



HAL
open science

Contractualisation et libre administration

Jean-Marie Pontier

► **To cite this version:**

Jean-Marie Pontier. Contractualisation et libre administration. Revue française de droit administratif, 2018, pp.201-208. <hal-02121088>

HAL Id: hal-02121088

<https://amu.hal.science/hal-02121088v1>

Submitted on 6 May 2019

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

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



HAL Authorization

CONTRACTUALISATION ET LIBRE ADMINISTRATION

Par

Jean-Marie Pontier

Professeur émérite à l'université d'Aix-Marseille

Les temps ont changé, beaucoup changé semble-t-il : les hommes politiques de la IIIème République étaient persuadés, après le vote de la loi de 1884, que la décentralisation était réalisée, ils auraient été bien surpris d'entendre les expressions de « libre administration » et de « contractualisation » qui, pour eux, n'auraient pas eu de sens, ils auraient eu du mal à les comprendre. Mais si les temps ont vraiment changé, dans ce domaine qui nous intéresse, en quoi ont-ils changé ?

Quelques traits de cette évolution, bien connus, sont à rappeler pour mémoire, sans établir de hiérarchie entre eux. En premier lieu, il faut relever l'abondance – le mot est faible, il faudrait plutôt parler de luxuriance, surabondance, profusion – de normes. Les lois de la fin du XIXème siècle étaient moins nombreuses qu'actuellement, plus courtes, plus simples ; celles d'aujourd'hui, dans le domaine de l'administration locale mais également dans tous les domaines, sont multiples, longues et compliquées. Le CGCT prend chaque année un peu plus de poids.

Un deuxième trait essentiel est l'existence d'une véritable juridiction constitutionnelle, le Conseil constitutionnel, selon lequel la libre administration n'est pas seulement une proclamation politique, comme le programme de Nancy, ou encore comme on le croyait sous la IVème République, mais un principe juridique, un principe constitutionnel, que le législateur doit respecter. Et, au moins dans les saisines du Conseil constitutionnel par des parlementaires, le non-respect de ce principe est souvent invoqué.

Un troisième trait, souvent évoqué de nos jours, le plus souvent pour le regretter, est relatif au rôle de l'Etat. Un véritable changement de paradigme s'est produit. L'intervention de l'Etat se caractérise simultanément aujourd'hui, dit-on, à la fois par une omniprésence qui est décriée, et par une certaine impuissance, qui est regrettée. Le site de l'Etat n'est plus clair dans la conscience des citoyens, faisait observer il y a quelques années un rapport officiel.

Une clarification s'impose également en préliminaire sur la terminologie utilisée. Le terme traditionnel, en France, est celui de décentralisation, un mot familier à défaut d'évoquer le même contenu pour tous et selon les moments. De nos jours on parle volontiers de libre administration, comme c'est le cas pour cet exposé, ou encore d'autonomie locale, cette dernière expression se trouvant dans la Charte européenne de l'autonomie locale et étant celle qui est le plus souvent utilisée dans les autres pays.

Sans s'engager sur une analyse de ces trois termes, qui appellerait à elle seule plusieurs interventions, deux remarques s'imposent. D'une part, la libre administration et l'autonomie locale sont deux notions qui ont un contenu juridique, la première constitutionnel, la seconde supra-légal, tandis que la décentralisation est une notion beaucoup plus large, plus vague également, qui est une revendication politique, une situation des collectivités locales par rapport à l'Etat, et non une norme juridique. Mais, d'autre part, l'utilisation de l'un ou l'autre de ces termes n'est pas neutre. Si l'on

parlait plutôt, en France, traditionnellement, de décentralisation, c'est parce que celle-ci se comprenait par rapport à une certaine conception de l'Etat, telle que Hauriou l'avait décrite dans sa formule célèbre. Décentraliser c'est partir du centre, alors que l'autonomie locale, qui est la traduction de l'expression anglo-saxonne, part de la base. En d'autres termes dans le premier cas la légitimité est d'abord celle de l'Etat, tandis que dans le second c'est celle des collectivités décentralisées.

Quant à la contractualisation, elle ne laisse personne indifférent, ni les intéressés, qui l'évoquent volontiers, ni la doctrine, qui a beaucoup écrit sur ce thème. A l'origine il y a l'idée de contrat – que l'on précisera plus loin – la liberté (sous sa forme de liberté de contracter et de liberté de fixer le contenu du contrat) étant la base philosophique du procédé contractuel. Trois observations rapides peuvent être faites. Tout d'abord, l'emploi du terme contractualisation est récent, ensuite le mot renvoie à quelque chose de plus large que le contrat, enfin c'est à propos surtout de relations qui mettent en jeu plusieurs personnes publiques que l'on parle de contractualisation.

Un constat est incontesté, celui du succès de la contractualisation. Le consensus s'arrête là, car lorsqu'il s'agit d'expliquer ce succès les explications divergent. Pour les uns le recours à la contractualisation s'expliquerait par une méfiance à l'égard de la norme unilatérale, à l'égard de la loi. Pour d'autres il serait l'expression d'une modernisation administrative, de la modernité, l'expression d'une adaptation de l'administration à ses fonctions.

Quoi qu'il en soit, si l'on s'en tient aux seuls rapports entre contractualisation et libre administration, il apparaît que le lien est plus incertain qu'on ne pourrait le penser et que la contractualisation est une nécessité pratique à penser ou à repenser.

I – UN LIEN PLUS INCERTAIN QU'IL NE PARAÎT

A priori le lien entre contractualisation et libre administration semble s'imposer, la première semble être le corollaire de la seconde. Cependant, à la réflexion, le lien que l'on est tenté d'établir est discutable.

1 – Un lien qui semble s'imposer

Le lien paraît logique, il semble découler de l'affirmation même de la libre administration comme de la nature de la contractualisation.

A – La libre administration implique l'autonomie

La libre administration implique l'autonomie parce que cela répond à la nature même des collectivités territoriales de la République et que la jurisprudence du Conseil constitutionnel, si limitée soit-elle sur ce point, permet de l'affirmer.

La notion de collectivité territoriale est d'abord le produit d'une histoire, celle des relations entre le pouvoir central et ces collectivités. Rappelons, sans y insister, que la formulation classique, dans notre pays, est celle de collectivité locale et non de collectivité territoriale, expression retenue pour simplifier, et que dans les autres pays c'est plutôt l'expression de collectivité locale qui

l'emporte. Ces deux expressions, que l'on retrouve d'ailleurs dans des circulaires, seront utilisées, selon la jurisprudence même du Conseil constitutionnel, indifféremment.

Qu'est-ce qu'une collectivité locale (ou territoriale) ? Un point semble ne pas donner lieu à discussion, c'est la personnalité morale : pas de collectivité décentralisée sans personnalité juridique. L'histoire corrobore cette affirmation qui, en France tout au moins, ne peut souffrir d'exception : la décentralisation n'a pu se développer qu'à partir du moment où la personnalité morale a été reconnue clairement aux communes et aux départements (preuve d'ailleurs : on a parfois cherché à faire de l'arrondissement une collectivité, mais faute de lui reconnaître la personnalité juridique, cela n'est jamais advenu).

Une collectivité locale est une collectivité qui dispose d'une certaine autonomie. Cette autonomie ne peut être, dans la conception française qui est toujours consacrée par notre constitution, qu'une autonomie administrative, il ne peut s'agir d'une autonomie politique parce que la France est un Etat unitaire.

Telle qu'elle est héritée de notre histoire l'autonomie locale renvoie, sur le plan juridique, à deux séries de données. La première est celle de compétences. La collectivité décentralisée est celle qui dispose d'un certain nombre de compétences. La notion d'affaires locales est liée depuis plus d'un siècle aux revendications en faveur de la décentralisation. « A la commune les affaires communales, au département les affaires départementales », disait-on par cette formule apparemment un peu tautologique et qui fait référence sans le dire à une notion aujourd'hui très prisée, celle de subsidiarité. Pour M. Waline la décentralisation se définissait avant tout par le transfert de compétences de l'Etat aux collectivités locales puisque, dans le cadre d'un Etat unitaire tel que la France, c'est bien l'Etat qui reconnaît ces compétences aux collectivités locales, celles-ci ne peuvent disposer de compétences par nature. Et un véritable transfert de compétences ne commence que dans les années 60.

Une seconde condition de l'autonomie est la reconnaissance d'un véritable pouvoir de décision à des autorités locales décentralisées, sinon les compétences n'ont aucune signification. Ce pouvoir de décision peut être limité voire annihilé par différents procédés tels que l'approbation préalable, qui fut longtemps appliqué en France, le véritable pouvoir étant entre les mains de l'autorité qui est chargée d'approuver, en l'espèce le préfet, représentant de l'Etat.

Naturellement cette autonomie est réduite à néant et n'est qu'une affirmation vide de sens si la collectivité locale ne dispose d'aucun moyen financier pour mettre en œuvre ses compétences. Cela vaut pour hier mais également pour aujourd'hui : les petites communes peuvent être placées, juridiquement, sur le même plan que les grandes, en pratique elles n'ont aucun pouvoir, sont des « assistées » et leur autonomie n'a pas grande signification.

B – Le contrat paraît être la relation normale entre personnes

Selon l'article 1101 du code civil « Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ». Et l'article suivant précise que chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi, la liberté contractuelle

ne permettant pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public. L'article 1103 dispose que « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ».

Avant de se demander en quoi la contractualisation est étroitement liée à la libre administration il faut s'interroger sur les raisons pour lesquelles, jusqu'à une date récente, les contrats passés par les collectivités territoriales étaient presque exclusivement des contrats passés avec des personnes privées. Avec ces dernières, en effet, il n'y a jamais eu de problème de principe, les collectivités locales étaient considérées comme pouvant conclure des contrats avec des personnes privées. Mais s'il n'y avait pas d'objection à cela, c'est parce que les contrats n'étaient pas rattachés à l'autonomie locale, mais à des lois habilitant les communes et les départements à contracter. Ces contrats étaient principalement de deux sortes, les contrats de prestations de services – nécessaires à la vie de la collectivité – et les concessions. Dans ces contrats, ce qui était mis en lumière n'était pas la compétence de la collectivité, mais le rôle de la personne privée rendant service en quelque sorte à la collectivité locale.

Pourquoi ne pensait-on les contrats passés par les collectivités locales que principalement avec des personnes privées ? Deux raisons semblent avoir joué en ce sens.

D'une part, la liberté contractuelle des collectivités territoriales n'a été consacrée que récemment dans l'histoire. Le problème ne se posait pas tellement pour l'Etat, parce que ce dernier intervenait essentiellement, dans ses relations avec les collectivités locales, par la voie unilatérale, il était quasiment impensable que l'Etat intervînt par la voie contractuelle, ce qui rejoint la seconde explication.

En effet, d'autre part, dans la conception de l'Etat unitaire français hérité de la Révolution, les collectivités locales ne sont pas les égales de l'Etat. ce sont certes des collectivités publiques, auxquelles ont été reconnues la personnalité morale et un certain nombre de compétences et de pouvoirs, mais, pour autant, ces collectivités ne peuvent être mises sur le même plan que l'Etat, seule « véritable » collectivité dont procèdent les autres. Il est significatif d'observer que les collectivités locales étaient qualifiées de collectivités « secondaires », et ce terme disait bien ce qu'étaient ces collectivités par rapport à l'Etat. Cette expression de « collectivité secondaire » n'est plus usitée, parce qu'elle paraîtrait attentatoire à la liberté locale, elle ne correspond plus à la conception que l'on se fait des collectivités territoriales locales.

Un curieux chassé-croisé s'est produit dans la conception que l'on se fait des relations contractuelles. En effet le contrat postule, par définition, l'égalité des contractants. Or l'égalité des contractants a été mise à mal en droit privé, tandis qu'en droit public on a assisté à une montée en dignité du contrat entre les personnes publiques, spécialement entre les collectivités territoriales et l'Etat.

Du côté du droit privé, le postulat de base, toujours consacré par l'article 1102 du code civil, est que chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter. C'est au nom de cette liberté que le législateur révolutionnaire supprime les corporations et interdit les regroupements. Cette liberté, dans la conception révolutionnaire, vaut notamment pour le contrat de travail. Très rapidement cette liberté va se trouver anéantie par l'inégalité des contractants : le salarié se trouve démuné face à l'employeur, il ne peut que signer le contrat, sans pouvoir en discuter le contenu. Le législateur va

mettre du temps à réagir, la condition ouvrière au XIX^{ème} siècle et au début du XX^{ème} en témoigne largement.

Si aujourd'hui les travailleurs sont mieux protégés, par la reconnaissance du droit d'association notamment, ce sont les consommateurs que nous sommes qui ne peuvent discuter les conditions des contrats que nous passons régulièrement. L'acheteur d'un bien, (ex. un véhicule), ne peut pas discuter du contenu du contrat, il ne peut pas demander la modification de certaines clauses, les contrats sont souvent des contrats d'adhésion.

Du côté du droit public c'est l'inverse qui s'est produit, tout au moins dans les relations entre l'Etat et les collectivités territoriales, celles-ci ont accédé à une dignité qui ne leur était pas reconnue jusque-là. L'intitulé de la loi du 2 février 1982 exprime ce changement de position de l'Etat : « loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions ». La suppression de la tutelle est le premier symbole de ce changement de perspective, même si l'on peut discuter de l'importance réelle de cette suppression.

Ce changement est également illustré sur le plan contractuel, puisque l'Etat a développé une politique très importante de contractualisation avec les collectivités territoriales, politique qui trouve de multiples expressions, changement qui peut être considéré comme lié à cette affirmation constitutionnelle de la libre administration. Cependant, si la contractualisation paraît ainsi consacrée ou confirmée logiquement par la libre administration, cette liaison est discutable.

2 – Le lien entre contractualisation et libre administration est discutable

Si l'affirmation de la libre administration a coïncidé avec le développement de la contractualisation, cette corrélation n'est pas une causalité, les deux sont largement dissociables, pour deux séries de raisons.

A – La contractualisation est, par elle-même, largement extérieure à la libre administration

Si elle n'y est pas étrangère, la libre administration est cependant assez largement extérieure à la contractualisation, parce qu'elle ne l'implique pas nécessairement, et que, inversement, la contractualisation peut se développer indépendamment de la libre administration.

Le principe de libre administration des collectivités territoriales est neutre à l'égard de la contractualisation : ni il ne l'empêche (évidemment), ni il ne l'implique, parce qu'il ne porte pas sur les modalités de l'action locale mais sur l'organisation locale.

La Constitution dispose que les collectivités territoriales « s'administrent librement ». Cela signifie fondamentalement que les conseils délibérants des collectivités territoriales doivent être élus au suffrage universel. La libre administration implique nécessairement la libre gestion de leurs affaires par les collectivités territoriales. On peut donc comprendre que cela recouvre à la fois le choix de la gestion directe ou de la gestion déléguée – dans la mesure où le législateur n'a pas prévu de modalités spécifiques de gestion – et la possibilité de recruter du personnel pour mettre en œuvre la politique de la collectivité.

La libre administration c'est également le respect, par le législateur, d'« attributions effectives » aux conseils délibérants des collectivités territoriales. La reconnaissance de

compétences, et de compétences réelles, aux collectivités territoriales, est effectivement une condition de la décentralisation. Si les collectivités territoriales ne disposent pas de compétences réelles, la décentralisation est un mot vide de sens. Le Conseil constitutionnel n'est certes pas très « regardant » dans la détermination de ces attributions effectives, mais celles-ci font cependant partie des composantes incontestables de la libre administration.

Dans cette jurisprudence très mesurée, la possibilité de passer des contrats ne représente qu'un aspect limité. Il apparaît ainsi que la contractualisation n'est qu'une conséquence seconde de la libre administration, ce n'est pas une conséquence nécessaire, d'ailleurs la contractualisation n'a pas besoin de la libre administration, elle n'est pas conditionnée par elle, elle existait avant elle et peut se développer en dehors des collectivités territoriales.

La contractualisation a peut-être été favorisée par la libre administration, elle n'est pas née d'elle, elle ne dépend pas d'elle, elle existe indépendamment d'elle. Le contrat entre collectivités publiques et, notamment, entre l'Etat et les collectivités locales, n'a jamais été interdit ou impossible, il était rare, ce qui est tout différent. Au début du XXème siècle un contentieux oppose l'Etat à une collectivité territoriale (une commune) à propos d'une école de musique. Ce contentieux porte sur un contrat, et il s'agit bien d'un contrat (administratif) entre une collectivité territoriale et l'Etat (CE 11 janv. 1905, *Gras*). Les exemples de tels contrats sont rares dans le passé, ils existent néanmoins et montrent que des contrats véritables avaient pu être passés entre l'Etat et une collectivité territoriale alors que l'on ne parlait pas de libre administration, que cette notion n'était pas reçue et n'avait aucun sens.

Un exemple beaucoup plus significatif ou beaucoup plus convaincant, s'il en est besoin, est représenté par les contrats de plan Etat-région (CPER). Bien que l'on n'en parle plus guère à l'heure actuelle, ces contrats sont hautement représentatifs à trois points de vue.

En premier lieu, ces contrats n'ont jamais été pensés en fonction de la libre administration, ils ne sont pas une application de la libre administration, et pour cause, est-on tenté de dire : ces contrats sont, en vertu de la loi elle-même – loi n° 82-653 du 29 juillet 1982 relative à la réforme de la planification – des contrats d'application du plan de la nation. On se trouve même, en quelque sorte, aux antipodes de la libre administration, puisque ces contrats n'expriment pas les préférences ou les politiques des collectivités territoriales – en l'espèce les régions – mais celles de l'Etat. Il est demandé aux régions par ces contrats, de la part de l'Etat, qu'elles contribuent à la réalisation d'objectifs nationaux, définis par l'Etat.

En deuxième lieu, néanmoins, le juge administratif va reconnaître à ces engagements des régions le caractère de contrats, et de contrats administratifs. A vrai dire le Conseil d'Etat n'avait pas vraiment le choix, puisque la loi qualifiait expressément ces engagements de contrats. Mais le Conseil d'Etat va opérer cette reconnaissance *a minima* et, dès qu'il le peut, il va chercher à limiter le contenu de ces contrats de plans. L'histoire des contrats de plan est à certains égards « exemplaire » : d'une part, l'appellation de « contrat de plan » va connaître des variations puisque, en 2007, ces contrats deviennent des « contrats de projets » avant de redevenir, en 2014, contrats de plan, tout en conservant l'acronyme CPER. D'autre part, on se trouve en plein surréalisme puisque le plan de nation, dont les contrats de plan n'étaient qu'un moyen d'exécution, ont disparu, alors que les contrats de plan ont été maintenus : comment est-il possible que subsiste un instrument dont le support n'existe plus ?

En troisième lieu, il est encore plus remarquable que l'Etat et les régions vont faire de la contractualisation dans le cadre d'un « hors plan » : lorsque les deux « parties » – Etat et région – n'arrivent pas à se mettre d'accord sur un engagement, ils vont chercher un autre accord, dans le cadre d'une contractualisation, mais en dehors du contrat de plan, d'où cette appellation de « hors plan ».

Une autre illustration en est fournie par les « contrats de performance ». La notion de performance est évidemment récente dans notre histoire administrative. Personne n'aurait songé, il y a seulement un demi-siècle, que l'on pouvait parler de « performance » à propos des personnes publiques, cette notion étant réservée au domaine sportif. Mais les préoccupations de gestion, de bonne gestion, ont peu à peu pénétré la sphère administrative et, après la LOLF, on a considéré que la performance était un principe devant guider l'action de l'administration publique.

Cette demande ou cette exigence de performance ne pouvait demeurer limitée aux seules administrations de l'Etat. Il était logique qu'elle s'appliquât également aux collectivités territoriales, qui sont des administrations, et qui doivent tout autant des comptes à leurs électeurs que les administrations de l'Etat. Mais dans cette recherche de la performance, dont la contractualisation apparaît à de nombreux auteurs comme une expression, la libre administration n'apparaît qu'indirectement, en filigrane. Il est certes possible d'affirmer que les autorités locales doivent être d'autant plus performantes que des libertés leur ont été reconnues, mais il est tout autant possible d'affirmer que la performance n'est pas déterminée par la libre administration, elle est seulement une exigence de bonne gestion, que l'on soit ou non dans le cadre d'une libre administration.

B – La contractualisation ne signifie pas nécessairement le contrat

Dans une approche simple, on peut être tenté de penser que contractualisation et contrat sont, sinon deux termes synonymes, tout au moins une même réalité, la contractualisation étant le processus de mise en œuvre d'un contrat. Il n'en est pas vraiment ainsi, parce que la contractualisation est beaucoup moins bien définie que le contrat, et que l'on peut penser qu'elle recouvre en fait une autre réalité que celle du contrat.

Le terme contractualisation est d'origine récente, beaucoup plus récent que le terme contrat, sans que l'on puisse fixer un point de départ précis à l'utilisation du mot. Il désigne, non pas un acte, comme le contrat, mais un processus. Ce processus peut se traduire par un contrat au sens juridique du terme c'est, de manière incertaine désormais (du fait de la disparition du plan de la nation, le juge serait fondé à revoir sa position) des CPER, de manière plus avérée pour certains actes pris dans le cadre de ces derniers (CE 21 décembre 2007, *Région Limousin*, confirmée par une décision du 7 mars 2008, relative à un contrat particulier conclu dans le cadre du contrat de plan Etat région avec la région Centre et concernant la renonciation par l'Etat à la construction d'une ligne de chemin de fer à laquelle il s'était engagé).

Mais ce processus peut également exprimer d'autres actes que le contrat. Pour certains auteurs la nature des actes importe peu, ce qui importe c'est l'action, la « dynamique » engagée, disent certains. Toutefois si, d'un point de vue sociologique, on peut comprendre une telle analyse, d'un point de vue juridique on ne peut pas se désintéresser de la nature des actes ainsi passés, parce que cela produit des conséquences, et qui ne sont pas seulement juridiques (une partie, c'est-à-dire

en fait une collectivité territoriale, peut s'estimer trompée parce que l'Etat est revenu sur certains de ses engagements alors que la collectivité territoriale avait cru passer un véritable contrat).

Mais le plus important est d'observer que l'appellation contrat ne signifie pas obligatoirement qu'il y a contrat au sens juridique du terme. Les pouvoirs ont largement usé et abusé du terme contrat. Dans le cadre de ce qui avait été appelé l'économie concertée, dans les années 60, les pouvoirs publics avaient inventé de nouveaux termes comme par exemple ceux de contrats de progrès ou contrats de programme. Le juge administratif, saisi à plusieurs reprises, avait eu l'occasion de préciser qu'il ne s'agissait pas de contrats mais d'actes unilatéraux. Ces actes avaient été pris après une procédure de concertation, mais ils demeuraient des actes unilatéraux et l'Etat pouvait les modifier unilatéralement.

Aujourd'hui, il est quasiment impossible de dresser une liste des « contrats » prévus par la loi ou le règlement, tant leur nombre est élevé, tant ces contrats portent sur les domaines les plus divers. Mais on peut fortement douter qu'il s'agisse dans tous les cas de contrats. En fait on ne peut être sûr qu'il s'agit de contrats qu'à partir du moment où le juge a qualifié ces actes comme tels, la qualification législative directe étant rare.

La contractualisation est plus un mode de relation entre les personnes publiques que la manifestation de volontés concordantes de passer des contrats. Elle est l'expression d'un para-contractuel plus que du contractuel proprement dit. Ce type de relations est favorisé par l'affirmation d'une libre administration des collectivités territoriales, mais il n'est pas directement conditionné par cette dernière, il existerait même sans reconnaissance de celle-ci. L'explication en est la suivante.

La contractualisation résulte d'abord du constat d'une nécessité pour l'Etat de coopérer avec les collectivités territoriales. Cette nécessité tient au fait que ces collectivités assurent financièrement les deux tiers des équipements collectifs. Un point paraît très significatif : en 2010 – et le législateur ultérieur n'est pas revenu, sur ce point, sur les dispositions prises – le législateur décide de limiter les financements croisés, accusés de tous les maux, en instituant des règles assez compliquées. Mais cette limitation ne s'applique pas aux financements que les collectivités territoriales proposent à l'Etat, elle ne vaut que pour les financements entre collectivités territoriales. Cela veut dire que l'Etat attend un financement de ces dernières, ce financement est souhaité, recherché. Il faut donc mettre en place des procédures qui permettent et organisent ces financements, la contractualisation est la voie privilégiée pour cela.

Une expression s'est largement répandue depuis quelques années, celle de « politiques publiques ». Ces politiques concernent tout autant les collectivités territoriales que l'Etat, elles s'appliquent dans tous les domaines (enseignement, politique de santé, politique du logement, politique culturelle, etc.). Il est hautement souhaitable que ces politiques soient coordonnées. La contractualisation est un moyen d'établir cette coordination, d'éviter ou de limiter les incohérences et les inégalités trop flagrantes.

La contractualisation se présente ainsi comme une forme développée de concertation. Celle-ci peut se limiter à de simples consultations, à des échanges qui apparaissent aujourd'hui insuffisants compte tenu des exigences de meilleure gestion. La contractualisation correspond à cette tentative de dépasser le simple échange par des engagements plus ou moins formalisés. Cette formalisation se

concrétise par des rencontres régulières, mais également l'établissement de documents avec un suivi et une certaine évaluation de l'action au terme de l'engagement.

On le voit par-là, la contractualisation répond à une nécessité de notre temps dans un contexte de contraintes budgétaire et de raréfaction des deniers publics. Cela implique de repenser cette contractualisation en vue d'une plus grande efficacité.

II – UN DÉVELOPPEMENT MOINS DÛ À LA LIBRE ADMINISTRATION QU'AUX ORIENTATIONS DU LÉGISLATEUR

Les collectivités publiques – Etat et collectivités territoriales – ne peuvent pas ne pas passer par la contractualisation, qui apparaît comme une voie obligée. Les collectivités territoriales s'administrent librement, mais « dans les conditions prévues par la loi ». Le développement de la contractualisation est un effet second de la mise en œuvre de la libre administration, car il dépend des choix effectués par le législateur, et la multiplicité des textes adoptés par ce dernier appelle une certaine rationalisation de cet instrument qu'est la contractualisation.

1 – La contractualisation conditionnée par les choix du législateur

La contractualisation a partie liée avec la libre administration sans en être directement un effet, dans la mesure où la mise en œuvre de la libre administration se traduit par des transferts de compétences et que la diversification des interventions des collectivités territoriales qui en résulte appelle la contractualisation.

A – La contractualisation, modalité d'accompagnement des transferts de compétences

La décentralisation se définit par des transferts de compétences de l'Etat vers les collectivités territoriales. Ces transferts de compétences ont longtemps été très limités. Ce n'est qu'à partir des années 1960 que l'on commence à réfléchir sérieusement aux compétences des collectivités locales. Plusieurs « vagues » de transferts de compétences ont eu lieu, elles impliquent une contractualisation.

Le fait de transférer une compétence d'une collectivité vers une autre, spécialement de l'Etat vers une catégorie de collectivités territoriales, appelle, au moins durant une période transitoire, un régime conventionnel pour définir les modalités du transfert. Ainsi par exemple la loi du 7 janvier 1983 prévoyait la passation de conventions « afin de déterminer les conditions dans lesquelles les services extérieurs de l'Etat chargés à titre principal de la mise en œuvre d'une compétence dévolue au département ou à la région seront réorganisés (...) avant leur transfert à l'autorité locale concernée ». Dans le cas d'un transfert de compétences, le pouvoir de décision est transféré, ce qui ne pose, en principe, aucune difficulté particulière, mais la mise en œuvre d'une compétence est faite par des personnels, avec des biens et elle s'effectue avec des moyens financiers.

En ce qui concerne le personnel, l'une des situations statutaires dans laquelle se trouve nécessairement tout fonctionnaire a connu un regain d'intérêt avec les transferts de compétence, il s'agit de la mise à disposition. Celle-ci était utilisée par les services administratifs avant d'être consacrée par la loi. Elle a été en particulier utilisée pour les fonctionnaires de l'Etat servant dans des services transférés aux collectivités territoriales. La mise à disposition ne s'applique pas seulement

aux collectivités territoriales, mais elle a trouvé un terrain privilégié avec le développement de la décentralisation.

La mise à disposition, organisée par plusieurs décrets, est prévue par une convention conclue entre l'administration d'origine et la collectivité d'accueil. La convention définit la nature des activités exercées, les conditions d'emploi, les modalités du contrôle et de l'évaluation de ses activités, ainsi que la nature du complément de rémunération dont peut bénéficier le fonctionnaire mis à disposition. Ce fonctionnaire doit donner son accord à la mise à disposition, mais il n'est pas partie à la convention. La mise à disposition fonctionne de manière similaire en ce qui concerne les biens.

B – La contractualisation, modalité d'exercice concerté des compétences

Une véritable décentralisation implique plus de complications normatives et administratives qu'un système dans lequel les collectivités ne sont que des exécutants. Cette complication est un trait de la décentralisation telle qu'elle est opérée depuis quelques années, la contractualisation est un moyen d'assurer une certaine coordination dans l'exercice des compétences. Un point juridique peut être réglé immédiatement : « aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne s'oppose à ce que (des) conventions aient pour objet d'harmoniser l'action des administrations respectives de l'Etat, d'une part, et des collectivités territoriales, d'autre part, dans l'exercice des compétences qui leur sont dévolues en vertu de la Constitution et de la loi » (CC 19 juill. 1983, n° 83-160 DC consid. 4).

Deux observations s'imposent. D'une part, la concertation par la contractualisation s'impose en raison du système compliqué de partage des compétences retenu par le législateur. En 1983 et dans les années qui ont suivi, un principe qui ressemblait à un mot d'ordre a dominé le débat, au moins parlementaire : les compétences transférées doivent être attribuées aux catégories de collectivités territoriales en suivant le principe des « blocs de compétences », chaque catégorie de collectivités étant supposée avoir « vocation » à exercer certaines compétences, et à exercer l'intégralité de la compétence afférente à un domaine particulier.

Le législateur n'est jamais parvenu à instituer ces blocs de compétences parce qu'il s'agit d'une vue de l'esprit : il est parfaitement impossible d'attribuer à une catégorie de collectivités, quelle qu'elle soit, l'intégralité d'une compétence déterminée, et l'idée de vocation des collectivités territoriales est une fiction, une fiction qui a d'ailleurs la vie dure. De ce fait il est indispensable de recourir à un procédé pour articuler l'exercice des compétences, éviter des discordances dans les interventions des collectivités territoriales et de l'Etat. Le procédé le plus adéquat, le mieux adapté, est le système contractuel, d'autant plus adapté que précisément il s'agit d'une contractualisation qui peut ne pas se traduire par de véritables contrats.

D'autre part, cette contractualisation ne doit rien, ou peu, à la libre administration. La libre administration se limite à imposer au législateur la reconnaissance d'attributions effectives aux collectivités territoriales. Pour le reste, le législateur dispose de toute latitude dans les compétences reconnues à ces collectivités comme dans les modalités d'exercice des compétences. La complication du système, et la nécessité de recourir à la conventionnalisation pour permettre un exercice normal des compétences ne tient pas à la libre administration, il tient seulement aux choix effectués par le législateur. La question de savoir si le législateur aurait pu faire autrement, s'il aurait pu faire « plus

simple » est une question qui peut être posée, mais qui n'entre pas dans le cadre de ce développement.

De ce fait, dans tous les domaines qui demeurent partagés entre l'Etat et les collectivités territoriales, quelles que soient les conditions dans lesquelles ces collectivités peuvent intervenir, quelle que soit leur liberté réelle, des conventions doivent être conclues pour permettre un exercice effectif des compétences. Une illustration peut en être donnée par un domaine considéré aujourd'hui comme un domaine sensible, le domaine de la sécurité des personnes. Ce domaine a donné lieu à plusieurs formes de contractualisation. L'une d'entre elles est assez connue, c'est celle des contrats locaux de sécurité (CLS) qui ont d'ailleurs connu plusieurs modalités. L'annexe 1 de la loi du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité consacre cette contractualisation : « S'il revient à l'Etat d'utiliser au mieux les moyens dont il dispose en propre, il lui appartient aussi de veiller à ce que d'autres acteurs de la sécurité que sont les maires et leurs services, d'une part, et d'autre part, les professions de sécurité, exercent leurs fonctions ou leurs activités dans un cadre clair qui organise cette complémentarité ».

Un autre instrument conventionnel, toujours dans le domaine de la sécurité, et qui illustre à la fois la nécessité de coordonner les compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales, et l'absence de référence à la libre administration, est représenté par les programmes d'action de prévention des inondations (PAPI). Ces programmes ont d'abord été institués par simple circulaire du 1^{er} oct. 2002, à la suite des inondations qui ont frappé l'Europe centrale et le sud de la France en 2002. Ces programmes, d'abord expérimentaux, ont été définis par une circulaire de 2011, puis consacrés par la loi, ils figurent aujourd'hui à l'article L. 561-3 du code de l'environnement (loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014). Un PAPI est composé d'une « stratégie locale » établie sur la base d'un diagnostic de territoire et comportant des objectifs et des mesures identifiant, pour chaque action, les maîtres d'ouvrage concernés, d'un « programme d'action » avec un calendrier et une hiérarchisation des actions, enfin les modalités de la gouvernance. Ces PAPI sont des instruments contractuels auxquels sont parties, outre l'Etat, des collectivités territoriales et des établissements publics tels que, notamment, les établissements publics territoriaux de bassin.

La contractualisation entre les collectivités territoriales est un effet indirect de l'interdiction constitutionnelle de toute tutelle d'une collectivité sur une autre. A partir du moment où une collectivité ne peut exercer sur une autre un contrôle qui pourrait être assimilé à une tutelle, ne peut subordonner son aide éventuelle à des conditions, la seule solution qui subsiste est celle de la contractualisation.

Les différentes lois intervenues depuis années et qui concernent, soit directement (loi libertés et responsabilités de 2004, loi RCT de 2010, loi MAPTAM de 2014, loi NOTRe de 2015), soit indirectement les collectivités territoriales sont de véritables machines à fabriquer de la contractualisation parce qu'elles prévoient l'intervention plus ou moins prononcée de l'une ou l'autre catégorie, ou de l'ensemble des catégories de ces collectivités. La dernière loi votée, la loi NOTRe est, si l'on peut dire, un modèle du genre, notamment par, à la fois, la suppression de la clause de compétence générale pour les départements et les régions et par la possibilité de délégation de compétences, les deux entraînant une multiplication des conventions pour permettre l'exercice des compétences (avec, notamment, les conventions de délégation de compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales et les conventions territoriales d'exercice concerté, CTEC).

Il paraît inutile d'insister longuement sur le fait que, à l'instar des transferts de compétences effectués de l'Etat vers les collectivités territoriales, les transferts de compétences effectués des communes vers les établissements publics de coopération s'accompagnent nécessairement de conventions. Cela s'appliquait déjà aux établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) mais le phénomène est beaucoup plus marqué avec les EPCI les plus « intégrateurs », c'est-à-dire les communautés et, désormais, les métropoles, d'autant que si les transferts de compétences opérés par les communes sont obligatoires, l'exercice de ces compétences peut être « rétrocedé » sous condition par l'établissement public bénéficiaire du transfert.

2 – La contractualisation, instrument à rationaliser

La multiplication des contrats et conventions de toutes sortes dans tous les domaines ne peut manquer de soulever des interrogations et, au-delà du nombre même de ces conventions, l'interrogation porte sur la signification qu'il convient de donner à ce phénomène.

A – La prolifération de la contractualisation

La contractualisation connaît un succès au-delà de toute espérance. Si, au XIX^{ème} siècle, il fallait chercher « à la loupe » les contrats entre personnes publiques, aujourd'hui c'est l'inverse, la prolifération est telle que personne n'est en mesure de dresser une liste complète de toutes les conventions prévues par les textes, sans compter les relations qui ne sont pas qualifiées de contractuelles mais qui en présentent des caractéristiques. Cette multiplicité fait de la contractualisation un phénomène protéiforme dont les caractéristiques varient selon les conventions.

La contractualisation s'insinue dans tous les domaines, elle est devenue, comme l'on dit dans le langage contemporain, incontournable. Elle est une sorte de *deus ex machina* destiné à régler les problèmes relationnels entre collectivités publiques. Ce caractère protéiforme rend difficile l'établissement d'une typologie des actes passés dans le cadre de cette contractualisation, personne n'étant en mesure d'établir une liste exhaustive de tels actes.

Cela est impossible parce qu'il n'existe pas de frontière claire et tranchée entre ce qui est contrat et ce qui ne l'est pas, et même ce qui est formalisé et ce qui ne l'est pas. Il serait souhaitable, ne serait-ce que dans un but de sécurité juridique, de savoir si l'on se trouve dans le cadre d'un contrat ou s'il s'agit d'un acte unilatéral. Mais ce n'est pas le cas puisque la dénomination donnée à un acte ne détermine pas la nature de celui-ci : il ne suffit pas que les collectivités appellent un acte contrat pour que celui-ci en soit un. Mais la situation inverse peut également se présenter, il peut arriver que le juge déclare qu'il y avait contrat là où les parties n'avaient pas eu le sentiment d'en conclure un.

Si l'on met à part les conventions de prestations de service, qui sont au fond relativement traditionnelles (avec notamment le concours des services techniques de l'Etat aux collectivités territoriales) on peut distinguer trois grandes catégories de conventions, avec la précision qu'il est impossible de dire s'il s'agit ou non de véritables contrats.

La première catégorie concerne les compétences, avec les conventions de transferts de compétences, de délégations de compétences, d'exercice des compétences. Ces conventions représentent une part de plus en plus importante de la contractualisation du fait de la

complication croissante des relations entre les collectivités publiques, et notamment du fait de la loi NOTRe.

Une deuxième catégorie est celle de la contractualisation qui intervient dans le cadre d'une politique publique définie par l'Etat. On voit ainsi se développer des « contrats d'objectifs » en vertu desquels les parties se mettent d'accord sur un objectif à atteindre et conviennent de se retrouver régulièrement pour assurer le suivi et l'évaluation de l'action engagée. Un domaine est particulièrement concerné, celui de la culture, plus précisément de la décentralisation culturelle.

Ainsi par exemple la Charte des missions de service public du spectacle vivant déclare que la contractualisation avec l'Etat et les collectivités territoriales sur des missions de service public implique, d'une part, une cohérence entre la définition même de ces missions, les objectifs qu'elles recouvrent et les règles internes de fonctionnement des institutions artistiques et culturelles, d'autre part, des responsabilités particulières quant aux règles d'utilisation de l'argent public. Une convention entre l'Etat et une collectivité territoriale entraîne généralement la passation d'autres conventions entre la collectivité territoriale concernée directement et d'autres collectivités territoriales ainsi qu'avec le théâtre concerné, s'il dispose de la personnalité juridique.

Une troisième catégorie est celle qui a le lien le plus lointain avec la libre administration, c'est la catégorie des contrats de performance. La notion de performance découle d'un changement d'approche dans la gestion publique avec, dans ses dernières expressions, la RGPP puis la MAP. Ces « contrats » se retrouvent à l'intérieur même de l'Etat, entre administrations de l'Etat, en particulier entre l'Etat et ses services déconcentrés, et ce ne sont évidemment pas des contrats. Mais ils se retrouvent de plus en plus dans les accords passés entre l'Etat et les collectivités territoriales (V. également le cas des « contrats locaux de santé »).

B – Interrogations sur la signification de la contractualisation

Des interrogations peuvent être posées aussi bien en se plaçant du point de vue des collectivités territoriales que du point de vue de l'Etat.

Si l'on se place du point de vue des collectivités territoriales une interrogation surgit immédiatement : le développement de la contractualisation, recherché, voulu, par l'Etat, ne serait-il pas le moyen pour ce dernier de se « rattraper », de récupérer un pouvoir qu'il a perdu ? L'Etat n'est pas ou n'est plus en mesure d'assurer de manière convenable le contrôle de légalité, cependant considéré par le Conseil constitutionnel comme essentiel. La contractualisation pourrait être un moyen pour lui de ré-instituer un contrôle sur les collectivités territoriales, y compris pour les relations contractuelles entre les collectivités territoriales.

Si l'on ne peut exclure tout à fait cette hypothèse, elle n'est cependant pas la plus crédible. Car dans cette contractualisation, qu'il y ait ou non contrat, les collectivités territoriales en retirent un bénéfice. Ce bénéfice n'est pas un bénéfice financier, puisque, à l'inverse, ces collectivités sont sollicitées de participer financièrement, y compris pour des opérations ou des actions pour lesquelles elles ne sont pas compétentes. Mais le bénéfice est autre. Il est en termes d'image et, par exemple, les régions ont été largement bénéficiaires du transfert de responsabilités (et non de compétences) en matière de lycées, c'est ce qui leur a donné une visibilité qu'elles n'avaient pas. Par ailleurs, et dans la mesure où elles participent financièrement, il ne faut pas sous-estimer la capacité de

négociation des collectivités territoriales, surtout lorsqu'il s'agit des régions ou de grandes communes : parce qu'elles apportent un financement, les collectivités concernées peuvent influencer sur les choix faits au départ par l'Etat.

Du côté de l'Etat la contractualisation est présentée comme l'établissement de relations désormais équilibrées avec les collectivités territoriales, et tous les discours insistent sur cette notion de partenariat entre elles et l'Etat. Mais on peut s'interroger alors sur la cohérence de l'action de l'Etat. La contractualisation ne pourrait-elle pas être analysée comme une expression de l'impuissance de l'Etat ? Nous retrouvons alors la question de la libre administration. L'Etat ne peut plus imposer ses vues aux collectivités territoriales en raison, négativement, de la suppression de la tutelle, positivement de l'obligation de respecter la libre administration. Mais l'Etat s'est privé également de toute vision globale en renonçant à une vision à moyen terme tel que le plan de la nation ou un document à ce qui pourrait y ressembler ou qui aurait pu le remplacer, comme le schéma national d'aménagement et de développement du territoire.

Ainsi, la contractualisation peut donner lieu à deux analyses, deux interprétations différentes. On peut y voir, même si cela n'est pas encore très clair, très assuré, l'expression d'un rééquilibrage entre l'Etat et les collectivités territoriales, un phénomène qui devrait être le droit commun et qui est appelé à devenir la norme. On peut y voir à l'inverse l'expression d'une faiblesse de l'Etat qui n'est plus en mesure d'assurer ses fonctions essentielles et qui doit faire appel aux collectivités territoriales, la contractualisation étant une sorte de cache-misère de cette défaillance. Mais peut-être ces deux interprétations sont-elles vraies en même temps dans un temps, le nôtre, marqué par la complexité et les contradictions.