

Marc GJIDARA, professeur émérite de l'Université
Panthéon-Assas (Paris-II)

LES PROCÉDÉS CONTRACTUELS ENTRE PARTENAIRES PUBLICS : LES CONTRATS ENTRE L'ÉTAT ET LES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

UDK: 334.7:352 (44)

Izlaganje sa znanstvenog skupa

Primljeno: siječanj 2011.

Cilj rada je istražiti legalne aspekte ugovornih procedura između javnih entiteta, posebno onih između države i lokalnih zajednica. Prvo, ukratko se ukazuje na početak i razvoj takvih ugovornih odnosa, njihovih učinaka i značaja. Ugovori koji se tiču privatno-javnog partnerstva omogućeni su zahvaljujući učincima lokalnih zajednica i državnim planiranju. Oni zapravo slijede decentralizacijske mjere. S druge strane, obogaćujući lokalne zajednice javnim servisima i infrastrukturom oni su olakšali jačanje ekonomske i socijalne kohezije državnih i EU mjera i infrastrukturu što je rezultiralo jačanjem ekonomskih sposobnosti ali i općenito učinkovitošću administracije.

Ključne riječi: *javno-privatno partnerstvo između javnih entiteta, ugovori između države i lokalnih zajednica*

Le domaine de prédilection du contrat concerne les rapports entre personnes privées¹. Comme la pratique contractuelle s'est révélée particulièrement créatrice, le contrat peut non seulement concerner les relations entre personnes privées et personnes publiques, mais aussi régir les relations entre personnes publiques. Ce dernier phénomène est ancien et s'est accentué avec l'interventionnisme économique de la puissance publique, et a encore gagné du terrain avec le courant de décentralisation². Dans le cas français, fortement marqué par l'émiettement communal, la collaboration institutionnelle a constitué un premier remède à ce handicap, jusqu'à ce que les exigences du travail en commun en viennent à promouvoir la coopération contractuelle entre personnes publiques.

Il était normal que la décentralisation débouche sur des pratiques contractuelles. L'assouplissement des structures administratives explique la fréquence des procédés contractuels, qui ont fini par susciter un véritable

¹ L. AYNÉS écrit « Le contrat est le mode naturel d'engagement de la personne, parce qu'il met en œuvre ce qu'elle a de plus digne, une volonté capable de se projeter dans l'avenir et d'organiser en rencontrant celle d'une autre personne, cet avenir » in *Le contrat : questions d'actualité* (sous la direction), Les Petites Affiches, N° 90-2000, p. 3. P. BEZARD ajoute à cet égard, que « L'on apprécie le degré d'Etat de droit d'un pays par rapport à la qualité de sa pratique contractuelle » eod. loc. p. 4.

² Au début du XXème siècle, un contrat liant deux personnes publiques est une curiosité juridique dans un contexte marqué par la centralisation de l'administration, caractérisée par sa structure hiérarchique, ses cloisonnements verticaux, qui favorisaient les rapports de type autoritaire.

engouement, devenant un moyen privilégié des relations entre collectivités publiques. Il faut aussi reconnaître que la construction européenne, qui est a priori indifférente à l'organisation administrative des Etats membres, a encouragé et modelé plus ou moins la décentralisation. L'Etat français a donc « fait comme les autres, a essayé les nouveaux modes d'organisation de l'action publique : décentralisation, création d'organismes spécialisés, contractualisation... promotion du partenariat... (car) partout en Europe, la recomposition de l'Etat est à l'ordre du jour »³.

On a donc pu assister, depuis le début des années 1980, à la suite notamment des lois de décentralisation, au développement accéléré d'un type de relations que l'on a qualifiées de « contractuelles », de manière d'ailleurs plus ou moins rigoureuse⁴. Ce sont les lois de 1982-1983 qui ont marqué le véritable point de départ de ce mode de gestion des relations entre Etat et les collectivités territoriales, qui ne s'inscrivent plus dans un contexte de subordination et de tutelle (administrative, financière et technique), mais de contractualisation. En effet, les collectivités territoriales, sujets de droit, dont les compétences, les prérogatives et les ressources étaient accrues, disposaient d'une plus large liberté d'action.

Cette première réforme décentralisatrice s'inscrivait cependant dans un contexte constitutionnel inchangé. Si l'esprit de la décentralisation incitait nettement à la collaboration⁵, rien n'était prévu pour organiser systématiquement les nouvelles relations d'une part entre l'Etat et les collectivités territoriales, et entre celles-ci d'autre part. Etant donné que le nouveau ressort des affaires publiques était l'œuvre commune à accomplir, ces lois de décentralisation ont très naturellement promu la collaboration contractuelle. Tout s'est passé comme si le cadre constitutionnel inchangé et qui risquait de freiner la décentralisation, a au contraire incité à développer l'inventivité procédurale des acteurs. Les formules plus ou moins contractuelles de la coopération, par leur souplesse et leur polyvalence, ont permis de dépasser les rigidités du cadre constitutionnel, et l'essor de la contractualisation a été continu, pour devenir une aide et une modalité majeure de la décentralisation.

Déjà dans le domaine économique, c'est l'insuffisance des moyens d'action unilatérale et leur inefficacité pratique qui ont permis de développer l'économie contractuelle. En droit public français, l'Etat et les collectivités territoriales ainsi

³ J. CAILLOSSE, « Interrogations méthodologiques sur le « tournant » contractuel de l'action publique », in Mélanges M. GUIBAL, Vol. II, Univ. Montpellier, 2006, p. 483.

⁴ Le phénomène en soi n'était pas nouveau, car les relations entre l'Etat et les institutions décentralisées ne sont pas exclusivement déterminées par les dispositions législatives et réglementaires, R. CHAPUS, rappelle à cet égard que dès la fin du XIX^{ème} siècle l'on percevait « le lien entre la décentralisation et la multiplication des accords conclus entre administrations pour assurer la marche des services publics », citant l'arrêt du C.E. du 20 janvier 1899, Administration des Pompes funèbres, publié au Recueil Sirey 1899, 3.113, avec une note de M. Hauriou, Voir : Droit administratif général, T. 1, 15^{ème} éd, Montchrestien 2001, p.435. On peut citer un autre arrêt ; C.E. 11 janvier 1905, Gras, S, 1905.3.102, à propos d'une convention passée le 29 mars 1884, entre l'Etat et la Ville d'Aix-en-Provence concernant le fonctionnement de l'Ecole de Musique de cette ville.

⁵ La loi du 7 janvier 1983 proclame que « les régions, départements et communes concourent avec l'Etat à l'administration du territoire national au développement et à l'aménagement ».

que leurs administrations, sont certes des vecteurs de la puissance publique, mais leur action ne se résume pas à l'acte unilatéral. Comme la France a délaissé le modèle jacobin pour entrer dans un nouveau mode d'organisation territoriale, la faculté a été donnée aux collectivités publiques de recourir à des modes d'action souples. C'est le contrat qui est devenu l'alternative à l'acte administratif unilatéral, et qui est apparu comme « un instrument susceptible de dépasser les contradictions entre centralisation et décentralisation »⁶

En outre, comme dans tout système décentralisé, l'Etat doit pouvoir mener un certain nombre de politiques nationales. Dans ce but, il doit donc en avoir les moyens, alors même que des compétences ont été transférées. Pour assurer un minimum de cohérence à l'action publique, le contrat devient le moyen idéal de maintenir ou d'instaurer cette cohérence. Dès lors, contractualisation et décentralisation ont pris appui l'une sur l'autre et ne pouvaient qu'entretenir des liens de plus en plus étroits.

Tous les systèmes européens sont « rentrés dans l'ère de « l'Etat contractuel »... à la fois dans les rapports entre l'administration et la société et dans les rapports inter-administratifs »⁷. La contractualisation de l'action administrative, n'est pas née en France avec la décentralisation. Elle a prospéré dans les rapports entre niveaux territoriaux de tous les systèmes publics actuels, sous la forme par exemple de certains « traités » liant la fédération allemande et les Länder⁸, ou sous la forme des « Concordats » passés entre l'Etat britannique et les entités bénéficiaires de la « dévolution », comme l'Ecosse, le Pays de Galles, l'Ulster.

Le contrat est donc devenu le maître mot de l'administration publique, et l'on parle indifféremment de l'action publique contractuelle ou de la contractualisation de l'action publique. Pour les différents auteurs, ces expressions tout en étant approximatives, servent à désigner les relations entre acteurs publics et privés ou seulement entre acteurs publics. Dans le premier cas l'utilisation du contrat est ancienne mais évolutive, dans l'autre elle est plus novatrice mais aussi plus problématique. En effet, la contractualisation a atteint un degré de généralité et de complexité sans précédent, en s'étendant à l'administration territoriale. Le « virage contractuel » qui s'est produit au cours des dernières décennies a gagné aussi bien la coopération dite verticale entre collectivités de rang inégal que la coopération dite horizontale entre collectivités de même niveau. Ces nouvelles modalités de la décision publique passent désormais pour être garantes de son acceptabilité. A la différence de l'action administrative classique, l'action publique renvoie à des formes plus libérales, où le contrat permet de dynamiser en interne une administration en pleine mutation et de faire évoluer les autres

⁶ N. POULET-GIBOT LECLERC « La contractualisation des relations entre personnes publiques », R.F.D.A., N°3/1999, p. 559.

⁷ J.B. AUBY, « Les problèmes posés par le développement du contrat en droit administratif comparé », in Mélanges M. GUIBAL, T. 1, (précité) pp. 412-413. Voir également, I. HARDEN, *The Contracting State*, 1992 et JODY FREEMAN, *The Contracting State*, Florida State University Law Review, vol. 28, 2000, p. 155.

⁸ Dont certains relèvent du droit administratif et d'autres du droit constitutionnel.

formes d'administration conduisant l'Etat à « faire faire » ou à « laisser faire » des entités extérieures à lui. C'est cette dernière forme d'administration, qu'incarne la décentralisation, sachant que le contrat n'a cessé de gagner du terrain à la fois dans la gestion publique et dans l'élaboration de la norme juridique ⁹.

I. L'ÉVOLUTION DES RAPPORTS CONTRACTUELS ENTRE L'ÉTAT ET LES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

Le XX^{ème} siècle a aggravé l'interventionnisme des administrations publiques. L'Etat est partout et sa présence est multiforme. L'extension de son périmètre d'action a imposé le recours aux rapports contractuels et les politiques publiques devaient trouver des formes nouvelles d'ajustement et de coordination. La collaboration de tous les acteurs, publics et privés, est devenue nécessaire à l'action administrative quotidienne. Au-delà d'une collaboration informelle de plus en plus fréquemment pratiquée, il est apparu que les buts d'intérêt général sont mieux servis par la technique du contrat, particulièrement appropriée pour obtenir le concours des acteurs privés et de l'administration. Les lois de décentralisation ont encore accentué cette évolution, dans la mesure où la supériorité de l'Etat sur les autres entités publiques s'estompe, car « la dialectique national-local ne rend plus compte des aspects les plus modernes et les plus dynamiques de l'action administrative » ¹⁰.

1. Les justifications politiques

Dès 1976 le Rapport « Vivre ensemble » rédigé par la Commission de développement des responsabilités locales observait, que « l'utilité de la procédure contractuelle est incontestable pour l'adaptation de l'action administrative à la vie moderne » ¹¹. En effet, si l'acte unilatéral permet d'exercer une autorité de façon exécutoire et bénéficiant du privilège du préalable, la contrainte se révèle de moins en moins efficace et il est devenu de plus en plus nécessaire de convaincre. Ceci vaut en particulier pour l'Etat dans ses rapports avec les collectivités territoriales, notamment dans le cadre de la décentralisation et sous l'effet du principe constitutionnel de libre administration. A cela il faut ajouter le constat selon lequel, les collectivités locales ne peuvent pas ou ne veulent pas toujours exercer les responsabilités transférées, alors que l'Etat n'a pas toujours les moyens notamment financiers de se substituer aux collectivités défailtantes.

Enfin, la soumission croissante du système juridique national aux exigences d'un droit supranational et la vogue des idées libérales ont aussi fortement

⁹ Rapport Public du Conseil d'Etat pour 2008, Le contrat, mode d'action publique et de production de normes, La Documentation Française, Paris, 2009.

¹⁰ P. BERNARD, « Les affaires mixtes ou l'œuvre commune » A.J.D.A. N° 3/1990, p. 135.

¹¹ Cité par J.D. DREYFUS, « Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques », L'Harmattan, Paris, 1997, p. 208.

contribué, « à infléchir les modes d'intervention publique »¹². On assiste dès lors à une généralisation des pratiques négociées ou concertées, mêlant les véritables contrats à des engagements plus ou moins informels, des simples protocoles d'action commune aux chartes, en passant par les pactes, et toutes sortes d'accords. Après coup, en doctrine, on a cherché à intégrer toutes ces pratiques dans la notion de partenariat, juridiquement floue, et recoupant elle-même d'autres notions à la mode comme celles de régulation et de gouvernance¹³.

Il est devenu clair que pour agir ensemble il faut un esprit de partenariat, qu'une logique de solidarité s'imposait, que l'exercice du pouvoir passe par l'ouverture et le décroisement. La convergence des efforts est devenue indispensable, car le croisement des compétences et des financements conditionne la réalisation optimale des objectifs. Toute opération d'envergure passe par la mise en place de cercles de solidarité nationale, régionale, départementale, intercommunale. D'autant que les collectivités territoriales ont une nature hybride, se présentant comme des entités décentralisées et comme des circonscriptions administratives servant de cadres territoriaux pour l'action de l'Etat localement et pour ses services déconcentrés. La coordination est devenue indispensable pour préciser les responsabilités, augmenter l'efficacité des services et optimiser l'emploi des fonds publics. Cela postule un changement dans les comportements, dans le sens d'une action conjointe. Les responsables locaux sont disposés à intervenir dans le domaine de compétence de l'Etat pour souligner une priorité, et l'Etat lui-même incite les partenaires locaux à joindre leurs efforts aux siens pour répondre à une priorité nationale (dans le domaine de l'enseignement par exemple, ou celui de l'action sociale ou pour le cofinancement de routes).

Dès lors, le conventionnement ou la contractualisation façonnent un nouveau type de relations administratives. Il devient urgent d'encourager les clarifications possibles pour empêcher les incohérences et les doubles-emplois, y compris par contrat, même si le contrat accrédite l'idée que les partenaires sont égaux quitte à amenuiser l'autorité de l'Etat. Parfois il faudra que le contrat lui-même s'écarte plus ou moins des compétences définies par les textes, ou permette une application plus souple des réglementations. Cela concerne les politiques publiques en général, et dans le domaine économique local, particulièrement révélateur en matière de contractualisation, celle-ci est vécue comme un palliatif aux cadres législatifs ou réglementaires inadaptés aux besoins locaux¹⁴.

Le contrat est devenu un instrument privilégié de l'action administrative, puisqu'il véhicule des valeurs positives impliquant la modernité, la participation, l'attention et l'adaptabilité aux intérêts des administrés. Jugé plus efficace, le contrat est partout, facilitant les interventions de l'Etat qui sont d'autant mieux adaptées qu'elles sont consenties. Alors que la décision unilatérale, inhérente à

¹² J. CAILLOSSE, op. cit., p. 474.

¹³ V. HEMERY, « Le partenariat, une notion juridique en formation ? » in R.F.D.A., 1998, p. 347.

¹⁴ M. HEQUARD-THERON, « La contractualisation des actions et des moyens publics d'intervention », in A.J.D.A., 1993, p. 451.

l'Etat dominateur, est devenue synonyme d'autoritarisme. De sorte que l'acte unilatéral classique, forme naturelle de l'intervention publique, se voit concurrencé par le contrat considéré initialement comme une concession, une forme marginale de l'action publique

Le contrat, qui repose sur un partage du pouvoir décisionnel, lorsqu'il met en présence des personnes publiques, portera sur les compétences des parties à l'acte. Les co-contractants qui ont en charge leurs intérêts respectifs s'engagent dans leur domaine de compétences à se consentir de véritables droits et obligations pour atteindre un objectif commun. S'agissant plus particulièrement des relations entre l'Etat et les collectivités locales, l'avantage de la contractualisation est qu'elle permet de substituer à la tutelle, une forme de contrôle plus souple. A partir du moment où le contrat et l'action publique peuvent cohabiter, cette pratique s'est ancrée dans la vie administrative et les juristes eux-mêmes reprennent à leur compte la notion de « contractualisation », pour désigner un phénomène durable et largement répandu.

2. Les fondements juridiques

Avant les lois de décentralisation, les contrats conclus entre personnes publiques en général n'étaient fondés la plupart du temps que sur de simples circulaires¹⁵. Les lois décentralisatrices contiennent plusieurs dispositions qui invitent les collectivités territoriales à s'associer pour exercer leurs compétences, plutôt que de se crispier sur leurs pouvoirs propres. La loi du 7 janvier 1983 notamment, souligne que « le territoire français est le patrimoine commun de la nation ».¹⁶

La liberté contractuelle en tant que composante de la libre administration des collectivités locales, est inscrite à l'article 72 de la constitution et introduite en droit public français à l'instar de bien d'autres pays en Europe et dans le monde¹⁷. La libre administration ayant contribué à promouvoir au rang constitutionnel la liberté contractuelle des collectivités locales, une atteinte à celle-ci affecterait le principe constitutionnel sur lequel repose cette liberté et encourrait la censure du juge constitutionnel¹⁸. Celui-ci a admis dans sa décision du 19 février 1983¹⁹, et pour la première fois, la validité des conventions entre personnes publiques, et s'agissant

¹⁵ N. POULET-GIBOT LECLERC, op., cit., in R.F.D.A., N° 3/1999, p. 558.

¹⁶ Souligné par P. BERNARD dans sons étude précitée, p. 135.

¹⁷ Ainsi en droit italien, S.CASSESE, Istituzioni di diritto amministrativo, Giuffrè, 2004, p. 304 ; également en droit australien C.CHERYL SAUNDERS and K.YAM, Government regulation by contract : Implications for the rule of law, Public Law Review, vol. 15, n° 41, 2004 et N.SEDDON, Government Contracts Federal State and local, The Federation Press, 1995 ; en droit canadien, P. GARANT, Droit administratif, vol. 1, ed., Yvon Blais, 1996, p. 476.

¹⁸ Si l'Etat dispose d'une compétence générale, les collectivités territoriales sont davantage encadrées par les textes : mais le C.E. a jugé (C.E., Section, 28 janvier 1998, Société Borg-Warner), que les dispositions du Code Général des Collectivités Territoriales qui dérogent au principe de la liberté contractuelle doivent être interprétées strictement. Voir également C. BRECHON-MOULENES, « La liberté contractuelle des personnes publiques », in A.J.D.A., 1998, p. 643 et B. STIRN, « La liberté contractuelle, droit fondamental en droit administratif ? », eod. loc., p. 673.

¹⁹ A propos d'une convention fiscale entre l'Etat et le Territoire d'Outre-Mer de Nouvelle Calédonie.

donc des rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales, « aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle » ne s'oppose à ce que leurs administrations respectives harmonisent leur action en vue d'exercer des compétences dévolues en vertu de la constitution et de la loi. Le procédé contractuel étant confirmé dans son principe, son utilisation ne pouvait que se développer dans des domaines sans cesse élargis.

Par ailleurs, et toujours dans la même décision, le Conseil Constitutionnel, précise que les engagements de l'Etat ne sauraient faire obstacle à l'exercice de ses droits par le Parlement. Dans une décision ultérieure, le juge constitutionnel déclare notamment, qu'il appartient au législateur de déterminer les principes fondamentaux de la libre administration ²⁰.

De même toute loi, dans la mesure où elle n'établit pas une obligation de contracter à la charge des collectivités territoriales, est conforme au principe constitutionnel de libre administration. Enfin, la loi constitutionnelle du 28 mars 2003, à propos des contrats passés entre collectivités locales et de la notion problématique de « chef de file », décide que la loi peut autoriser l'une des collectivités concernées à organiser les modalités de leur action commune (article 72 al. 5 de la constitution).

3. Les domaines de la contractualisation

Avec la transformation progressive du rôle de l'Etat, nombreux sont les domaines atteints par la « vague contractuelle ». Si le recours à la technique contractuelle notamment entre l'Etat et les communes ²¹ est ancien, son utilisation est devenue systématique dans les années 1980, avec la décentralisation où l'offre contractuelle émanait aussi bien de l'Etat que des collectivités intermédiaires. Jusque là cependant, les contrats passés entre collectivités publiques ne correspondaient pas à une politique d'ensemble, étaient conclus au coup par coup en fonction des nécessités publiques et des impératifs politiques. Dépourvus de cadres normatifs précis, la plupart d'entre eux sont définis par des circulaires. Mais la contractualisation déjà pratiquée en matière d'aménagement du territoire, a été confortée par la construction européenne. La loi du 7 janvier 1983, dispose dès son article 1^{er}, que « les collectivités locales concourent avec l'Etat à l'administration et à l'aménagement du territoire, au développement économique, social, sanitaire, culturel et scientifique, ainsi qu'à la protection de l'environnement et à l'amélioration du cadre de vie ». Il arrive même que le juge administratif ou le juge financier incitent les collectivités publiques à passer des contrats entre elles, lorsque ce n'est pas le législateur lui-même qui y pousse ²².

²⁰ Décision du 26 janvier 1995, à propos de la loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire.

²¹ D. FLECHER-BOURJOL, « Essai de typologie fonctionnelle des contrats entre l'Etat et les collectivités locales », Bulletin de l'Institut International d'Administration Publique», 1979, p. 309.

²² Ainsi, deux lois (des 1^{er} décembre 1988 et 31 mai 1990) relatives au Revenu Minimum d'Insertion et au droit au logement, ont imposé aux départements de concourir financièrement aux actions conduites

L'extension de la sphère contractuelle a connu plusieurs phases.

A - La phase de l'économie contractuelle

Elle débute avec l'apparition des quasi-contrats du IV^{ème} Plan (1962-1965), des conventions de plan du V^{ème} Plan (1966-1970), des contrats de plan Etat-région (devenus plus tard contrats de projet), des contrats de plan entre l'Etat et les communautés d'agglomération puis les Communautés urbaines (décret du 23 décembre 1970), des contrats d'aménagement des Villes moyennes (circulaire du ministère de l'équipement, du 4 juillet 1974), des contrats de pays passés avec les syndicats de communes pour les aider dans certaines opérations d'aménagement rural et pour créer des zones industrielles ou artisanales (circulaires Datar du 11 juillet 1975 et du 30 mars 1977). Ces contrats intervenus comme des instruments de la politique économique de l'Etat, ont connu un succès limité à l'époque.

La planification lancée en 1947, de nature plutôt concertée, contractualisée à partir des années 1970, a été réformée par la loi du 29 juillet 1982, qui définit les nouveaux contrats de plan comme devant contribuer à la réalisation d'objectifs compatibles avec ceux du plan de la nation. En outre, elle indique qu'ils peuvent être négociés et conclus avec des collectivités territoriales, des entreprises publiques ou privées. Le mécanisme de ces contrats a fait l'objet du décret du 21 janvier 1983, qui organise la procédure des contrats de plan conclus avec les régions au cours de l'année 1984. Ces contrats jouissent d'un traitement particulier, dans la mesure où la loi prescrit que toute aide financière de l'Etat doit en priorité être accordée par leur intermédiaire en contrepartie des engagements pris par le bénéficiaire. Mais le contrat de plan n'est pas une notion uniforme, car les plus importants sont ceux qui lient l'Etat et la région, et leur mise en œuvre entraîne la passation de 20 à 30 contrats particuliers. Ainsi la première génération des CPER (1984-1988), au nombre de 22, se sont concrétisés par plus de 600 conventions particulières. A la fin du siècle passé, leur nombre atteignait le millier 23.

Après la relance de la « vogue contractuelle » par la loi d'orientation du 25 juin 1999, pour l'aménagement et le développement du territoire, les CPER ont été remplacés (depuis le 6 mars 2006) par les « contrats de projets », recentrés eux-mêmes sur les trois axes correspondant à la stratégie européenne de Lisbonne : compétitivité et attractivité du territoire, promotion du développement durable, cohésion sociale. Même si le plan a disparu, les contrats Etat-région demeurent.

Le caractère commun à tous ces contrats est qu'ils mettent en œuvre une politique publique nationale, sectorielle ou spécifique, sur laquelle l'Etat cherche à mobiliser les énergies locales. Le problème est que ces contrats de plan peuvent parfois se prêter à un contournement de la répartition légale des compétences,

par l'Etat.

²³ Plusieurs vagues de CPER se sont succédé, de 1984 à 1998, de 1984 à 1993, puis de 1989 à 1993, puis de 1994 à 1998. La quatrième vague couvre la période 2000-2006 (circulaires du 1^{er} juillet 1998 « Stratégie de l'Etat dans les régions », et du 31 juillet 1998 « Principes relatifs à l'architecture des contrats », J.O. du 13 septembre 1998, p. 14.042 et 13.989).

aboutissant à institutionnaliser des transferts de charges de l'Etat aux collectivités territoriales, sous la pression de l'Etat et en raison de l'inquiétude des responsables locaux quant à l'avenir des collectivités dont ils ont la charge. Néanmoins, les contrats Etat-région établissent d'authentiques partenariats, même s'ils peuvent tourner au marchandage dans certains cas, et en dépit de l'opacification de la répartition des compétences.

B - La phase de contractualisation de l'administration territoriale

Elle commence durant la décennie 1982-1992, qui a vu se développer les contrats entre l'Etat et les collectivités territoriales et entre ces dernières. Mais avant cela, la planification et les préoccupations en matière d'aménagement du territoire ont débouché sur une politique contractuelle, qui a gagné dans un premier temps les politiques publiques liées à l'aménagement du territoire comme l'urbanisme (avec la loi d'orientation foncière du 30 décembre 1967), la politique de la Ville avec les contrats de ville moyenne (entre 20.000 et 100.000 habitants), dont l'objet est de permettre à la ville de réaliser avec l'aide de l'Etat, des opérations sur lesquelles l'accord des parties avait pu être réalisé, notamment pour rénover les centres-villes, les centres commerciaux, créer des espaces verts, des centres de loisirs, des bibliothèques, des musées²⁴. Ce sont ensuite les contrats de pays, reposant sur une circulaire du 11 juillet 1975 et une instruction ministérielle du 23 septembre 1977, qui ont visé à engager une politique de revitalisation de certains territoires ruraux en déclin, en créant notamment des zones industrielles ou artisanales.²⁵

Ces expériences ont montré que ces contrats entre personnes publiques étaient non seulement possibles mais nécessaires, dans tous les domaines urgents comme le développement social des quartiers, le développement économique local, la dépollution et la protection des richesses naturelles. Ces démarches, d'abord ponctuelles, organisées par circulaires puis par décrets, ont évolué à partir du moment où les relations de tutelle établies entre l'Etat et les collectivités territoriales ont elles mêmes évolué. En effet, l'Etat ne peut plus rien imposer dans une série de domaines concernant l'urbanisme, l'aménagement, les équipements publics, les infrastructures. Certes, il peut utiliser la voie législative, tout en sachant que les deux chambres du parlement comprennent un grand nombre de parlementaires investis de mandats locaux. Dans ces conditions, l'Etat est conduit à utiliser la voie contractuelle, qui, au moins en apparence, permet de respecter la libre administration des collectivités territoriales.

Les textes, législatifs ou réglementaires, prévoyant le recours aux contrats

²⁴ Ces contrats de Villes moyennes résultaient d'une instruction non publiée du Ministère de l'aménagement du territoire, du 7 janvier 1973, et d'une circulaire du 7 juillet 1973. Soixante dix conventions de ce type ont été signées en sept ans.

²⁵ Sur ce point, C. BURON, « Les contrats d'aménagement conclus entre l'Etat et les Villes moyennes », in A.J.D.A., 1996, p. 510 ; G. MARCOU et autres, La coopération contractuelle et le gouvernement des villes, ed., L'Harmattan, 1997 ; P. LERUSTE, « Les contrats d'aménagement des villes moyennes », La Documentation française, 1975 ; D. PERPY, « Une formule originale : le contrat de pays », in R.A. 1975, p. 673 ; P. ROLLAND, « Les contrats de pays », in R.D.P., 1993, p. 1315.

entre l'Etat et les collectivités territoriales, se sont multipliées. De même que la tutelle de l'Etat évoluait, de même la loi du 7 janvier 1982 (art.2) précisait qu'il ne peut y avoir de tutelle d'une collectivité territoriale sur une autre, ce qui renforçait encore l'utilisation du contrat.

Les lois de décentralisation ont expressément prévu le recours au conventionnement dans deux catégories d'hypothèses. Les lois du 2 mars 1982 et du 22 juillet 1982, mentionnent les conventions de transfert de services et de mise à disposition du personnel, à cause du passage de l'exécutif départemental, du préfet au président du Conseil général, et de l'exécutif régional, du préfet au président du conseil régional. Ces transferts de compétences ont été accompagnés d'une réorganisation des administrations locales. Des conventions-types existent permettant de traiter à égalité les collectivités concernées, même si les formules proposées tiennent plutôt des contrats d'adhésion ²⁶. Les lois de décentralisation appellent à la collaboration et incitent les représentants de l'Etat et les autorités chargées des exécutifs locaux à échanger des informations nécessaires à l'exercice de leurs attributions. Il s'agit de se prêter un appui mutuel et de coordonner l'action des administrations respectives, pour rapprocher les points de vue face à la complexité des dossiers traités, dans un esprit de partenariat qui convient bien aux citoyens, soucieux de voir leurs problèmes d'intérêt général résolus au mieux, loin des querelles de compétences et grâce à la mise en commun des moyens de toute nature.

Pour mettre en oeuvre sa politique urbaine en particulier, l'Etat utilise le contrat pour impulser des projets globaux d'aménagement, d'intégration sociale et d'amélioration du cadre de vie, tout en canalisant les politiques locales autour d'objectifs qui sont les siens. En sens inverse, le contrat permet d'articuler l'action des divers niveaux de collectivités, dans l'exercice de leurs compétences respectives, autour d'orientations négociées librement.

La politique de la ville a été l'un des domaines les plus dynamiques en matière de contractualisation, en s'appuyant sur une démarche partenariale interministérielle et intercollectivités. Amorcée dans les années 1976-1977 elle se précise avec la décentralisation, pour se focaliser sur la recherche de solutions préventives globales et non plus sectorielles aux problèmes sociaux ²⁷, et repose largement sur des contrats entre l'Etat, les Communes et les associations. La loi du 13 juillet 1991, d'orientation pour la Ville, met en place des contrats de ville conçus comme des accords par lesquels l'Etat et les collectivités territoriales, s'engagent dans des actions concertées pour améliorer les conditions de vie

²⁶ La loi du 7 janvier 1983 a trait aux conventions passées avec les services extérieurs de l'Etat. Par la suite, la loi du 13 août 2004 reprend la même formule pour le transfert des personnels dits ATOS (Agents techniques et ouvriers spécialisés).

²⁷ Le point de départ a été le Rapport d'Olivier GUICHARD « Vivre ensemble » du 24 novembre 1976, la création du Fonds d'Aménagement urbain et les premières opérations « habitat et vie sociale » qui ont concerné 50 quartiers à problèmes. La création de la commission pour le développement social des quartiers (CNDSQ) et les rapports de Messieurs BONNEMAISON (paru en 1982 et intitulé « Face à la délinquance : prévention, répression, solidarité ») et DUBEDOUT (paru en 1983, intitulé « Ensemble refaire la Ville »).

dans les quartiers connaissant des difficultés sociales (circulaire du 1^{er} Ministre, du 31 décembre 1998). La politique de la Ville, c'est à la fois une politique de l'urbanisme et du logement, de la sécurité, de la formation professionnelle et de l'action sociale. Elle a donné lieu à plusieurs types de contrats : conventions de développement social de quartiers, conventions de lutte contre la délinquance ou de réhabilitation de logements, conventions « Ville habitat »²⁸. Dans la période 1994-1999, ce sont 220 contrats de Ville qui ont été conclus, couvrant 1.300 quartiers, dans 750 communes. Ces contrats ont été renouvelés par une circulaire du 31 décembre 1998 portant leur durée à 7 ans²⁹. A partir de l'année 2000, ces contrats sont devenus l'outil unique de la politique de la Ville, concernant des Villes de toute taille, regroupant 6 millions d'habitants³⁰. Cette politique de la Ville, qui a contribué à la nouvelle civilisation urbaine, pose au système français un double problème : celui des structures administratives, et celui de la répartition des responsabilités des politiques publiques globales qu'implique le traitement des problèmes de la Ville.

Les contrats de pays et d'agglomération, qui ont fait l'objet de la loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire du 4 février 1995 et de la circulaire du 7 juin 2001 qui en a précisé le régime juridique, ont visé à améliorer la gouvernance locale en renforçant l'intercommunalité et à moderniser l'administration territoriale³¹. Signé entre l'Etat et des Communes ou des Etablissements publics de coopération intercommunale, ou même les régions et départements concernés, le contrat de pays met en œuvre une Charte de développement. En vertu de la loi, il revêt une portée juridique pour les territoires soumis à une forte pression urbaine et non couverts par un schéma de cohérence territoriale (SCOT). Sa conclusion donne naissance à un Groupement d'Intérêt Public de développement local ou à un établissement public territorial. Pour articuler au mieux les contrats de pays et les contrats d'agglomération, la loi de 1995 prévoit que leur complémentarité est précisée par voie de convention entre les parties intéressées. Ces contrats débouchent donc sur de nouvelles conventions, pour coordonner l'action des services de l'Etat dans le périmètre concerné.

La contractualisation a pris une extension aussi remarquable dans le domaine de la culture, avec les Chartes culturelles et les Conventions de développement culturel. Dès le début du XX^{ème} siècle, l'Etat et les communes passaient de telles conventions. Avant même la décentralisation, 27 Chartes culturelles ont été conclues entre 1974 et 1975³². Après la décentralisation, les Conventions de la première génération (1982-1985) se présentaient comme des plates-formes programmatiques impliquant au moins deux partenaires sur les mêmes actions.

²⁸ Ces dernières ont associé pour 3 ans l'Etat aux Communes qui ont voulu harmoniser et améliorer leur politique d'habitation et d'aménagement urbain

²⁹ R. CHAPUS, op. cit., p. 437.

³⁰ Rapport Public du Conseil d'Etat (précité), p. 73.

³¹ Y. JEGOUZO, « La décentralisation et la Ville », N° Spécial de l'A.J.D.A. 1992, Décentralisation, Bilan et Perspectives, p. 101.

³² N. POULET-GIBOT LECLERC, op. cit., p. 559.

Elles définissent les engagements financiers des cocontractants, mais de manière floue et sans référence à une réciprocité formelle des engagements, ce qui les prive d'effet obligatoire. La seconde génération de contrats de ce type revêt un aspect plus conforme à la notion de contrat, avec des engagements réciproques concernant les financements et les actions prévues, et précisant les modalités de reversement en cas de non-exécution³³. Dans ce domaine la contractualisation a été systématique, et 1228 Chartes culturelles ont été conclues entre 1982 et 1991.

En matière de tourisme, le recours au contrat a été un moyen de clarifier l'exercice des compétences concurrentes, attribuées à la fois à l'Etat et aux collectivités territoriales par les lois du 7 janvier 1982 et du 22 juillet 1983. Pour éviter d'éventuelles divergences d'interprétation, il a été décidé dans le cadre du IX^{ème} Plan, d'inclure dans les contrats de plan Etat-région, un volet touristique décrivant ce qui revient à chacun. L'Etat et les régions ont signé pour la durée de ce plan, 25 contrats pour les stations littorales, plus de 100 pour le tourisme en zone rurale et plus d'une vingtaine pour les zones de montagne. La loi du 23 décembre 1992 a confirmé les principes adoptés en la matière, et procédé à une répartition des compétences.

L'environnement constitue une dimension importante de toute action publique. La politique de l'eau notamment fait appel à l'Etat et aux collectivités locales de tous les niveaux. En raison des limites des techniques réglementaires, les Etats se sont tournés vers les procédés contractuels, destinés à jouer comme des instruments directs de régulation. Tel est le cas aux Etats-Unis, en Belgique, en Allemagne entre autres, et la France aussi a fait des contrats de régulation une pratique répandue dans ce domaine, par exemple avec les contrats de rivière³⁴.

Les négociations contractuelles sont à la source de la multiplication des financements croisés consacrés en particulier par la loi du 6 février 1992. Ainsi les régions proposent des financements pour orienter vers leur territoire les politiques nationales, et dans l'autre sens l'Etat soutient financièrement les actions régionales conformes à ses propres orientations. On aboutit à ce que dans la pratique ce n'est plus la loi qui opère à titre principal la répartition des compétences, mais le contrat. Il en est allé ainsi dans le domaine universitaire. L'impécuniosité de l'Etat l'a conduit à solliciter les collectivités territoriales dans ce domaine qu'il se réservait, mais que la pression de la demande sociale ne lui permettait plus de satisfaire. La loi du 4 juillet 1990 a donc permis à l'Etat de confier par contrat à des collectivités territoriales la maîtrise d'ouvrage des bâtiments universitaires. Dans ce cas il ne s'agit pas d'un transfert de compétences, comme cela s'est fait par les lois de décentralisation pour les locaux scolaires, mais d'une possibilité offerte à l'Etat de confier à une collectivité territoriale ou à un groupement de

³³ Une circulaire non publiée du 16 septembre 1988 relative aux conventions de développement culturel, rappelle qu'elles « ne portent en principe engagement que pour l'année considérée », et que « tout engagement financier dépassant le cadre de l'année budgétaire doit être assorti de la mention « Sous réserve de l'inscription des crédits correspondants dans la loi de finances ». Voir aussi R.F.D.A., 1995, p. 697.

³⁴ J.B. AUBY, op. cit., in Mélanges GUIBAL, vol 1, p. 416.

collectivités, la réalisation d'une opération précise ³⁵

C - L'ère de la contractualisation généralisée

Le contrat s'est introduit dans presque tous les domaines de l'action administrative. Il est utilisé pour créer des services publics ³⁶, ou pour organiser des expérimentations ³⁷, et de façon générale toute attribution et tout transfert de compétences ont pour effet le plus souvent de déclencher un processus de contractualisation ³⁸. Celle-ci est devenue une « technique de gestion des affaires publiques » ³⁹.

En effet, un fort développement de la contractualisation est constaté à la fois entre l'administration et la société, et dans les rapports interadministratifs. Elle est utilisée dans les rapports entre personnes publiques en général, et même au sein d'une même personne publique, au prix d'abus de langage évidents. Ainsi l'Etat utilise ce nouveau type de gestion pour sa propre réforme interne et pour conduire le changement dans sa bureaucratie. Le contrat gagne ainsi les relations au sein de l'Etat, entre l'administration centrale et les services déconcentrés ⁴⁰. On observe dans tous les systèmes administratifs comparables à la France, la même efflorescence contractuelle ⁴¹. Il reste que l'implantation de la logique dans les relations au sein d'une même personne publique reste problématique.

Il semble ne pas y avoir de limites au recours au système contractuel, en ce qui concerne aussi les rapports entre collectivités territoriales. La loi du 7 janvier 1983 prévoit qu'elles peuvent conclure des conventions par lesquelles elles mettent à disposition entre elles, leurs services et moyens, afin de faciliter l'exercice de leurs compétences (par exemple pour élaborer des documents d'urbanisme). En vertu du même texte, les chartes intercommunales de développement et d'aménagement

³⁵ J.D. DREYFUS, op. cit., p. 222. Il ne faut pas confondre ce type de contrat entre l'Etat et une collectivité territoriale, avec les relations contractuelles établies entre l'Etat et les Universités et qui font l'objet de contrats quadriennaux. Ceux-ci permettent de passer d'un mode de gestion très bureaucratique, à un partenariat dans lequel les acteurs de terrain sont placés devant la responsabilité d'élaborer leurs projets de développement. Voir sur ce point, J.P. FINANCE, « Les contrats d'établissement dans le domaine de l'enseignement supérieur », in A.J.D.A., 2003, pp. 989 et s.

³⁶ Ordonnance du 24 avril 1996 sur les Agences Régionales Hospitalières, loi du 25 juin 1999 sur le G.I.P. de développement local.

³⁷ Loi du 27 février 2002 sur la démocratie de proximité.

³⁸ Voir J.M. PONTIER, « Contractualisation et planification », in R.D.P., 1994, p. 64.

³⁹ L. RICHER, « La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques, in A.J.D.A., 2003, pp. 973 et s.

⁴⁰ Avec les « contrats de service » apparus en 1996, entre le Ministère de la justice et les juridictions, entre le Conseil d'Etat et les Cours administratives d'appel ». Sur ce point, Y. AGUILA, « Les contrats d'objectifs : une nouvelle étape pour les C.A.A. », in A.J.D.A., 2003, pp. 4 et s.

⁴¹ Les « contrats publics de coordination » du droit allemand désignent les contrats conclus entre parties placées sur un pied d'égalité et en particulier entre organismes administratifs dotés de la capacité juridique : Hartmut MAURER, Droit administratif allemand, L.G.D.J., Paris 1994, p. 368. De pareils contrats servent aux autorités publiques centrales à piloter l'amélioration des services rendus par les administrations qui dépendent d'elles : ainsi les « public service agreements » au Royaume-Uni, voir K. WALSH et Alii, Contracting for change : Contracts in Health, Social Care and other Local Government Services, 1977.

peuvent servir de fondement à des conventions conclues avec le département ou la région, pour réaliser des projets ou programmes définis en commun. Les régions peuvent passer entre elles des conventions pour l'exercice de leurs compétences et contracter même avec toute autre personne publique (ou privée), afin de créer des Centres de formation d'apprentis par exemple (art. 6, 29 et 83). Déjà la loi du 2 mars 1982 permettait aux régions de conclure entre elles des conventions pour l'exercice de leurs compétences. La loi du 6 février 1992, prévoit encore que l'Etat peut autoriser les collectivités territoriales à développer par contrat des coopérations transfrontalières. Enfin la loi du 4 février 1995 autorise une région qui adhère à plusieurs ententes interrégionales, à définir par convention avec chacune d'elles les compétences qu'elles peuvent exercer sur son territoire.

Plus remarquablement encore, le Conseil d'Etat a jugé que deux collectivités territoriales pouvaient être liées par contrat sans forcément s'en rendre compte, en prenant des décisions concordantes sur un même objet (C.E., 20 mars 1996, Commune de Saint-Céré).

4. Les extensions récentes et les limites de la contractualisation

L'expansion du contrat dans la sphère publique pousse à se demander, jusqu'où l'administration peut contracter et quels sont les objets et les contenus contractuels exclus.

Outre les matières soustraites au contrat par l'effet de la loi, il y a celles qui traditionnellement sont rebelles à la contractualisation, avec toutefois certains accommodements qui conduisent à constater que les interdictions sont assez peu nombreuses en fin de compte.

A - La question des prérogatives régaliennes

Il n'existe pas de liste constitutionnelle ou légale de matières interdites au contrat, étant entendu que le droit administratif a toujours limité la place du contrat ou encadré son utilisation, en imposant certains principes et certaines limites. En effet, les interventions de l'Etat s'inscrivent dans différents registres, séparés par des frontières parfois assez floues : il y a ce qui relève du rôle de l'Etat en tant qu'acteur public parmi d'autres, et ce qui relève des prérogatives régaliennes de l'Etat souverain, qui par nature n'a pas d'égal au-dedans et aucun supérieur au dehors, au moins en principe⁴². Soit en raison de leur nature, soit en vertu de textes particuliers, certaines questions ne peuvent être traitées par la voie contractuelle.

Parmi ces tâches publiques et les activités régaliennes échappant aux possibilités contractuelles et de délégation, au nom du principe d'égalité ou pour toute autre raison, il y a la conduite des relations extérieures, la défense, la justice, la monnaie, la fiscalité, les missions de police. La jurisprudence, notamment celle

⁴² J. BODIN, dans les « Six livres de la République » fait la distinction entre l'Etat souverain et l'Etat contractant, en réponse aux théories contractualistes, très influentes au XVIème siècle : Voir N. PORTIER « Un nouveau mode de relations entre l'Etat et ses partenaires : l'exemple de l'aménagement du territoire », in A.J.D.A., 2003, p. 986.

du Conseil Constitutionnel, a eu l'occasion de préciser le champ des interdictions liées aux missions de souveraineté⁴³. Au plan interne toujours, le Conseil d'Etat a été conduit également à préciser les limites de la contractualisation⁴⁴. Dans l'ordre international et à propos des transferts de compétence au profit d'une organisation internationale permanente investie du pouvoir de décision et ayant la personnalité juridique, les contrats sont possibles « à condition qu'ils ne portent pas atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale »⁴⁵.

Il convient de noter à cet égard et dans le cadre de l'U.E., que l'organisation décentralisée de l'Etat ne saurait être invoquée par lui pour se soustraire à ses responsabilités. C'est l'Etat en effet, qui reste le garant du respect des engagements internationaux. Son organisation interne, fédérale ou autre, ne saurait l'autoriser à méconnaître le droit communautaire dans ses engagements contractuels⁴⁶.

En réalité, c'est le mode d'exercice de la compétence (plus que les matières concernées) qui fait obstacle au contrat. Ainsi, lorsque la Constitution prévoit que certaines matières appartiennent au domaine législatif, le législateur ne peut renvoyer à une convention. Le Conseil Constitutionnel l'a confirmé dans sa décision du 26 janvier 1995, à propos de la loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, permettant aux collectivités territoriales de désigner par convention l'une d'elles comme « chef de file » pour exercer une compétence relevant de plusieurs collectivités⁴⁷. De même le législateur doit respecter le pouvoir réglementaire et ne saurait substituer une convention à un règlement.

B - Le secteur de la sécurité et les activités de police

La sécurité publique est également une mission régalienne, et elle relève certainement du « noyau dur » des services qui doivent être gérés directement par l'Etat. C'est pourquoi la police ne se concède pas, et le principe demeure que le maintien de l'ordre est un devoir de la puissance publique agissant par

⁴³ En matière de fiscalité, d'enseignement, de santé, de police des étrangers, de surveillance des détenus et de mesures de contrôle judiciaire (Décisions du 25 février 1992, du 29 août 2002, des 2 juillet et 20 novembre 2003). A propos du partenariat public-privé dans certains de ces domaines, le Conseil Constitutionnel a plusieurs fois rappelé que le contrat ne saurait conduire à « déléguer à une personne privée l'exercice d'une mission de souveraineté ».

⁴⁴ A propos de la délimitation du domaine public : C.E., 20 juin 1975, Leverrier et Avis de la Section de l'Intérieur du C.E., du 7 octobre 1986. Egalement, Rapport public du C.E., 2008 (précité), pp. 180 et s.

⁴⁵ Sur ces divers points, P. DELVOLLE, « Constitution et contrats publics » in Mélanges F. MODERNE, Dalloz, 2004, pp. 471 et s.

⁴⁶ C.J.C.E., 18 juillet 2007, Commission des C.E., c/RFA, A.J.D.A., 2007, p. 966, et Rapport public du C.E., (précité), p. 186.

⁴⁷ Compétent pour fixer les principes fondamentaux de la libre administration locale, le législateur « ne saurait renvoyer à une convention... sans définir les pouvoirs et les responsabilités afférentes à cette fonction ». Le nouvel art 72 de la Constitution, modifié par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003, dispose désormais : « Lorsque l'exercice d'une compétence nécessite le concours de plusieurs collectivités territoriales... la loi peut autoriser l'une d'entre elles ou un de leurs groupements à organiser les modalités de leur action commune ».

voie de mesures unilatérales⁴⁸. La jurisprudence administrative n'a jamais admis la validité de conventions portant sur la compétence normative des autorités investies du pouvoir de police administrative. L'ordre public ne saurait être assuré autrement que par voie de règlements, et seules certaines opérations matérielles peuvent être confiées à un délégataire⁴⁹. Le Conseil d'Etat a depuis longtemps posé le principe de l'interdiction pour l'autorité de police d'utiliser une technique contractuelle⁵⁰.

Mais « dans l'ombre du dogme, nombre de nuances et de dérogations sont tolérées » 51. Des pratiques sont apparues, qui peuvent paraître étranges par rapport aux règles administratives, et quelque peu énigmatiques au regard des principes conventionnels.

On peut déjà rappeler, que si le service public de la police administrative vouée au maintien de l'ordre ne peut pas être délégué par contrat, la grande loi municipale de 1884 a prévu une délégation de compétences au profit des maires (art. L 2211-1 du C.G.C.T.). L'interdiction de recourir au contrat en matière de police administrative a également été atténuée, dans le cadre de l'interventionnisme économique et s'agissant de l'environnement. L'évolution est d'autant plus marquée que le droit communautaire a privilégié la voie conventionnelle. Ainsi le 8 octobre 1993, un Accord a été passé entre le ministère de l'agriculture, celui de l'environnement et les syndicats agricoles, établissant un « programme de maîtrise des pollutions agricoles » et renvoyant à des contrats particuliers de mise en œuvre de ce programme 52. En réalité, la frontière entre ce qui est déléguable et ce qui ne l'est pas évolue, et doit prendre en compte, par exemple, les apports des technologies de l'information et de la communication, en particulier en ce qui concerne les opérations de contrôle⁵³. Le juge administratif a déjà admis l'attribution d'un certain pouvoir de police par une convention de location de plage passée entre l'Etat et une commune⁵⁴.

Le mouvement historique de transformation des activités de police en activités de service public a été renforcé par la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, qui a considéré qu'aucune norme constitutionnelle ne s'oppose à ce que l'Etat

⁴⁸ R. DENOIX DE SAINT MARC, « La question de l'administration contractuelle », in A.J.D.A., 2003, p. 971. Egalement L. MOREAU « La contractualisation de l'exercice de la police administrative », in Mél. GUIBAL, Vol. I, pp.171 et s.

⁴⁹ Par exemple, le service de secours en montagne ou en mer.

⁵⁰ C.E., 17 juin 1932, Ville de Castelnaudary ; et plus récemment, C.E., 1er avril 1994, Commune de Menton, C.E., 29 décembre 1997, Commune d'Ostricourt.

⁵¹ L. MOREAU, op. cit., p. 171. Egalement L. PETIT, « Nouvelles d'une antinomie : contrat et police », in Mélanges Moderne, p. 345.

⁵² I. DOUSSAN, « Pour une analyse critique des contrats de maîtrise des pollutions d'origine agricole », in Droit de l'Environnement, 1997, N° 45, pp. 18 et s.

⁵³ L'Etat et les collectivités locales peuvent souhaiter développer le contrat de partenariat pour la surveillance des cantines scolaires, en tenant compte du savoir faire du secteur privé en matière de prestations de services. Dans ce domaine une conception plus souple de la délégation s'installe : T.C., 17 février 1997, Association du foyer des jeunes travailleurs c/Société Les repas parisiens.

⁵⁴ C.E., 5 avril 1974, Allieu.

passé avec les collectivités territoriales des conventions tendant à harmoniser l'action de leurs administrations respectives⁵⁵. Or, le service public de la police comprend des activités juridiques et matérielles, et le constat s'est imposé selon lequel, la sécurité ne peut être efficacement assurée que par le décloisonnement des compétences. Face à l'augmentation de la délinquance et de l'insécurité, l'idée de partenariat a fini par prévaloir, dont la mise en œuvre renvoie naturellement au contrat.

Déjà dans les années 1970, il a fallu coordonner l'action des services de police, de la justice et de l'éducation nationale. Puis la circulaire du 27 février 1985 a créé les contrats d'action et de prévention pour la sécurité dans la Ville (CAPS), visant à mettre en œuvre un programme local de prévention et d'amélioration de la sécurité urbaine. Entre 1988 et 1992, les politiques de sécurité sont intégrées dans la politique de la ville, pour constituer le volet « prévention de la délinquance » des contrats de ville. En mai 1992, le nouvel outil de partenariat contractuel est constitué par les « projets locaux de sécurité » (PLS), dont l'objectif est d'améliorer les conditions d'emploi des policiers en fonction du contexte local. La circulaire du 28 octobre 1997 institue les « contrats locaux de sécurité », qui deviendront l'instrument principal d'une politique de sécurité axée sur l'éducation à la citoyenneté et sur les actions conjointes de tous les services de l'Etat, associant les différents acteurs, afin de mettre sur pied un traitement global de l'insécurité. Succédant à une nouvelle circulaire du 7 juin 1999, la loi du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne va donner une assise législative aux contrats locaux de sécurité, qui seront transformés en « Contrats locaux de sécurité et de prévention de la délinquance » (CLSPD) par une nouvelle circulaire du 4 décembre 2006⁵⁶. Ces contrats contiennent un diagnostic de sécurité, une définition des objectifs et des moyens d'intervention, dans le respect des compétences des différents acteurs. C'est pourquoi l'on y a vu un cas de « coproduction » de la norme de sécurité⁵⁷. Elaborés par les préfets, les procureurs de la République et les maires, ces contrats sont destinés à développer une « police de proximité », dans les quartiers où se donne libre cours la délinquance des jeunes, et où il importe de concentrer de nouveaux moyens.

Parallèlement, la contractualisation a encore gagné du terrain à partir du moment où l'on a cherché à coordonner les actions des services de police et de gendarmerie nationales avec celles des polices municipales créées par la loi du 15 avril 1999. L'instrument de cette coordination est une Convention, dont la conclusion par le maire et le préfet est obligatoire pour les communes disposant au moins de 5 policiers municipaux,⁵⁸ et elle doit être conforme à une convention

⁵⁵ Décision du 19 juillet 1983.

⁵⁶ Rapport public du C.E., (précité), p. 73.

⁵⁷ S. ROCHE, « Vers la démonopolisation des fonctions régaliennes : contractualisation, territorialisation et européanisation de la sécurité intérieure », R.F.S.P., vol. 54, n° 1/2004, p. 43.

⁵⁸ Art. L. 2212-6 du CGCT. Cette convention « précise la nature et les lieux des interventions des agents de la police municipale (et) détermine les modalités selon lesquelles ces interventions sont coordonnées avec celles de la police et de la gendarmerie nationales ».

type établie par décret (du 24 mars 2000, J.O. 26 mars 2000, p. 4731). Ce contrat porte, non pas sur l'exercice d'une compétence de police, mais sur l'utilisation des forces disponibles localement, c'est-à-dire sur l'organisation du service public de la police. Par conséquent, la liberté de passer ce type de convention est assez réduite pour les communes, mais cela confirme que la méthode contractuelle utilisée dans le domaine de la sécurité révèle qu'un grand changement s'est produit dans la manière dont les compétences policières sont désormais comprises.

II - LE DROIT GÉNÉRAL DES CONTRATS DE L'ADMINISTRATION A L'ÉPREUVE DE LA CONTRACTUALISATION DES RAPPORTS ENTRE L'ÉTAT ET LES COLLECTIVITÉS LOCALES

Ce type de contrats ne se confond ni avec les contrats administratifs classiques passés avec des particuliers, ni avec ceux passés entre personnes publiques non territoriales. La contractualisation généralisée de l'action publique relayée par l'imagination du législateur surprend les juristes et pose de délicats problèmes administratifs dans tous les pays concernés par le phénomène. La qualification de ces contrats a fait l'objet de nombreuses interrogations, dans la mesure où l'utilisation du terme « contrat » sert à désigner toute une série de réalités nouvelles, tant au stade de la formation et de l'exécution de ces accords, qu'en ce qui concerne leur qualification. Or, le traitement contentieux est toujours déterminé par la nature de l'acte.

1. La singularité des contrats entre personnes publiques

Les personnes publiques ont toujours eu des occasions de conclure entre elles certains contrats, y compris les plus usuels, par exemple pour la vente de biens domaniaux. La jurisprudence a vu dans certains types de conventions, des contrats de louage d'ouvrage⁵⁹. La collaboration entre l'Etat et les communes prend normalement un caractère contractuel notamment depuis la loi du 7 janvier 1959. Il n'y a aucun problème lorsque c'est un texte légal qui prévoit et organise une convention. Mais la pratique a souvent précédé l'évolution législative et des contrats ont pu être conclus en dehors de tout cadre légal⁶⁰. L'application des règles générales du droit des contrats administratifs aux conventions liant des personnes publiques, s'est révélée possible, même si le régime juridique qui en découle diffère quelque peu de celui d'un contrat classique, dans la mesure où les considérations d'ordre organique jouent un rôle plus important.

Cependant, la politique contractuelle de l'Etat envers les collectivités locales, qui s'est illustrée dans les années 1960-1970 par la création de multiples formules

⁵⁹ C.E., 2 octobre 1968, Ministre de l'équipement et du logement, commune de Chapelle-Vieille-Forêt et Société auxiliaire de génie civil.

⁶⁰ Par exemple, entre l'Etat et l'O.R.T.F. L'Etat a également négocié des conventions portant sur des programmes d'équipement avec les Villes moyennes. Voir sur ce point J.C DOUENCE, « Les conventions entre personnes publiques, in Mélanges Stassinopoulos, L.G.D.J., 1974, p. 124.

de subventions contractuelles, accordées unilatéralement, ont pu faire douter du caractère contractuel de ces conventions. La multiplication des formules contractuelles défie le droit classique des contrats administratifs et oblige à s'interroger sur leur véritable nature. Car bien des conventions passées, celles qui régissent notamment l'exercice des compétences des autorités administratives en matière d'organisation et de fonctionnement des services publics, sont bien souvent des actes de forme contractuelle mais dont le contenu est parfois réglementaire. Les frontières entre l'acte unilatéral et le contrat sont à la fois floues et évolutives, et les contrats entre personnes publiques ont été pendant longtemps une réalité méconnue. Certains auteurs ont voulu voir dans les contrats entre personnes publiques, des actes mixtes, contractuels dans leur forme et unilatéral dans leur contenu. L'idée a été avancée de distinguer le « contrat » de la « convention », ce second terme devant servir à identifier quelque chose de différent du contrat classique.

Le procédé contractuel contient à l'évidence des virtualités contradictoires, en particulier lorsqu'il produit des effets réglementaires. L'effet relatif du contrat peut être remis en cause du fait de l'objet de certaines conventions. Ce principe traditionnel étant écarté, il faut en tirer les conséquences, dans la mesure où sont créés unilatéralement des droits et obligations pour les tiers et plus généralement pour les administrés⁶¹. Le caractère contractuel de l'acte découle de son mode de conclusion et régit les engagements respectifs, mais dans ses effets il est contredit par la portée normative qui lui est attachée, et qui en fait une source de droit vis-à-vis des tiers. Il y a là une altération évidente de la notion de contrat. La perspective même de l'acte contractuel est modifiée par le fait que seules les personnes publiques sont présentes au contrat. Les intérêts en cause sont par définition exclusivement publics, et les parties n'exercent que des compétences relevant du droit public. L'idée d'inégalité justifiée par l'intérêt général, qui détermine le régime juridique applicable aux contrats administratifs ne joue plus, car chaque contractant est censé être au service de l'intérêt général, même si l'intérêt local ne peut que plier devant l'intérêt national. La nature particulière des parties en cause, impose d'adapter la théorie générale des contrats administratifs, qui au moins implicitement admet que l'administration ne contracte en principe qu'avec des personnes privées⁶².

Ces conventions entre personnes publiques, qui s'insèrent dans le moule des contrats administratifs, le perturbent de l'intérieur, dans la mesure aussi où l'élément irréductible qu'est le libre consentement, même s'il subsiste, peut se trouver limité. Plus remarquablement encore, peut-il y avoir véritablement contrat lorsqu'un acte est présenté comme contractuel, alors qu'il est juridiquement

⁶¹ Ainsi, les « Chartes » des parcs naturels régionaux, depuis la loi du 8 janvier 1993, sont des documents de nature mixte, impliquant l'accord des collectivités territoriales concernées, mais contenant des prescriptions à caractère réglementaire, dans la mesure où ces Chartes font l'objet d'un décret qui les rend opposables aux documents d'urbanisme. Y. JEGOUZO, « L'administration contractuelle en question », in *Mélanges Moderne*, p. 546.

⁶² N. POULET-GIGOT LECLERC, op. cit., p. 563.

impossible comme c'est le cas lorsque les parties à l'accord n'ont pas toute la capacité de contracter, comme c'est le cas des contrats d'objectifs, passés entre les services d'une même personne publique ou entre une administration centrale et ses services déconcentrés ?

Tout ceci conduit à dire, que l'on est bien en présence d'un procédé d'action tout à la fois irréductible au contrat classique et à l'acte unilatéral. La fréquence de ce procédé interdit d'y voir une exception négligeable. Le nombre et la variété des formules utilisées entre personnes publiques semble faire obstacle à toute systématisation.

2. Les apports jurisprudentiels

La jurisprudence a parfois tenté de freiner l'extension non maîtrisée de la notion de contrat administratif ⁶³. Elle a dû également se saisir du cas particulier des conventions passées entre les personnes publiques, et singulièrement dans le cadre de la décentralisation.

La jurisprudence a envisagé la question posée par ce type d'accords, à la fois à propos de leur nature authentiquement contractuelle et de la qualification du contrat ⁶⁴.

La notion de contrat administratif et sa définition ne peuvent ni rendre compte de l'extension du champ contractuel, ni constituer un cadre juridique adapté à son usage foisonnant et aux fonctions multiples qui lui sont assignées ⁶⁵. Les contrats entre personnes publiques, tout en constituant de véritables contrats, peuvent poser problème et présenter des particularités, dans la mesure où il faut établir la nature exacte des actes, la qualité des collectivités contractantes, le régime applicable, ce qui implique de vérifier l'intention commune des parties, leur volonté de se lier par un véritable contrat, les compétences exercées dans la matière concernée et compte tenu de sa nature et des textes qui la régissent ⁶⁶. Sur le strict plan

⁶³ P. WEIL, « Le renouveau de la théorie du contrat administratif et ses difficultés », in Mélanges Stassinopoulos, p. 223.

⁶⁴ L'aspect concernant la soumission des contrats administratifs à la concurrence ne sera pas abordé ici, puisqu'il fait l'objet d'autres communications au Colloque.

⁶⁵ Pour mémoire un contrat peut être administratif :

- par détermination légale (marchés de travaux publics, marchés régis par le Code des marchés publics, contrats de partenariat);

- lorsqu'il est passé avec une personne privée, c'est normalement un contrat de droit privé, sauf si en plus de la présence de la partie publique il répond à l'une des deux conditions suivantes : soit qu'il contient une clause exorbitante insusceptible de se trouver dans un contrat privé, soit qu'il concerne l'exécution d'un service public ;

- lorsqu'il est passé entre deux personnes privées c'est en principe un contrat de droit privé, sauf si l'une des parties au contrat agit pour le compte de l'administration et si en outre le contrat remplit l'une des deux conditions alternatives précitées ;

- lorsqu'il est passé entre deux personnes publiques, le contrat est présumé de nature administrative, sauf exception, en fonction de l'objet du contrat.

⁶⁶ E. FATOME et J. MOREAU, « L'analyse juridique dans le contexte de la décentralisation », in A.J.D.A., 1990, p. 142.

juridique, il est difficile de traiter identiquement des actes dont les objets et les fonctions sont à ce point différents, souvent dépourvus d'engagements précis, et ne prévoyant pas toujours des sanctions en cas de non-respect. Si l'on ajoute à cela que la dénomination des contrats peut être artificielle, il est compréhensible que le juge soit réticent à admettre l'existence de véritables contrats. Car c'est à lui qu'il revient de qualifier les actes qui lui sont soumis, et c'est au juge administratif qu'il incombe de poser les principes essentiels du régime des contrats conclus entre personnes publiques, tout en tenant compte des décisions du juge constitutionnel et du juge communautaire.

Plusieurs décisions ont contribué à clarifier la situation. Tout en admettant que les contrats entre personnes publiques ne se distinguent pas fondamentalement de l'ensemble des contrats administratifs, la jurisprudence en ce domaine présente néanmoins certaines particularités ⁶⁷.

Si dans un premier temps, les contrats entre personnes publiques n'ont fait l'objet d'aucun traitement juridique particulier par rapport aux contrats entre personnes publiques et personnes privées, leur développement a conduit à prendre conscience d'une certaine inadaptation des critères classiques à ce type de contrats. En vertu de l'arrêt du Tribunal des Conflits du 21 mars 1983, Union des Assurances de Paris ⁶⁸, les contrats entre personnes publiques constituent une catégorie à part, dans la mesure où leur caractère administratif est déterminé par application d'une règle spécifique. En effet, ils revêtent « en principe » un caractère administratif, et cette présomption joue à la fois en raison de la qualité des parties et parce que de tels contrats se situent à la rencontre de deux gestions publiques. Mais il ne s'agit là que d'une présomption simple qui peut être inversée, dès lors que la preuve contraire est apportée, consistant à démontrer que l'objet du contrat ne fait naître entre les parties que des rapports de droit privé ⁶⁹. Il en résulte une certaine complication de l'état du droit, dans la mesure où le critère organique est valorisé lorsque la présomption s'applique, alors que le juge revient aux critères classiques du contrat administratif (notamment à l'examen des clauses) lorsque la présomption ne joue plus à raison de l'objet du contrat ⁷⁰.

En présence d'un contrat de ce type, la première étape pour le juge consiste donc à vérifier que l'objet de l'acte fait naître entre les parties des rapports de droit public ; et si l'objet de l'accord est susceptible de faire naître des rapports de droit

⁶⁷ B. STIRN, « Le juge administratif et les contrats entre collectivités publiques », in A.J.D.A., 1990, p. 139. Egalement, J.D. DREYFUS, « Actualité des contrats entre personnes publiques », in A.J.D.A., n° 7-8/2000, pp. 575 et s.

⁶⁸ Voir la décision avec les conclusions Labetoulle, in A.J.D.A., 1983, p. 356.

⁶⁹ Se reporter déjà à C.E., 13 février 1942, Commune de Sarlat. Par la suite, voir T.C., 11 mai 1990, Bureau d'aide sociale de Blénod-les-Ponts à Mousson et 7 octobre 1991, Centre Régional des Suvres Universitaires et Scolaires de Nancy-Metz. Egalement, C.E., 3 novembre 2003, Union des Groupements d'achats publics (s'agissant de la fourniture de véhicules usuels), R.F.D.A., 2004, p. 185. Mais le contrat conclu entre deux personnes publiques dont l'une est étrangère échappe à la compétence du juge administratif, lorsque c'est la loi étrangère qui s'applique : C.E., 30 mars 2005, Société civile Professionnelle de médecins, Reichheld et Stytzer.

⁷⁰ R. CHAPUS, op. cit., p. 546.

privé, il recherchera si les parties ont introduit dans l'acte des clauses exorbitantes. Mais ces dernières, qui sont l'expression de l'idée de puissance publique, ou de rapports inégaux, n'ont guère de sens entre personnes publiques.

Les doutes qui peuvent déjà naître quant à la nature contractuelle des rapports entre personnes publiques et personnes privées en matière économique, se muent en véritable perplexité quand il s'agit des rapports noués entre personnes publiques dans le cadre de la planification et de la décentralisation. Cela s'est vérifié à propos des contrats de plan, des contrats de ville, ainsi que des conventions de transfert de services, qui ont nourri les débats sur la nature et les effets des contrats entre personnes publiques⁷¹. Toutes les fois où se créent de nouveaux instruments d'action, le juge cherche à les intégrer dans l'ensemble du système juridique, en tenant compte des textes qui peuvent déclarer inapplicables tout ou partie des règles générales des contrats administratifs, en ce qui concerne par exemple le pouvoir de direction, de sanction, de résiliation unilatérale, ainsi que le droit à l'équilibre financier.

Tel fut le cas de certaines conventions passées entre l'Etat et les collectivités territoriales, comme les contrats de plan, pour lesquels la loi du 29 juillet 1982 disposait que la résiliation par l'Etat ne peut intervenir que dans les formes et conditions stipulées expressément au contrat. De même pour les conventions de transfert de services, prévoyant que leur modification unilatérale est interdite. L'explication de ces particularités tient à la volonté de bien marquer que les collectivités publiques sont juridiquement égales entre elles, pour pouvoir établir des rapports de collaboration et non de subordination.

Face à « l'inflation contractuelle », c'est au juge qu'il appartient en définitive de nommer correctement les actes⁷². Par ailleurs, il ne s'interdit pas de requalifier un contrat illicite en acte unilatéral (C.E., 23 juin 1974, Valet). Pour la période antérieure à 1982, il y a eu quelque doute sur la nature des contrats de plan, jusqu'à la loi précitée de 1982, qui parle « d'engagements réciproques » à leur sujet, ajoutant que la résiliation n'est possible que selon les modalités inscrites au contrat, dont les dispositions sont réputées constituer « des clauses contractuelles »⁷³. Le législateur a donc posé une présomption, mais non irréfragable, s'agissant des contrats de plan Etat-région. En réalité, le rôle des textes n'est pas tant de rendre possible la passation de contrats, que d'organiser le recours à ce procédé et d'en aménager les effets et le régime⁷⁴. Le juge s'en tient donc à la qualification donnée à l'acte et en tire toutes les conséquences, et la méconnaissance du contrat

⁷¹ Voir, J.M. PONTIER, « Les contrats de plan entre l'Etat et les régions », A.J.D.A., 1985, p.331 ; « Contractualisation et planification », R.D.P., 1993, p. 641 ; « Coopération contractuelle et coopération institutionnelle », R.A., 1994, p. 162 ; Les contrats de plan entre l'Etat et les régions, P.U.F., coll. Que Sais-je ?, 1998 ; « Les contrats de plan Etat-Région 2000-2006 », R.A. 2001, p. 58. Egalement, P. DELVOLVE, Droit public de l'économie, Dalloz, 1994, N° 314 et s.

⁷² Il lui revient de « coller les bonnes étiquettes sur les bons flacons », Rapport public du C.E. (précité), p. 251.

⁷³ Termes repris par la loi du 15 mai 2001.

⁷⁴ J.D. DREYFUS, « Contribution à une théorie ... » (précité), p. 25.

de plan Etat-région peut donc engager la responsabilité d'une partie envers son cocontractant. C'est le sens de l'arrêt rendu par l'Assemblée du Conseil d'Etat le 8 janvier 1988, Ministre chargé du Plan et de l'aménagement du territoire / Communauté urbaine de Strasbourg ⁷⁵.

Le juge administratif a adopté la même position à propos des conventions de transfert de services passées entre le préfet et le président du Conseil général, pour déterminer les modalités de répartition des services entre l'Etat et le département, en vertu de la loi du 7 janvier 1983. Le Conseil d'Etat reconnaît la nature contractuelle des conventions de transfert de services ou de mise à disposition de personnels (C.E., 31 mars 1989, Département de la Moselle, et 13 mai 1992, Commune d'Ivry sur Seine) ⁷⁶. Dans le cas de ces conventions comme pour les contrats de plan Etat-région, le juge administratif y a vu de véritables actes contractuels, soumis au régime juridique des contrats administratifs, impliquant la possibilité de modification dans l'intérêt général selon les modalités prévues à l'acte, et susceptibles d'entraîner la responsabilité de la partie qui ne respecte pas ses obligations en cas de préjudice. Mais en même temps il faut remarquer, qu'en l'espèce le juge a écarté certaines règles applicables aux autres contrats administratifs. En effet, le Conseil d'Etat a considéré, s'agissant d'un contrat entre personnes publiques, que celui-ci peut faire l'objet d'un recours en annulation de la part d'une des parties, alors qu'en principe le juge du contrat ne peut annuler des mesures contraires aux clauses contractuelles et doit se borner à accorder une réparation éventuelle. On est donc éloigné de la règle courante qui veut que le juge ne puisse annuler que les actes détachables du contrat. En l'occurrence donc, le Conseil d'Etat s'est écarté de sa jurisprudence traditionnelle, en reconnaissant au juge le pouvoir de prononcer l'annulation de mesures postérieures à la conclusion du contrat. Il a donc préféré faire évoluer les pouvoirs du juge du contrat, plutôt que de remettre en cause la qualification contractuelle des conventions de transfert de services, ce qui est le signe d'une sorte « d'effet d'entraînement en faveur de la qualification contractuelle » ⁷⁷.

Si les jurisprudences constitutionnelle et administrative ont dégagé quelques grands principes, toute équivoque n'est pas levée, car d'une part ceux qui rédigent et négocient notamment les contrats de plan Etat-région, semblent douter eux-mêmes de la nature de ces actes, dans la mesure où l'Etat n'hésite pas à reporter l'application du contrat sans que le partenaire ait son mot à dire, et qu'à l'inverse la région peut à un moment donné ne pas tenir ses engagements figurant au contrat. D'autre part, le juge lui-même a relancé les débats en affirmant par la suite, que « le contrat de plan n'emporte par lui-même aucune conséquence directe quant à la réalisation effective des actions ou opérations qu'il prévoit » (C.E., 25 octobre 1996, Association Estuaire – Ecologie). Cela revenait à vider le contrat de plan

⁷⁵ Qui annule la décision du 1^{er} Ministre proposant la ville de Grenoble comme site d'implantation d'un accélérateur européen de particules, alors que dans le contrat de plan unissant l'Etat à la région Alsace, c'est la candidature de Strasbourg qui devait être soutenue, R.F.D.A., 1988, pp. 25 et s.

⁷⁶ R.F.D.A., 1989, p. 466 et R.D.P., 1989, p. 1171.

⁷⁷ E. FATOME et J. MOREAU, op. cit., p. 144.

de son contenu contractuel ⁷⁸. Certes le Conseil d'Etat réserve la possibilité d'une indemnisation au cas où le préjudice est clairement établi pour une collectivité, mais en même temps il décourage d'éventuels recours pour excès de pouvoir. Ainsi le Conseil d'Etat a retenu la responsabilité de l'Etat pour non réalisation d'une ligne de TGV, en distinguant entre les conventions qui constituent de simples déclarations d'intention et celles qui comportent des engagements (C.E., 21 décembre 2008, Région du Limousin) ⁷⁹. C'est pour les véritables contrats seuls, que les tiers peuvent demander l'annulation des actes qui en sont détachables (C.E., 19 novembre 1999, Fédération Syndicale Force ouvrière des travailleurs des Postes et Télécommunications). Tout dépendrait donc de la précision des clauses du contrat et de la présence d'engagements formels, de la volonté de ceux qui négocient le contrat : c'est leur liberté et leur responsabilité de faire en sorte qu'il ne se réduise pas à un catalogue de bonnes intentions. Il en découle qu'en la matière, on peut être en présence d'un acte authentiquement contractuel ou d'un simple « contrat d'encadrement » ⁸⁰.

3. Les essais de clarification

La nature et l'objet des contrats passés entre l'Etat et les collectivités territoriales n'ont pas permis de les soumettre à un statut juridique totalement défini. Même si certains ont voulu voir dans ces contrats une forme nouvelle de tutelle, la libre administration locale, qui est réelle, n'autorise pas pareil amalgame. En effet,

⁷⁸ Voir : A.J.D.A., 1996, p. 1048 et R.F.D.A., 1997, p. 339. Egalement, C. LE NOAN, « L'ambiguïté persistante des contrats de plan : incertitudes jurisprudentielles ou contradiction législative ? », Recueil Dalloz, 1997, p. 441.

⁷⁹ L'arrêt relève que des véritables engagements ont été pris dans les conventions d'application d'un contrat de plan Etat-région portant sur un projet précis. Il mentionne à nouveau que l'Etat peut modifier ou mettre fin unilatéralement à ces conventions pour un motif d'intérêt général, mais rappelle que la réparation est due dès lors que le contrat ne l'a pas exclue. En l'espèce, le juge a indemnisé le préjudice direct et certain lié aux dépenses d'études et de contrôle externe, en écartant tout préjudice lié au manque à gagner et d'image. Voir : A.J.D.A., 2008, p. 481. Auparavant, devant l'inexécution de tels contrats, les députés avaient déposé une proposition de loi (13 février 2003) visant à « sécuriser » les contrats de plan Etat-région.

⁸⁰ L. RICHER, Droit administratif, 2002, p. 64. Egalement, Y. JEGOUZO, op. cit., in Mélanges Moderne, p. 551. La portée de ces contrats de plan repose le plus souvent sur des engagements moraux pris lors de la signature. La principale sanction du non-respect du contrat est purement politique et pèse surtout sur les élus locaux. La signature d'un contrat, par sa seule inscription dans le cadre d'une politique publique vaut souvent reconnaissance par l'Etat de l'intérêt d'un projet local et le privilège dans les investissements publics. Quant aux engagements contenus dans les contrats Etat-région, leur compatibilité avec le principe d'annualité budgétaire est problématique, car les dotations en capital et subventions ne peuvent être accordées que dans les limites fixées par les lois de finances. En 1996 et 2005 l'Etat a décidé unilatéralement de reporter d'un an l'application des contrats de plan suivants, sans procéder pour autant à la résiliation des contrats en cours selon les formes prévues. Il faut aussi tenir compte de l'imprécision des engagements et du caractère préparatoire du contrat de plan, qui requiert des conventions d'application projet par projet. Par ailleurs, il est difficile de chiffrer le préjudice économique direct résultant pour une région du retard dans la réalisation d'un équipement public. L'exécution à 80 % des contrats de plan est considérée comme satisfaisante. Se reporter sur ce point au Rapport Public du C.E., (précité) pp. 103,104 et 140. Sous l'angle budgétaire, la loi organique du 1^{er} août 2001 sur les lois de finances, a fait du « programme » une notion clé de l'action financière et ouvre des perspectives qui peuvent permettre de rendre l'administration contractuelle juridiquement plus lisible et plus stable : voir M. BOUVIER, « La loi organique du 1^{er} août 2001, relative aux lois de finances », in A.J.D.A., 2001, p. 876.

le pouvoir de modification unilatérale n'a pas la même portée entre personnes publiques, la notion d'équilibre financier du contrat n'est pas conçue dans la même perspective, et les relations conventionnelles entre l'Etat et les collectivités locales ne sont plus aussi affranchies qu'hier des contraintes de la concurrence⁸¹. La liberté des personnes publiques lorsqu'elles contractent entre elles a été limitée, ce qui réduit le champ des régimes dérogatoires.

Il reste que l'action administrative doit être encadrée pour éviter qu'elle bascule dans un pragmatisme douteux. Certes, en cas de litiges entre elles les personnes publiques préfèrent recourir aux voies administratives ou politiques plutôt que juridictionnelles. Mais cela ne règle pas la question du recours des tiers, et quoi qu'il en soit l'intervention du juge ne peut être écartée, d'autant que la tendance au rapprochement entre contentieux contractuel et contentieux de la légalité se poursuit. La liberté contractuelle reconnue aux collectivités territoriales a changé la situation et il serait anormal que l'Etat puisse impunément se soustraire à des engagements dont dépend le développement des territoires. C'est pourquoi il est devenu souhaitable que les conventions de ce type intègrent un système de sanctions préalablement négocié, qui serait déclenché en cas de conflit qu'il appartiendrait au juge de trancher si aucune transaction n'a pu être trouvée⁸².

Avec l'entrée en vigueur de la loi du 13 août 2003 relative aux libertés et responsabilités locales⁸³, des compétences jusque là partagées entre l'Etat et les collectivités territoriales et surtout les régions, ont été attribuées à titre exclusif à ces dernières. Certains domaines relevant désormais des autorités locales comme le tourisme, le développement commercial et le développement rural sont en principe exclus des contrats. Mais le désengagement de l'Etat n'est pas total, y compris dans les matières qui ont été décentralisées. La faveur dont jouit le contrat persiste, chez les responsables politiques locaux ou nationaux, ainsi que dans les administrations. L'action publique peut utiliser toute une panoplie de contrats : depuis ceux qui instituent une coopération entre l'Etat et les collectivités territoriales, en passant par ceux dont l'objet est de permettre un exercice optimal des compétences respectives, jusqu'aux contrats qui ont pour objet une prestation et auxquels peut s'appliquer le code des marchés publics.

La technique contractuelle reste encore le meilleur moyen pour rapprocher les positions des différentes collectivités publiques, afin de mettre en œuvre une

⁸¹ Une évolution continue s'est produite sur ce point, notamment avec la loi Sapin du 29 janvier 1993 et la loi portant Mesures Urgentes de Réformes à caractère Economique et Financier du 11 décembre 2001. Voir aussi : C.E., 20 mai 1998, Communauté de Communes du Piémont de Barr, qui confirme qu'une convention entre personnes publiques a le caractère d'un marché public. Egalement, Avis du C.E., 8 novembre 1999, dans l'affaire Société Jean Louis Bernard Consultants, A.J.D.A., 2000, p. 1066 ; C.E., 16 octobre 2000, Compagnie Méditerranéenne d'exploitation des services d'eau ; C.E., 5 septembre 2001, Guiavarc'h. Se reporter à F. MODERNE, « Les contrats de prestations de services techniques entre l'Etat et les collectivités locales après la loi MURCEF : Vers de nouvelles relations ? », in Mélanges J. MOREAU, *Economica*, 2003, pp. 293 et s., ainsi qu'à C. MAUGUE, « Les contrats entre collectivités saisis par le droit de la concurrence », A.J.D.A., 2003, pp. 381 et s.

⁸² Voir Rapport public du C.E. (précité), pp. 233 et s.

⁸³ A.J.D.A., 2004, pp. 1960 à 2012.

politique efficace⁸⁴. Les régions, dont l'existence a été constitutionnalisée, sont devenues le pivot autour duquel s'articule de plus en plus la coopération entre l'Etat et les territoires. La politique régionale de l'Union européenne et la tendance du droit communautaire à unifier les règles appliquées aux contrats, combinent leurs effets pour faire évoluer le système français et stimuler la réflexion sur les contrats publics en particulier. Car le droit communautaire, qui n'est pas attaché au critère organique en matière de contrats administratifs, « développe une conception matérielle large de leur objet, dégageant une notion du contrat public perturbatrice en France des catégories juridiques classiques »⁸⁵.

4. La contractualisation au service de la régulation et de la gouvernance

Aujourd'hui, aussi bien l'acte unilatéral qui est de plus en plus négocié que le contrat qui a perdu de sa clarté, ne répondent plus à leurs caractères juridiques classiques. Mais en France où la voie légale a toujours été privilégiée, l'outil contractuel est plébiscité dans les rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales, même si la réglementation (lois, décrets, arrêtés) est une source du droit des contrats entre personnes publique quantitativement plus importante que la constitution. Le juge administratif lui-même « encourage la collaboration entre les collectivités publiques tout en augmentant et en adaptant le contrôle qui s'exerce sur ces collectivités »⁸⁶ Ceci n'a cependant pas empêché le Conseil d'Etat d'attirer l'attention du gouvernement et des administrations étatiques et locales, sur le fait de ne pas recourir au contrat par facilité et de manière injustifiée, au risque de transformer cet instrument en catégorie « fourre-tout ». Le problème posé au juge est qu'il ne peut pas se borner à n'accorder d'attention qu'aux seuls vrais contrats, « en renvoyant tous les autres dans le néant juridique »⁸⁷. Car même sous une fausse dénomination juridique les pseudo-contrats peuvent produire des effets, y compris ceux que les parties en attendent. Mais face à l'engouement pour les formes dites contractuelles, les juristes en général ne peuvent pas échapper à la question de savoir s'ils sont en présence de vrais ou de faux contrats. Quant à l'administration, les exigences de son bon fonctionnement la conduisent à dépasser l'approche purement juridique, quitte à ce que le contrat se trouve comme dilué dans des notions comme celles de « contrat d'action publique », d'« action publique conventionnelle » ou de « partenariat ». C'est ainsi que sont

⁸⁴ J.P. GAUDIN et J. DUBOIS, « L'action publique par convention : les politiques contractuelles aujourd'hui », Cahiers de l'Institut de la décentralisation, N° 3/2003.

⁸⁵ Ph. TERNEYRE, « L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats administratifs », in A.J.D.A., N° Spécial, juin 1996, p. 86. Le Rapport du C.E., (précité), observe pour sa part que « le droit communautaire ne connaît à l'heure actuelle pas d'autres contrats administratifs que les marchés publics, les concessions et, sans qu'ils soient dotés d'un régime juridique propre, les contrats de partenariat » p. 244, tout en ajoutant que ce droit privilégie les critères matériels ou fonctionnels des contrats et non les critères organiques, qui restent importants dans l'approche française du contrat administratif.

⁸⁶ J.P. COSTA, « La nouvelles donne », A.J.D.A., 1990, p. 148.

⁸⁷ Rapport public du C.E. (précité), p. 252.

amenés à se cotoyer des contrats et des engagements non contractuels, rendant leur identification difficile. L'administration active se dote de tous les instruments qu'elle juge adaptés à sa mission, sans attendre l'évolution de la jurisprudence

C'est l'accumulation et la combinaison de différents facteurs qui ont rendu complexe le droit des contrats. Il faut mentionner à ce titre : la compétence partagée entre la loi et le règlement pour fixer le régime des contrats administratifs, l'interaction des jurisprudences constitutionnelle, administrative et communautaire, l'adéquation encore imparfaite entre le droit national et le droit européen, la requalification éventuelle des contrats par le juge national ou communautaire. A cela il faut ajouter, les effets de la liberté contractuelle reconnue aux collectivités territoriales, l'inventivité des acteurs de la décentralisation, l'accumulation de nouveaux contrats. De là découle le caractère éclaté et instable du phénomène de la contractualisation.

Certes le contrat administratif ne disparaît pas, mais sa complexité et sa subtilité expliquent l'émergence de notions comme celle de « contrat public », dont le régime est beaucoup moins précis, qui est devenu « l'archétype de l'administration régulatrice ».⁸⁸ Tous utilisent le terme, que ce soit les politistes, les sociologues ou les journalistes, et le vocabulaire politique et administratif l'a aussi annexé, sans égard pour la perplexité qu'il provoque chez les juristes. Ce glissement sémantique du « contrat administratif » au « contrat public » traduit une évolution révélatrice. Car aujourd'hui, on parle plus volontiers d'« action publique » que d'administration, comme si l'usage de ce dernier mot était devenu choquant. L'intérêt général est au fondement du contrat administratif comme du contrat public, même s'ils ne sont pas synonymes. Le premier sert simplement à désigner la nature juridique du contrat pris comme un tout répondant à une série de critères précis, alors que le second indique simplement qu'il s'agit d'un acte passé par une personne publique⁸⁹, étant entendu que les personnes publiques utilisent toute une panoplie de conventions de toutes natures dont les régimes juridiques ne sont pas normalisés.

En réalité, le contrat « évoque un nouveau type de rapports fondés sur le dialogue et la recherche du consensus plutôt que sur l'autorité »⁹⁰. Il est devenu un « gage d'acceptabilité » de la décision publique, un procédé commode permettant d'obtenir la reconnaissance du bien fondé de l'action des pouvoirs publics. Il joue un rôle symbolique de légitimation politique ou sociale, au plan national ou local, en fonction du niveau de légitimité de la collectivité signataire de l'acte.

Face à cette évolution, le droit public tarde à redéfinir ses notions fondamentales, notamment celle de contrat administratif, qui subit le contre coup de jurisprudences

⁸⁸ F. FERAL, « Contrat public et action publique : au cœur d'une administration régulatrice », in *Mélanges Guibal*, Vol. II, p. 535.

⁸⁹ G. CLAMOUR, « Esquisse d'une théorie générale des contrats publics », in *Mélanges Guibal*, Vol. II, p. 637.

⁹⁰ J. CHEVALLIER, « La gouvernance et le droit », in *Mélanges Amselek, Bruylant*, Bruxelles 2005, p. 199. Egalement, P. IDOUX « Dynamique contractuelle et dynamique délibérative dans le renouvellement des méthodes d'action publique », in *Mélanges Guibal*, Vol. II, pp. 547 et s.

administrative et constitutionnelle convergentes, à quoi il faut ajouter l'interférence des jeux politiques du langage. Cela amène certains auteurs à dire que « la forme contractuelle est dévoyée, sous le pavillon de complaisance du partenariat ⁹¹. L'absorption du contrat par les notions de régulation et de gouvernance conduit à qualifier de contractuels, des phénomènes, des comportements ou des actes, qui tout en revêtant l'apparence du contrat n'en ont pas les propriétés juridiques. Cette confusion sémantique ne peut que décevoir, lorsque le contenu et les effets attendus ne répondent pas aux attentes. Dans ce nouveau contexte, le contrat avec sa charge affective importante devient la forme naturelle de la régulation, « le symbole et le support de la négociation dans une société complexe ... renvoyant à une nouvelle forme de gouvernance de la société » ⁹². Il ne désigne plus seulement une norme juridique issue d'un accord de volontés, mais un simple mécanisme procédural servant à mettre en valeur l'adhésion du partenaire. Ce n'est plus le caractère techniquement contractuel qui importe, mais le caractère sociologiquement et politiquement consensuel de la relation établie. C'est ce qui explique la fréquence avec laquelle le mot « contrat » vient sous la plume du législateur ou du pouvoir réglementaire. Il est considéré comme un remède aux défauts de notre droit public, et son extension révèle un nouveau rapport de forces entre l'Etat et la société civile.

Tous les développements successifs du contrat ont été liés à des mouvements de réforme administrative, et le lien entre contrat et innovation se vérifie historiquement. Plus récemment, le contrat a servi à donner au pouvoir politique une apparence plus libérale, notamment dans les rapports Etats-collectivités territoriales, parce qu'il enregistre mieux la variété des situations, parce qu'il est devenu un instrument majeur de la réforme administrative permanente et de la démocratisation de l'action publique.

CONCLUSION

C'est un fait acquis qu'« agir par voie contractuelle est un signe de modernité » ⁹³, et que désormais le modèle de fonctionnement de la société n'est plus national et hiérarchique. Le contrat a permis de faire fonctionner des systèmes administratifs qui autrement seraient bloqués. Partout où la coordination administrative est insuffisante, et lorsqu'en l'absence d'une déconcentration efficace les rapports entre services sont mal organisés, le contrat s'avère utile. Il en va de même là où les réformes législatives se succèdent, impliquant toutes les administrations, alors que les pratiques ne suivent pas : le contrat est un moyen de rendre les textes plus effectifs si leur application généralisée et uniforme pose problème, notamment en raison de la diversité des situations locales. Le

⁹¹ Y. GAUDEMET, « Libres propos sur le droit des contrats administratifs » (La réforme de la commande publique et le partenariat public-privé), C.J.E.G., n° 605, janvier 2004, cité par J. CAILLOSSE, op. cit., p. 474.

⁹² Rapport public du C.E. (précité) p. 250.

⁹³ J.D. DREYFUS, « Actualité des contrats entre personnes publiques », in A.J.D.A., 2000, p. 575

contrat est aussi un remède aux découpages institutionnels et à l'enchevêtrement des compétences. L'Europe pour sa part, préconise le recours au contrat comme un instrument juridique le plus approprié pour la mise en œuvre des politiques publiques⁹⁴. Le modèle européen de gouvernance imprègne fortement tous les droits nationaux.

La réalité étant plus forte que la doctrine, il s'est produit un changement de contexte, un renouvellement du cadre idéologique de l'action publique. Pour s'épanouir pleinement, le contrat a certainement besoin d'un environnement favorable et d'une bonne dose de confiance, qui ne se commande pas⁹⁵. Quant aux procédés contractuels, leur mise en œuvre passe aussi par une formation à la négociation et à ses techniques.

La décentralisation a été perçue en Europe et ailleurs, comme une réponse aux difficultés de l'Etat. Elle a été glorifiée et bien souvent elle a permis aux pouvoirs locaux de prendre leur revanche sur le pouvoir central, avec les risques de reféodalisation que cela comporte d'ailleurs.⁹⁶ La contractualisation des politiques publiques a permis de resouder les éléments épars d'une action publique quelque peu distendue par la décentralisation, d'articuler les divers niveaux de responsabilité allant de la commune à l'Etat, en évitant la recentralisation et sans recours à la tutelle classique. Les citoyens y trouvent leur intérêt, qui bénéficient ainsi d'une collaboration efficace entre toutes les collectivités. C'est « le principe de base de la démocratie, qui est faite pour le service des hommes et non pour la satisfaction des représentants délégués par le peuple ». ⁹⁷ Or, les communes, départements et régions, ainsi que l'Union Européenne, sont des niveaux de responsabilité démultipliés et devenus concurrents. Source de liberté, la décentralisation est aussi source d'inégalité. Celle-ci est inhérente à la décentralisation si des mécanismes de solidarité ne viennent pas la corriger. Le repli crispé et autonomisant sur des compétences territoriales n'a plus de sens aujourd'hui

La crise économique et financière récente impose de modifier le cap en reconsidérant la fonction de l'Etat, et de le replacer « au moins pour un temps, en tête des acteurs susceptibles de résoudre les difficultés »⁹⁸. Cette crise pousse dans le sens d'une intégration des acteurs publics, relayant la contractualisation généralisée en ce qui concerne l'Etat et les collectivités territoriales, les administrations centrales et les services décentralisés. L'objet de tout pouvoir,

⁹⁴ Le Livre Blanc de la Commission du 25 juillet 2001, consacré à la gouvernance européenne, énumère plusieurs objectifs, parmi lesquels : la meilleure implication de la base dans l'élaboration et la mise en œuvre des politiques, la création de synergie avec les réseaux locaux renvoyant à la décentralisation et à la coordination des actions entre partenaires, et le développement des accords contractuels pour des politiques plus efficaces. Livre Blanc COM 2001 – 428, JOCE, C. 287, 12 octobre 2001.

⁹⁵ Pour A. PEYREFITTE, « la confiance ne se décrète pas ... c'est elle qui commande tout le reste », La Société de confiance, Odile Jacob., 1998, p. 638.

⁹⁶ En effet, la féodalité était également fondée sur le lien contractuel. Sur ce risque de dérive : P. LEGENDRE, « Remarques sur la reféodalisation de la France », in Etudes offertes à G. DUPUIS, L.G.D.J., 1997, p. 201.

⁹⁷ P. BERNARD, op. cit., p 138.

⁹⁸ M. BOUVIER, in Revue Française des Finances Publiques, N° 111/2010, p. V.

central ou local, c'est l'oeuvre commune à réaliser, avec toutes les composantes de l'Etat et de la société, fût-ce au prix d'une mutation du droit administratif, et même si le contrat public largement entendu déborde la définition que la jurisprudence donne du contrat administratif traditionnel. Mais toute promotion du procédé contractuel entendu au sens strict ou élargi, passe par la restauration de la confiance dans les promesses de l'Etat, et par le respect des engagements pris.

Il demeure que le contrat, quels que soient son objet et sa fonction, se définit par rapport à la loi et dans ses rapports avec elle. En outre, c'est elle qui reste l'outil privilégié pour tenter de désamorcer les crises dans l'urgence. Si l'on a pu parler d'une nouvelle action publique consistant à « gouverner par contrat », il y a toujours une part incompressible de commandement s'exprimant par la loi ou les règlements⁹⁹. Dans les pays qui ont largement décentralisé au niveau régional comme l'Espagne, l'Italie ou l'Allemagne, beaucoup de domaines ne font plus l'objet de politiques nationales. Il convient donc de « se garder de trop dépouiller l'Etat de ses pouvoirs et de ses moyens »¹⁰⁰.

ANNEXE

TYPOLOGIE SECTORIELLE DES CONTRATS ENTRE ETAT ET COLLECTIVITES TERRITORIALES *

1. Secteur de l'équipement et des transports

Conventions de voies navigables

Conventions de développement et de modernisation

Conventions de déclassement des routes nationales

Conventions de prestations de services

2. Protection Sociale et emploi

Conventions « Ville-enfant »

Conventions « Nouvel habitat – nouvelle famille »

Contrats « Enfance »

Conventions de délégation de compétences en matière de formation professionnelle

Conventions de lutte contre le chômage des femmes et d'élévation de leur niveau de qualification

Conventions d'accompagnement économique des restructurations militaires

⁹⁹ R. DENOIX DE SAINT MARC, op. cit., in A.J.D.A., 2003, p. 971. Egalement, J.P. GAUDIN « Gouverner par contrat - l'action publique en question », Presses de Sciences Po., 1999.

¹⁰⁰ G. MARCOU, op. cit., in A.J.D.A., 2003, p. 985.

3. Aménagement rural

Chartes Intercommunales de développement et d'aménagement
Programmes d'action pour la revitalisation du milieu rural

4. Aménagement urbain et habitat

Conventions de développement social des quartiers
Conventions de quartiers et conventions « Ville habitat »
Conventions « insertion-prévention » et « action de prévention »
Contrats de Ville
Opérations programmées d'amélioration de l'habitat
Plans d'action départementale pour le logement des populations défavorisées

5. Secteur Recherche, Energie et Environnement

Conventions pluriannuelles relatives à la recherche
Accord-cadre pluriannuel « Maîtrise de l'énergie et des matières premières »
Contrats de rivière ou de baie

6. Enseignement Supérieur

Contrats « Université 2000 »

7. Secteur culturel et Tourisme

Conventions de développement
Conventions d'évaluation du patrimoine
Conventions « Villes-arts plastiques »
Contrats locaux pour l'enseignement artistique
Conventions « Scènes nationales »
Conventions pour le développement cinématographique
Contrat de pôle touristique urbain

** Source : Jean David DREYFUS, Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques, ed. L'Harmattan, 1997, pp. 481 à 489. (extraits).*

CONTRACTUAL PROCEDURE IN PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP AMONG PUBLIC PARTNERS: CONTRACTS BETWEEN THE STATE AND LOCAL COMMUNITIES

The aim of this paper is to examine the legal aspects of contractual proceedings among public communities, in particular those between state and local communities. Firstly, a short analysis of the inception and development of these contractual relations is given as are their effects and their significance. Contracts concerning public-private partnership, indicative strengths and meaning were on the one hand made possible by the effects of local communities on state planning. Thus, they followed measures of decentralisation. On the other hand, they made State and EU policy of strengthening economic and social cohesion easier by equipping local communities with public services and infrastructure thereby strengthening economic capabilities and appeal as well as effective administration on general.

Key words: *public-private partnership contracts, contracts between the State and local communities*