

LES CONTRATS ENTRE PERSONNES PUBLIQUES

Par Jean WALINE

Professeur Emérite à l'Université R. Schuman de Strasbourg
Vice-Président du Conseil Général du Bas-Rhin

Le problème des contrats entre personnes publiques prend de plus en plus d'importance depuis vingt à vingt-cinq ans. Il avait fait l'objet - et il continue à faire l'objet - de toute une série de monographies, car il est fort vaste. Mais, très heureusement, nous disposons maintenant d'une excellente étude de synthèse sur le sujet : l'ouvrage de Jean-David DREYFUS, « Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques » (Ed. L'Harmattan, 1997) avec une mise à jour parue en 2000 (cf. AJDA 2000. 575), dans un dossier « Les contrats entre personnes publiques ».

Présentant le numéro que l'Actualité Juridique a consacré à « L'Administration contractuelle » (AJDA. 2003. 970 et s.) le Vice-Président du Conseil d'Etat relève que : « On rencontre aujourd'hui le contrat partout dans l'Administration ». Il voit à cet envahissement de l'Administration par le contrat de multiples causes : la remise en cause de la prééminence de l'Etat-central agissant par la voie du commandement et de la contrainte, qui s'accompagne d'un puissant mouvement de décentralisation ; la complexité de nos structures administratives ; la difficulté de mener à bien des politiques publiques de façon isolée.

Cela aboutit à ce que l'on appelle le « Partenariat », qui n'est pas une notion juridique, mais les partenaires d'une équipe sont réputés égaux, comme les parties à un contrat ! En effet, l'une des formes du partenariat c'est, bien sûr, le contrat.

Mais il faut se méfier des abus de vocabulaire : le contrat entre personnes publiques est-il un véritable contrat, c'est à dire un acte juridique correspondant à la définition classique du contrat, ou une sorte de déclaration solennelle d'intention ?

Par ailleurs, le contrat ne peut pas être la *panacée* : « On ne peut pas gouverner par contrat. Il doit toujours y avoir une part de commandement qui s'exprime par l'ordre de la loi ou du règlement »¹, alors que le contrat est une solution de compromis.

C'est pour cette raison que, si beaucoup d'auteurs soulignent l'essor du concept contractuel, en indiquant ce que la contractualisation peut avoir de positif, ils ne manquent pas d'ajouter que la systématisation en la matière a des effets pervers, certains parlant même « d'imposture ».

¹ R. DENOIX DE SAINT MARC : « La question de l'administration contractuelle », AJDA. 2003. 971.

A priori, lorsque l'on aborde le sujet des contrats entre personnes publiques, sur le fond, la possibilité de tels contrats prend un peu à *contre-pied* toute la théorie classique du droit administratif. En effet, celle-ci a été construite sur le postulat d'un contrat passé entre une personne publique et un particulier, et non sur les relations qui peuvent s'établir entre personnes publiques. C'est la présentation classique que, lorsque l'Administration s'adresse aux particuliers, le contrat est l'alternative à l'acte administratif unilatéral. L'irruption, dans ce contexte, de contrats entre personnes publiques est profondément perturbatrice. Par exemple, pour la passation du contrat, le choix du cocontractant repose sur la mise en concurrence des candidats afin d'obtenir les meilleures conditions possibles pour la puissance publique. On n'imaginait même pas, pendant fort longtemps, que lorsque le cocontractant est une personne publique on puisse le soumettre à cette procédure de la concurrence. Et telle a été, nous le savons, la pratique suivie par l'Administration et qui le serait toujours si nous n'étions pas liés par les principes du Traité de Rome et de l'ouverture à la concurrence. Toujours en ce qui concerne le choix du cocontractant, on campait sur cette sorte de « ligne Maginot » que les relations conventionnelles entre l'Etat et les collectivités territoriales ne relevaient pas du Code des Marchés Publics, et, de ce fait, échappaient à la concurrence.

J'y reviendrai plus loin, mais d'ores et déjà, je rappelle les étapes de l'évolution du droit positif sur ce point : l'arrêt du Conseil d'Etat de 1998, Communauté de communes du Piémont de Barr, par lequel le Conseil d'Etat juge qu'une convention entre un établissement public intercommunal et un syndicat mixte a le caractère d'un marché public ; puis l'Avis du Conseil d'Etat, en 2000, dans l'affaire Société Jean-Louis Bernard Consultants, qui explique ce qu'exige la soumission à la concurrence ; enfin, tout simplement, l'article 1^{er} du nouveau Code des Marchés Publics qui nous dit qu'un marché public est passé avec des personnes *publiques* ou *privées*.

De même, la théorie générale du contrat administratif, en ce qui concerne l'exécution du contrat, n'est pas adaptée à un contrat liant deux personnes publiques. Entre celles-ci le pouvoir de modification unilatérale a-t-il un sens ? Peut-il y avoir « fait du Prince » à l'encontre d'un autre Prince ? Que signifierait, entre personnes publiques, le droit à l'équilibre financier du contrat ou encore la résiliation pour faute ?

On en vient ainsi à cette idée qu'il faudrait, au fond, non pas une mais deux théories générales – si l'on peut dire – du contrat administratif. L'une lorsque le cocontractant est une personne de droit privé ; l'autre lorsque les deux cocontractants sont des personnes publiques.

Au départ, certains ont même pu se demander s'il était possible qu'il y ait des contrats entre personnes publiques. La réponse affirmative confine, pour moi, à l'évidence ne serait-ce que parce que les personnes publiques bénéficient, bien sûr, de la liberté contractuelle. Celle-ci a même reçu la bénédiction du Conseil Constitutionnel qui, dans sa décision du 19 juillet 1983 (Loi portant approbation d'une convention fiscale avec le TOM de la Nouvelle-Calédonie, Rec. 43) affirme :

« Aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne s'oppose à ce que l'Etat passe des conventions avec les collectivités territoriales de la République, telles que les communes et les TOM ». Mais il ne faut pas commettre de contresens : la liberté contractuelle des personnes publiques – qui est très clairement affirmée dans cette décision – n'en constitue pas pour autant, me semble-t-il, un droit fondamental et n'a donc pas, en elle-même, valeur constitutionnelle (sur ce point, V. le débat rapporté à l'AJDA.1998. p. 633 et p. 747).

Et puis, si l'on y réfléchit quelque peu, on s'aperçoit que la technique contractuelle est le seul moyen, en fait, pour régler un certain nombre de problèmes entre personnes publiques. C'est net, tout d'abord, en ce qui concerne les relations entre l'Etat et les collectivités territoriales. En effet, en l'absence de pouvoir hiérarchique, l'Etat ne peut rien imposer à celles-ci et se heurte au principe constitutionnel de la libre administration des collectivités territoriales. En dehors des obligations fixées par le législateur, l'Etat, dans ses relations avec les collectivités territoriales, ne peut donc passer que par le procédé contractuel qui, bien sûr, respecte – au moins en apparence – la libre administration des collectivités. Il en va de même pour les relations entre collectivités territoriales : l'un des principes cardinaux de la loi du 7 janvier 1983 (art.2) est qu'il ne peut pas y avoir de tutelle d'une collectivité sur une autre collectivité. Une collectivité ne peut donc être liée, au regard d'une autre collectivité, que si elle y a consenti, c'est à dire par le truchement du procédé contractuel.

C'est ce qui explique que le véritable point de départ des contrats entre personnes publiques soit les grandes lois de décentralisation de 1982-1983. Cela, naturellement, ne veut pas dire qu'avant cette époque il n'y ait pas eu de contrats entre personnes publiques. Rien ne l'interdisait mais il n'y avait guère d'occasions d'y recourir. Mais, dès la fin du XIX^e Siècle, Maurice HAURIOU, avec une prescience qui lui était assez habituelle, avait bien perçu le lien entre ce procédé juridique et la décentralisation. Dans sa note sous l'arrêt Adm. des pompes funèbres (CE, 20 janvier 1899, S. 1899. 3. 113) il soulignait un lien entre certains progrès de la décentralisation et une multiplication « des accords conclus entre administrations pour assurer la marche des services publics ».

Pour en revenir à la situation présente, je rappellerai la multiplication actuelle des contrats entre personnes publiques, tout en soulignant les secteurs où, par exception, ils sont interdits (I). Puis j'évoquerai les problèmes juridiques qu'ils posent (II) avant d'indiquer les problèmes politiques qu'ils suscitent également (III).

I/ LA PROLIFERATION DES CONTRATS ENTRE PERSONNES PUBLIQUES

Les lois Defferre, on l'a vu, vont être, en la matière, un véritable catalyseur et l'on verra à partir de celles-ci se multiplier de manière vertigineuse les contrats entre personnes publiques. Sans vouloir être exhaustif, on en citera quelques grands types, en distinguant les contrats entre l'Etat et les collectivités territoriales (je laisse de

côté les contrats entre l'Etat et les entreprises publiques lorsque celles-ci sont des personnes de droit public) et les contrats entre collectivités territoriales.

A/ Les contrats entre l'Etat et les collectivités territoriales

J'emprunte à Gérard MARCOU¹ la typologie des contrats entre l'Etat et les collectivités territoriales. Il en distingue trois sortes :

- ceux qui ont pour objet une prestation et pour lesquels se pose la question de l'application du Code des Marchés Publics ;
- ceux de coopération entre l'Etat et les collectivités territoriales (dont le prototype est, bien sûr, le contrat de plan Etat-Région) ;
- ceux ayant pour objet de permettre un exercice optimum des compétences des collectivités territoriales (par exemple, entre l'Etat et une Communauté urbaine).

Les contrats interviennent sur la base de toute une série de textes législatifs ou réglementaires, par exemple :

En application de la loi du 2 mars 1982 en ce qui concerne les transferts de personnels : les articles 26 et 73 prévoient l'intervention d'une convention entre le Préfet et le Président, du Conseil général ou du Conseil régional, pour établir la liste des personnels de la Préfecture placés sous leur autorité. Il est, bien sûr proposé une « convention-type », ce qui est une manière habile de faire de ces contrats avec l'Etat des contrats d'adhésion.

De même, l'article 8 de la loi du 7 janvier 1983 prévoit la passation de conventions en ce qui concerne les services extérieurs de l'Etat.

Mais il y a surtout les contrats qui interviennent entre l'Etat et les collectivités comme instrument de la politique économique de l'Etat.

Avant 1982 on avait connu, par exemple, les « contrats de plan » entre l'Etat et les Communautés urbaines (décret du 23 décembre 1970) ; les « contrats de ville moyenne » (sur la base de simples circulaires !) ; les « contrats de pays » conclus avec des syndicats de communes pour les aider dans certaines opérations d'aménagement rural et la création de zones industrielles ou artisanales.

Avec la loi du 29 juillet 1982 portant réforme de la planification interviennent les fameux contrats de plan qui posent toute une série de problèmes, que nous retrouverons plus loin, et notamment celui de savoir comment doivent y être associés les autres collectivités territoriales de la Région. Notons immédiatement que se pose également la question de savoir si de tels contrats ne sont pas léonins, puisque l'Etat détermine unilatéralement la liste des matières qui sont « contractualisables ». Mais, surtout, ces contrats ont un effet multiplicateur : un contrat de plan peut entraîner la passation de vingt à trente contrats particuliers. Quant à la quatrième génération des contrats de plan Etat-Région (2000-2006) la loi

¹ « Les contrats entre l'Etat et les collectivités territoriales, réflexions sur quelques problèmes juridiques et administratifs », AJDA. 2003. 982.

prescrit que toute aide financière de l'Etat doit être accordée en priorité par le biais des contrats de plan et comme contrepartie des engagements souscrits par les bénéficiaires.

La mise en place de la politique de la ville a donné naissance à la conclusion de plusieurs types de contrats. Dès 1982 il y a eu la signature, avec l'Etat, de conventions de développement social des quartiers, puis des conventions de quartier (assurant le financement des politiques de réhabilitation, de lutte contre la délinquance etc.). Puis il y a eu les conventions « Ville-Habitat ». Dans le même esprit la loi d'orientation pour la ville du 13 juillet 1991 place la méthode contractuelle au centre de son dispositif.

Comment ne pas évoquer ici tout ce qui concerne l'urbanisme ? Vous le savez, on utilise maintenant couramment l'expression « d'urbanisme contractuel » qui se réalise, par exemple, par des contrats d'aménagement.

Le recours au contrat, entre l'Etat et les collectivités territoriales, est aussi, parfois, le moyen de débrouiller l'écheveau des compétences concurrentes. Prenons l'exemple du tourisme : les lois des 7 janvier et 22 juillet 1983 avaient établi des compétences concurrentes entre l'Etat et les collectivités territoriales. Pour harmoniser les attributions en la matière, dans le cadre du 9^{ème} Plan la plupart des Régions (en fait, toutes sauf une) ont inclus dans leur contrat un programme de développement touristique. En décembre 1983 le Secrétaire d'Etat au Tourisme annonçait la signature entre l'Etat et les régions, durant le 9^{ème} Plan, de 25 contrats pour les stations littorales, plus d'une centaine pour le tourisme en milieu rural, et de 20 à 25 (sic) dans les zones de montagne. Le système s'est poursuivi dans le cadre de la loi du 23 décembre 1992. Dans le domaine culturel, la contractualisation est quasi-systématique. Entre 1982 et 1991, 1.228 chartes culturelles ont été conclues.

J'aurais garde d'oublier, dans cet extrait du catalogue, quelque chose qui nous tient tout particulièrement à cœur et de bien connu : les contrats quadriennaux Etat-Universités, même si, en l'occurrence il s'agit non de collectivités territoriales mais d'établissements publics.

On en arrive ainsi à la constatation de J.M. PONTIER¹ : « De façon générale, toute attribution ou tout transfert de compétences ou de responsabilités, a pour effet, désormais, le plus souvent, de déclencher un mécanisme de conventionnement ».

B/ Les contrats entre collectivités territoriales

Ici aussi on n'a que l'embaras du choix pour citer des exemples de conventions entre personnes publiques. On peut, par exemple, repartir de la loi du 7 janvier 1983 : son article 6 prévoit que les collectivités peuvent conclure entre elles « des conventions par lesquelles l'une d'elles s'engage à mettre à la disposition d'une autre collectivité ses services et moyens afin de lui faciliter l'exercice de ses compétences ». On pense, immédiatement, aux services d'urbanisme des

¹ « Contractualisation et planification », RDP. 1994. 641.

départements à la disposition des communes et des EPCI pour l'élaboration des documents d'urbanisme. De même (art.29 de la loi du 7 janvier 1983), les chartes intercommunales de développement et d'aménagement peuvent servir de fondement à des conventions conclues avec le département ou la région pour « la réalisation des projets ou programmes qu'ils ont définis ». Aux termes de l'article 83 de ce même texte, la création des centres de formation d'apprentis ne peut s'opérer que par contrat passé entre la région et toute autre personne morale de droit public (ou de droit privé).

La loi du 2 mars 1982 prévoit, dans le même esprit et de manière générale, que les régions ont la possibilité de conclure entre elles des conventions « pour l'exercice de leurs compétences ». L'article 81 de la loi du 4 février 1995 autorise une région, qui adhère à plusieurs ententes interrégionales, à définir avec chacune d'elles, par convention, les compétences qu'elles peuvent exercer sur son territoire. On a même vu l'Etat se résigner à autoriser (art. 131 et s. de la loi du 6 février 1992) les collectivités territoriales (et pas uniquement les régions) à conclure des conventions avec des collectivités locales étrangères, dans le cadre de la coopération transfrontalière.

Il ne me paraît pas nécessaire de multiplier les exemples. Mais un département peut fort bien, par convention, confier à une commune l'entretien d'un collège ou l'organisation de son service de transport scolaire. On a également fait observer qu'il n'est pas rare que le juge administratif ou le juge financier encourage – pour ne pas dire impose – l'adoption de contrats entre collectivités territoriales.

C/ Les domaines « hors contractualisation »

Il reste à se demander s'il y a des limites au processus, c'est à dire des questions qui ne peuvent pas faire l'objet de conventions entre personnes publiques. Pour moi la réponse est, à l'évidence, affirmative.

Tout d'abord, il y a le bon vieux principe que la police administrative ne peut jamais faire l'objet d'un contrat. Encore faut-il, en l'occurrence, préciser la portée de cette interdiction : ce qui est défendu c'est que le contrat puisse se substituer au règlement¹ ; mais, par exemple, des opérations matérielles de sauvetage en montagne peuvent parfaitement être confiées à un délégué.

En ce qui concerne les contrats intervenant entre l'Etat et une autre personne publique, il me semble que les prérogatives régaliennes de l'Etat (Justice, Défense, Monnaie, ou du moins ce qu'il en reste) ne doivent pas pouvoir faire l'objet d'un contrat. De même, il existe des matières soustraites au contrat par l'effet de la loi. Par ailleurs, lorsqu'une autorité a reçu un pouvoir réglementaire pour aménager une institution, elle ne peut pas lui substituer une action reposant sur le recours au contrat. Il n'en reste pas moins que les matières dans lesquelles une personne publique ne peut pas recourir au contrat sont peu nombreuses.

¹ C'est ce que soulignait le Vice-Président du Conseil d'Etat dans la formule précitée.

Lorsqu'il s'agit de contrats entre collectivités territoriales, *a priori*, il n'y a pas de limites au recours au système des contrats. On peut cependant se poser quelques questions. Par exemple, on connaît la célèbre formule du CGCT : « Le Conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune », une formule identique étant utilisée pour le département et la région. Ne sort-on pas de ce cadre lorsqu'une collectivité publique prend en charge, par contrat, la gestion d'un service public relevant d'une autre collectivité ? S'il s'agit d'un EPCI, qui juridiquement constitue un établissement public, ne risque-t-on pas de se heurter, dans certains cas, au principe de la spécialité de l'établissement public ? Je me contente, ici, d'évoquer ces possibilités, en rappelant que dans l'arrêt bien connu Communauté de communes du Piémont de Barr (CE, Sect., 20 mai 1998, AJDA. 1998. 553) le Conseil d'Etat a reconnu que deux EPCI pouvaient conclure entre eux un contrat de prestation de services, contrat qualifié de marché public communautaire.

Il arrive même, ce qui ne manque pas de piquant, que deux collectivités territoriales passent entre elles un contrat...sans le savoir, je veux dire sans s'en rendre compte ! C'est ce qui s'est produit dans l'affaire Commune de Saint-Céré (CE, 20 mars 1996, Rec. 87) : se posait le problème du partage du produit de la taxe professionnelle entre deux communes. Chacun des deux conseils municipaux avait voté une délibération relative à cette répartition. Une difficulté d'application de celles-ci ayant surgi, le Conseil d'Etat relève que la volonté des deux communes de se lier par des obligations réciproques (qui découlent des délibérations prises) était certaine et estime que, de ce fait, le litige doit être regardé comme portant sur l'exécution d'un contrat !

Il me reste à rappeler que le nouveau Code des Marchés Publics (décret du 7 janvier 2004) intègre expressément les contrats entre personnes publiques dans la définition des marchés publics : « Les marchés publics sont des contrats conclus à titre onéreux avec de personnes publiques ou privées par les personnes morales de droit public » c'est à dire par l'Etat, ses établissements publics autres que les EPIC, les collectivités territoriales et leurs établissements publics.

Le phénomène des contrats entre personnes publiques étant ainsi situé, il faut examiner maintenant quelques-uns des problèmes juridiques qu'ils posent.

II/ QUELQUES PROBLEMES JURIDIQUES POSES PAR LES CONTRATS ENTRE PERSONNES PUBLIQUES

Les problèmes juridiques posés par les contrats entre personnes publiques sont tout à la fois nombreux et souvent assez complexes. Dans le cadre du présent rapport on ne peut qu'en évoquer quelques-uns parmi les plus généraux.

A/ S'agit-il de véritables contrats ?

S'agit-il de véritables contrats et, dans l'affirmative, sont-ils toujours des contrats administratifs ?

Il faut tout d'abord mettre à part les marchés publics, puisque, depuis la très heureuse intervention du législateur (art.2 de la loi du 11 décembre 2001) les contrats passés en exécution du Code des Marchés publics constituent toujours des contrats administratifs.

En dehors des marchés, le bon sens voudrait qu'un contrat entre deux personnes publiques qui, pour reprendre l'expression du Président D.Labetoulle, est à la rencontre de deux gestions publiques, soit un contrat administratif. C'est une présomption, mais une présomption simple, qui supporte donc la preuve contraire. C'est ce qu'a jugé le Tribunal des Conflits dans l'affaire UAP (21 mars 1983, AJDA. 1983. 356, Concl. Labetoulle) : il n'en va autrement – c'est à dire que le contrat n'est pas un contrat administratif – que si le contrat ne fait naître entre les personnes publiques que des rapports de droit privé. En volume cela peut représenter un grand nombre de contrats : cas des contrats unissant les SPIC à des personnes publiques, par exemple toutes les collectivités territoriales abonnées à EDF ou GDF. C'est le cas, également, d'un contrat portant sur la seule fourniture de véhicules automobiles usuels (CE, 3 novembre 2003, UGAP, RFDA.2004.185).

Sur le point de savoir s'il s'agit d'un véritable contrat, *a priori* il n'aurait pas du y avoir de problème lorsqu'il y a qualification légale, c'est à dire qualification du contrat par le législateur lui-même...et, cependant, il y en a eu ! Il s'agit, bien sur, des contrats de plan et, plus précisément, des contrats Etat-Région. L'article 12 de la loi du 29 juillet 1982 précise que les contrats de plan « sont réputés ne contenir que des clauses contractuelles ». Le législateur, sans aucune ambiguïté, donne donc valeur contractuelle aux dispositions des contrats de plan. Et, dans un premier temps, c'est bien ce qu'avait jugé le Conseil d'Etat dans l'affaire de la Communauté urbaine de Strasbourg (CE, Ass., 8 janvier 1988, CUS, Rec. 3) en déclarant « que ni les dispositions précitées de la loi du 29 juillet 1982, ni aucune autre disposition législative n'ont entendu conférer à la stipulation dont s'agit du contrat de plan passé entre l'Etat et la Région Alsace une portée autre que celle d'une stipulation contractuelle »¹. Mais il y a eu la remise en cause de cette jurisprudence – alors cependant qu'il s'agit d'un arrêt d'Assemblée – dans l'affaire de l'Association Estuaire-Ecologie (CE, 25 octobre 1996, RFDA. 1997. 339, Concl. J. H. Stahl) où la Haute-Assemblée déclare : « le contrat de plan n'emporte, par lui-même, aucune conséquence directe quant à la réalisation effective des actions ou opérations qu'il prévoit ». La première réaction, face à une telle affirmation, est de se dire qu'il ne s'agit donc pas d'un contrat mais d'un simple catalogue de bonnes intentions et de vœux pieux, de surcroît soumis à l'alea de l'annualité budgétaire. Il est vrai que l'on a fait observer que le Conseil d'Etat était saisi d'un recours émanant d'une

¹ Cette rédaction ne se comprend que si l'on connaît la grave erreur commise par les requérants. La CUS demandait l'annulation pour excès de pouvoir de la décision du Premier Ministre faisant de Grenoble le siège du « Synchrotron », en soutenant qu'une telle implantation était prévue à Strasbourg aux termes du contrat de plan de la Région Alsace. C'était, tout simplement, ignorer qu'à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir on ne peut pas invoquer la violation d'un contrat. Le recours est rejeté parce que, précisément, le contrat de plan a valeur contractuelle.

association et dirigé contre la décision de signer le contrat et qu'il a réglé le litige sur le terrain de la qualité pour agir, contrairement à ce que lui proposait le Commissaire du Gouvernement. Mais ce dernier allait fort loin puisqu'il soutenait que le contrat de plan ne produit pas d'effets juridiques suffisants pour justifier que la décision de le signer puisse faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. On voudrait pouvoir partager l'opinion de J. D. Dreyfus (AJDA. 2000. 576) pour lequel le contrat de plan peut revêtir une nature authentiquement contractuelle à la condition qu'il contienne des clauses suffisamment précises et ayant, de ce fait, une force obligatoire. Sans obligation, pas de contrat. La balle serait donc dans le camp de ceux qui négocient ces contrats : pas de catalogue de bonnes intentions mais de belles et bonnes obligations bien précises.

B/ La notion de « Chef de file »

Le problème de la coopération entre collectivités territoriales est au moins autant un problème de relations entre les Hommes qu'un problème juridique. Ce n'est pas une raison pour que les textes s'en désintéressent.

Ce problème des relations entre collectivités est d'autant plus important que toutes les tentatives pour remettre un peu d'ordre – on n'ose pas parler de rationalité – dans la ventilation des compétences entre collectivités ont échoué. Cela a donné l'enchevêtrement actuel des compétences et, de ce fait, des financements croisés, qui ne peut être résolu, si l'on ose dire, qu'à grands coups de contrats. Le problème est, par ailleurs, dominé par le fait qu'il ne doit pas y avoir de tutelle d'une collectivité sur une autre, et que le principe a maintenant valeur constitutionnelle (art. 72, 5^{ème} alinéa).

Dans le silence des textes, les collectivités, lorsqu'elles passaient un contrat, tombaient d'accord pour le résoudre. Par exemple, pour une opération d'investissement à financement croisé, les collectivités désignaient, sans grande difficulté, le maître d'oeuvre de l'opération. Mais il y a eu difficulté. En effet, dans le silence de la loi – mais il est assez fréquent que le législateur prévoit des formes de convention entre collectivités de niveau différent pour l'accomplissement en commun de certaines tâches – la jurisprudence du Conseil Constitutionnel interdit que les collectivités puissent désigner par convention l'une d'entre elles comme « Chef de file » pour l'exercice d'une compétence partagée : en effet, pour le juge constitutionnel c'est au législateur qu'il appartient de définir les pouvoirs et les responsabilités afférents à la fonction de chef de file (C.C., 26 janvier 1995, Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, p. 183, cons. 56 et 57). La loi constitutionnelle du 28 mars 2003 a réglé le problème, sans toutefois utiliser l'expression de chef de file : « 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 » (art. 72, 5^{ème} alinéa). Le constituant oblige donc, le cas échéant, le législateur à autoriser expressément la désignation d'un chef de file.

C/ Le respect des règles de concurrence

C'est un problème important que celui de savoir dans quelle mesure les personnes publiques doivent être soumises aux règles du droit de la concurrence. Par exemple, un établissement public peut-il être candidat à un marché public, autrement dit est-ce compatible avec le principe de libre concurrence qui découle de l'Ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ? Les conditions pour que soit respecté l'égal accès aux marchés publics et le principe de libre concurrence ont été formulées par le Conseil d'Etat dans son Avis du 8 novembre 2000, Sté Jeran-Louis Bernard Consultants (Rec. 492, Concl. Bergeal).

Ces solutions sont reprises dans la circulaire du 7 janvier 2004 « portant manuel d'application du Code des Marchés Publics » (J.O. 8 janvier). « Aucun texte, ni aucun principe n'interdit, en raison de sa nature, à une entreprise publique de se porter candidate à l'attribution d'un marché public.

Toutefois les modalités d'intervention de la personne publique candidate ne doivent pas fausser les conditions dans lesquelles s'exerce la concurrence entre cette entité publique et d'autres entreprises afin de respecter le principe d'égalité d'accès à la commande publique. La personne publique qui soumissionne devra être en mesure de justifier, le cas échéant, que son prix proposé a été déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat, et qu'elle n'a pas bénéficié, pour déterminer le prix proposé, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public ». Sur la base de ces principes, on a déjà assisté à l'annulation d'une délibération d'un Conseil municipal confiant à une Direction départementale de l'Agriculture une mission d'œuvre, pour concurrence déloyale, en raison du fait que les services de l'Etat ne supportaient pas les charges sociales, fiscales et d'amortissement que connaissent les opérateurs privés (TA Besançon, 22 juillet 1999, Monnot, Dr. Adm. Oct.1999, p. 13).

Deux observations encore à ce sujet. On pense immédiatement au problème symétrique de ce que l'on a appelé le socialisme municipal, c'est à dire de l'intervention des collectivités territoriales dans le secteur économique et social. Jamais, du moins jusqu'à maintenant, on n'a pris en compte le coût exact de ces interventions publiques pour se demander si elles ne risquaient pas de constituer une concurrence déloyale.

Par ailleurs le phénomène de plus en plus fréquent de ce que l'on a appelé la « privatisation des services publics », c'est à dire de la remise d'un service public à une entreprise privée, montre qu'il peut se produire qu'une entreprise privée puisse prendre en charge la satisfaction d'un besoin du public à un moindre coût que la personne publique, ce qui pourrait donner à penser que dans toute une série de cas, les « frais généraux » des collectivités sont supérieurs à ceux des entreprises privées.

D/ L'élimination de certaines règles applicables aux contrats administratifs

Lorsque l'on est en présence d'un contrat entre personnes publiques, son régime juridique peut se singulariser par l'élimination de certaines règles, normalement applicables aux contrats administratifs.

On pense, notamment, à l'arrêt Département de la Moselle (CE, Sect., 31 mars 1989, RDP. 1989.1171, Note F. Llorens). Il s'agissait d'un contrat intervenu, sur la base de l'article 26 de la loi du 2 mars 1982, entre le Préfet de la Moselle et le Président du Conseil général et qui comportait une annexe mentionnant la liste des opérations de traitement informatique effectuées par le département pour le compte de l'Etat. Un an après, le Président du Conseil général décida, unilatéralement, de restreindre celle-ci. Le Préfet, n'utilisant pas la procédure du déféré, saisit le juge administratif de cette décision, en tant que juge du contrat. Le Conseil d'Etat juge : « que si le juge du contrat n'a pas, en principe, le pouvoir de prononcer, à la demande, de l'une des parties, l'annulation des mesures prises par l'autre partie, comme contraires aux clauses du contrat et s'il lui appartient seulement de rechercher si ces mesures sont intervenues dans des conditions de nature à ouvrir un droit à indemnité, *il en va autrement lorsqu'il s'agit d'un contrat passé entre deux personnes publiques, en application de l'article 26 de la loi du 2 mars 1982 et ayant pour objet l'organisation d'un service public* ». Or, le contrat prévoyant que les annexes ne pouvaient être modifiées que par l'accord des deux parties : « il appartient au juge du contrat de sanctionner, par l'annulation de cette décision, l'atteinte ainsi portée par l'une des parties aux clauses du contrat ».

On est fort loin de la seule possibilité reconnue habituellement au juge d'annuler les actes détachables du contrat.

E/ L'exception d'inexécution

On peut se demander si, dans les relations contractuelles entre personnes publiques, il ne serait pas possible, par exception à la théorie générale, de faire jouer l'exception d'inexécution. En effet, la justification d'une telle exception réside dans la nécessité de contraindre le particulier à assurer sa mission de service public mais aussi dans l'idée qu'un particulier ne peut pas se faire justice à l'encontre de l'Administration¹. Lorsque la « victime » de l'inexécution est une autre personne publique ces raisons peuvent-elles encore jouer ?

Prenons, à titre d'illustration, le très malheureux problème du « TGV-Est-Européen ». Afin d'obtenir la mise en route immédiate de ce très important investissement, les collectivités territoriales alsaciennes avaient accepté, par contrat, de participer au financement de l'opération, ce qui était une « première » en France. La cause de leur obligation, personne ne peut le mettre en doute, était d'obtenir le plus rapidement possible une liaison ferroviaire continue à grande vitesse entre Paris et Strasbourg, poursuivie ensuite vers Munich et Budapest. Or, actuellement, n'est entreprise que la seule construction du tronçon Paris-Lorraine. Il me semble que,

¹ A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé : « Traité des contrats administratifs », n° 1002.

dans un tel contexte, les collectivités alsaciennes sont en droit d'invoquer l'exception d'inexécution et, par voie de conséquence, de suspendre leur participation financière à la construction du seul premier tronçon.

Mais à côté des problèmes juridiques, les contrats entre personnes publiques posent des problèmes politiques – au sens noble du terme, bien entendu – non moins importants.

III/ LES PROBLEMES POLITIQUES

On n'évoquera, dans le cadre nécessairement restreint de ce rapport, que deux de ceux-ci : le contrat entre personnes publiques est-il un substitut aux formules institutionnelles de coopération intercommunale ? Le recours au contrat n'est-il pas, en ce qui concerne l'Etat, la forme la plus insidieuse de la tutelle sur les collectivités territoriales ?

A/ Un substitut aux formules institutionnelles de coopération ?

Il y a une telle vogue pour les contrats entre personnes publiques – ils sont à la mode – qu'ils apparaissent comme un signe de modernité et nécessairement comme quelque chose de souhaitable. On peut presque se demander si l'on n'a pas posé en véritable postulat (on n'a pas à le démontrer !) que les contrats entre personnes publiques ménagent leur liberté et sont donc hautement bénéfiques. Pour ma part, et pas uniquement par goût du paradoxe, je me demande parfois s'il ne faudrait pas renverser les données du problème : peut-on éviter le recours au contrat et, si l'on répond non à cette question, quelles garanties faut-il donner, en la matière, aux collectivités ?

Selon l'observation de Mme Poulet-Gibot Leclerc ¹ pendant très longtemps on a conçu la coopération entre collectivités territoriales uniquement sous la forme institutionnelle : il y a des établissements publics de coopération, il n'y a que ceux-ci, et ils sont nombreux. Or, relève cet auteur, les lois de décentralisation ont, sur ce point, inversé les choses à tel point qu'aujourd'hui la collaboration contractuelle se trouve à égalité avec la coopération institutionnelle. Les deux formules peuvent se concurrencer. Ainsi, s'agissant des transferts de compétences organisés par la loi du 7 janvier 1983, l'article 6 envisage les deux techniques : soit les collectivités s'associent pour l'exercice de leurs compétences en créant des organismes publics de coopération dans les formes et conditions prévues par les lois en vigueur ; soit les collectivités concluent entre elles des conventions par lesquelles l'une d'elles s'engage à mettre à la disposition des autres collectivités ses services et moyens afin de leur faciliter l'exercice de leurs compétences.

Les deux systèmes peuvent d'ailleurs être complémentaires. Par exemple, en ce qui concerne les Communautés urbaines les communes membres peuvent passer

¹ « La contractualisation des relations entre personnes publiques », RFDA. 1999. 551.

des conventions avec la Communauté pour le transfert de certaines compétences, dans un sens ou dans l'autre.

Bref, les conventions entre collectivités publiques apparaissent souvent comme des palliatifs à la répartition légale des compétences.

B/ Un instrument de tutelle sur les collectivités territoriales ?

Pour s'en aviser il suffit de reprendre le cas des contrats de plan Etat-Régions. Les Universités, pour prendre cet exemple, relèvent de la compétence de l'Etat. Et pourtant il ne doit pas y avoir beaucoup de contrats ne comportant pas d'opérations de construction de locaux universitaires. L'explication est fort simple. L'Etat acceptera d'autant plus volontiers de financer une nouvelle construction universitaire que, « de leur plein gré », les collectivités territoriales accepteront d'y participer et, parfois même, d'en assumer la totalité de la charge financière. Rien ne les y oblige, mais si elles refusent alors le risque est grand de voir l'Etat utiliser le crédit disponible dans une région plus coopérative.

A l'extrême limite, et en grossissant beaucoup le trait pour mieux se faire comprendre, on pourrait presque dire que l'Etat peut mettre ses crédits d'investissement à l'encan, en choisissant, à l'arrivée, les régions qui accepteront de participer le plus lourdement au financement des opérations entreprises. Ainsi, les contrats de plan peuvent être un instrument non seulement de modification de la répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités, mais aussi un outil efficace de transfert des charges financières qui incombent à l'Etat sur les collectivités territoriales. A travers ces contrats l'Etat contrôle, en fait, un pourcentage non négligeable des dépenses figurant dans les budgets des collectivités.

Bien plus, si l'on pousse jusqu'à l'absurde le raisonnement, l'Etat a le plus grand intérêt à ce que la situation ainsi créée perdure. Si, dans le système actuel, il transfère l'une de ses compétences à une collectivité territoriale il doit, en même temps, procéder au transfert des moyens financiers qu'il consacrait à son exercice. Il est tellement plus bénéfique de conserver cette compétence tout en s'assurant le concours financier des collectivités intéressées !

Quelques mots pour conclure ce trop long rapport. La conclusion pourrait tout simplement s'énoncer sous forme de paradoxe : la technique contractuelle n'est pas pleinement satisfaisante pour régler les relations entre personnes publiques et pose bien des problèmes ; mais, jusqu'à maintenant, on n'a rien trouvé de mieux et elle est préférable à la régulation législative ou réglementaire.

Saint Denis, le 20 avril 2004

