'affirmation de la nullité de la transaction soit abandonnée au constat de son inefficacité relative ?

La sanction des comportements, si elle fonde une part importante des règles relevant de l'ordre public de direction, n'épuise cependant pas l'intégralité de ses manifestations. L'ordre public de direction s'oppose traditionnellement à la validité des transactions conclues en matière d'état des personnes : le droit positif veille à ce que quiconque puisse obtenir la reconnaissance de l'état auquel il aspire. Puisque, de surcroît, le statut des citoyens intéresse au premier chef l'État, le contrôle de ses modifications par un corps institué s'impose : la compétence du juge pour prononcer le changement d'état ne pourra être évincée⁸⁸. Ainsi, aucune action relative à la filiation⁸⁹ n'est susceptible de transaction⁹⁰, de même que serait

⁸² Pour un exemple récent : Cass. com., 29 avr. 2002 : n°99-15449 à propos de la nullité d'une transaction conclue par un liquidateur sans l'accord du juge commissaire.

⁸³ Cass. req., 5 mars 1867 : DP 1868, I, p. 70 : les faits sont intéressants : un père demande aux juges de constater qu'un testament qui institue son fils légataire universel est un faux et que par conséquent, la succession en cause doit être liquidée sur la foi d'un testament antérieur qui l'instituait lui-même légataire à titre universel. Père et fils concluent une transaction par laquelle le père renonce à contester la validité du testament : la Cour de cassation considère qu'au décès du père, ses autres enfants peuvent attaquer la validité du testament, la transaction ne leur étant pas opposable dès lors qu'elle « conférait à l'enfant avec lequel elle avait eu lieu un avantage déguisé excédant la quotité disponible ».

⁸⁴ Cass. req., 8 nov. 1892 : DP 1893, I, p. 92 : « la transaction sur la consistance d'un legs entaché de substitution prohibée ne peut avoir pour effet de valider ce legs ».

⁸⁵ Cass. civ., 5 mars 1912 : DP 1914, I, p. 117, à propos d'un legs fait par personne interposée à une congrégation religieuse non autorisée.

⁸⁶ CA Montpellier, 4 déc. 1951 : D. 1952 p. 117.

⁸⁷ NCPC, art. 423.

⁸⁸ Seules les actions en justice qui ont directement pour finalité d'opérer une modification de l'état des personnes doivent être concernées : celles qui ne touchent qu'à leurs incidences patrimoniales sont admises.

⁸⁹ C. civ., art. 325 nouveau pour l'action en recherche de maternité ; art. 327 pour l'action en recherche de paternité ; art. 329 pour l'action en rétablissement de la paternité du mari ; art. 332 al. 1 pour l'action en contestation de maternité et al. 2 pour l'action en contestation de paternité.

⁹⁰ Pour une transaction portant renonciation à agir en recherche de paternité naturelle : Cass. req., 26 fév. 1924 : DP 1925, 1, p. 124.

nulle la transaction par laquelle un époux renoncerait à demander le divorce pour faute⁹¹ ou altération définitive du lien conjugal⁹².

Il n'est pas acquis pourtant que la matière de l'état des personnes soit radicalement hostile à la transaction : l'évolution jurisprudentielle s'est opérée dans le sens de son admission toujours plus large et l'on pourrait aller plus avant. Ainsi, en matière de filiation, l'article 336 nouveau du Code civil autorise le ministère public à contester une filiation si des indices tirés des actes eux-mêmes la rendent invraisemblable ou en cas de fraude à la loi. Cette possibilité d'action du ministère public dans les cas les plus graves, qui sont finalement les seuls où l'intérêt général est véritablement en cause, pourrait suffire à valider la transaction. Quant au mariage, sa nullité relative rend la transaction admissible *de lege lata* et sa nullité absolue pourrait l'autoriser *de lege ferenda* au regard de la possibilité d'agir reconnue au ministère public⁹³.

Il n'est pas certain que de telles évolutions soient à l'ordre du jour, mais il n'est pas besoin qu'elles adviennent pour que l'on puisse d'ores et déjà dresser le constat de la faiblesse de l'ordre public face à la transaction.

⁹¹ La transaction ne peut valoir réconciliation des époux, laquelle rend irrecevable la demande de divorce, dès l'instant qu'une telle réconciliation demande plus que la conclusion d'une convention mais la reprise d'une vie commune dans cet esprit de pardon.

⁹² En revanche, ne doivent plus être sanctionnées depuis l'admission du divorce par consentement mutuel les transactions par lesquelles les époux s'entendent pour faciliter la rupture de leur lien matrimonial (par ex., annulant l'accord par lequel une femme s'engageait à ne pas interjeter appel d'un jugement de divorce à une époque où l'acquiescement était interdit en cette matière : CA Aix-en-Provence, 30 janv. 1950 : JCP G 1950, II, 5478).

⁹³ C. civ., art. 184, 190 et 191.