

Université Panthéon-Assas (Paris II)

Ecole doctorale Georges Vedel - Droit public interne,
science administrative et science politique

Thèse de doctorat en droit public
soutenue le 4 juillet 2014

La contractualisation des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales



Université Panthéon-Assas

Benjamin HUGLO

Sous la direction de M. Yves GAUDEMET, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), membre de l'Institut

Membres du jury :

M. Jacques CAILLOSSE, Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II), CERSA-CNRS

Mme Laetitia JANICOT, Professeur à l'Université de Cergy-Pontoise

M. Pierre DE MONTALIVET, Professeur à l'Université Paris-Est Créteil

M. Hugues PORTELLI, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Entreprise monacale, la thèse l'est par bien des aspects. Toutefois, le travail intellectuel qu'elle exige donne également lieu à bon nombre de rencontres et d'échanges constituant autant de soutiens essentiels à l'entreprise.

Ma profonde reconnaissance s'adresse tout d'abord au professeur Yves Gaudemet qui a été à l'initiative de ces travaux. Son soutien sans faille ainsi que sa bienveillante rigueur scientifique ont été indispensables à la réalisation de ce travail.

Mes vifs remerciements vont au professeur Didier Truchet pour l'intérêt qu'il a pu manifester dès l'origine pour ce travail et ses encouragements. Ma sincère reconnaissance s'adresse également au professeur Jacqueline Morand-Deville qui a su prodiguer des conseils avisés.

Je ne peux que remercier sincèrement celles et ceux qui m'ont entouré de leur affection et de leur soutien aussi bien au début qu'à la fin de ce travail. Pour avoir, notamment, participé à l'ingratitude du travail de relecture, je tiens à remercier particulièrement ma mère, Corinne Lepage, ainsi que mon père, Christian Huglo dont ma dette ne s'arrête pas là. Ma gratitude s'adresse également à Nicole Tabet et Hélène Jessua-Tropper pour leur aide efficace. Je souhaite également adresser mes sincères remerciements aux personnes dont les échanges m'ont permis d'avancer dans la conception de ce travail : Madeleine Babès, Alexis Franck, Sébastien Hourson et Julien Martin.

Je ne saurais terminer sans remercier de leur complicité et de leur soutien Danielle, Nicole, Armand, Martin, Anne-Claire, Jeanne et Aurélien. Enfin, l'auteur ne saurait trop dire ce que cette thèse et lui-même doivent à Emilie. C'est donc naturellement qu'elle lui est dédiée.

A Emilie

Résumé : La contractualisation des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales

Le développement de la technique contractuelle entre l'Etat et les collectivités territoriales en France est l'occasion d'une réflexion sur l'évolution de leurs relations. La contractualisation des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales (ou contractualisation territoriale) est devenue aujourd'hui le symbole d'une décentralisation inachevée, à mi-chemin entre un modèle fondé sur des principes jacobins et un autre modèle fondé sur le partenariat ou l'idée de co-administration. La contractualisation territoriale apparaît comme l'opportunité de transcender cette difficulté. Elle repose essentiellement sur la mise en œuvre de techniques de droit souple, à l'instar des conventions d'administration, dont la reconnaissance juridique n'est pas actuellement aboutie. Cette circonstance est de nature à dévoyer la contractualisation territoriale pour en faire un instrument de tutelle supplémentaire au profit de l'Etat. La contractualisation territoriale est ainsi détournée de son objectif initial : organiser les relations Etat-collectivités territoriales dans un cadre nouveau. En effet : la crise des finances publiques associée à une globalisation politique et juridique sans précédent nécessite une adaptation majeure des structures institutionnelles françaises dont la cheville ouvrière demeure la relation Etat-collectivités territoriales. La contractualisation territoriale apparaît comme le seul outil à même d'absorber l'ensemble de ces nouveaux paramètres afin de construire une relation Etat-collectivités territoriales conforme aux principes sur lesquels elle est censée reposer.

Mots-clefs : Etat, Collectivités territoriales, Contractualisation, Convention d'administration, Décentralisation, Globalisation, Partenariat, Technique contractuelle, Tutelle

Title and Abstract: The contractualisation of relationship between the State and local governments

The development of contractual technique between the State and local authorities in France is an opportunity to reflect on the evolution of their relationship. The contractualisation of relationship between the State and local governments (territorial contractualisation) has become the symbol of an unfinished decentralization, halfway between a model based on principles of the Jacobins and another model based on partnership or the idea of co-administration. Territorial contractualisation appears as an opportunity to transcend this difficulty. It is based primarily on the implementation of soft law techniques, as administrative agreements, even if the legal recognition is not currently accomplished. This circumstance is likely to mislead the territorial contracts for an instrument additional supervision for the benefit of the State. The territorial contractualisation is thus diverted from its original purpose : to organize the state - local government relationship in a new context. Indeed, the crisis of public finances associated with an unprecedented political and legal globalization requires a major adaptation of French institutional structures which remains the linchpin state - local government relationship. Territorial contractualisation appears to be the only tool able to absorb all of these new settings to build a state - local government relationship with the principles on which it is supposed to be based.

Keywords: State, Local authorities, Contractualisation, Administration Agreement, Decentralization, Globalization, Partnership, Contractual technique, Guardianship

Principales abréviations

AFDA	Association française pour la recherche en droit administratif
aff.	affaire
<i>AJDA</i>	<i>Actualité juridique droit administratif</i>
<i>AJFP</i>	<i>Actualité juridique fonctions publiques</i>
al.	alinéa
art.	article
Ass.	Assemblée
<i>Bull. IIAP</i>	<i>Bulletin de l'Institut international d'administration publique</i>
<i>BOMI</i>	<i>Bulletin officiel du ministère de l'intérieur</i>
c/	contre
CAA	Cour administrative d'appel
Cons.const	Conseil constitutionnel
CE	Conseil d'État
<i>CFP</i>	<i>Cahiers de la fonction publique</i>
CGCT	Code général des collectivités territoriales
chron.	chronique
Civ.	Chambre civile
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
<i>CJEG</i>	<i>Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz</i>
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
<i>CMP</i>	<i>Contrats et marchés publics</i>
coll.	collection
comm.	commentaire
comp.	comparaison
concl.	conclusions
cons.	considérant
coord.	coordination
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz-Sirey</i>
<i>DA</i>	<i>Droit administratif</i>
dir.	sous la direction de
<i>Dr. env.</i>	<i>Droit de l'environnement</i>
<i>Dr. soc.</i>	<i>Droit social</i>
éd.	édition
<i>EDCE</i>	<i>Études et documents du Conseil d'État</i>
égal.	également
expl.	explicitement
fasc.	fascicule
<i>GACE</i>	<i>Les grands avis du Conseil d'État</i>
<i>GAJA</i>	<i>Les grands arrêts de la jurisprudence administrative</i>
<i>Gaz. Pal</i>	<i>Gazette du Palais</i>
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i> (même endroit)
<i>idem.</i>	de même
impl.	implicitement
J.-Cl. civ.	<i>Juris-Classeur droit civil</i>
J.-Cl. adm.	<i>Juris-Classeur droit administratif</i>
J.-Cl. int.	<i>Juris-Classeur droit international</i>
JCP A	<i>Semaine juridique – éd. administration et collectivités territoriales</i>
JCP G	<i>Semaine juridique – éd. générale</i>

JORF	<i>Journal officiel de la République française</i>
JOUE	<i>Journal officiel de l'Union européenne</i>
LPA	<i>Les petites affiches</i>
n°	numéro
not.	notamment
obs.	observations
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatum</i> (même ouvrage)
ord.	ordonnance
p.	page
part.	particulièrement
Plén.	Assemblée plénière
préf.	préface
préc.	précité
<i>Rev. adm.</i>	<i>La revue administrative</i>
rappr.	rapprocher de
<i>RDC</i>	<i>Revue des contrats</i>
<i>Rép. D. coll.territ.</i>	<i>Répertoire Dalloz collectivités locales</i>
<i>RDI</i>	<i>Revue de droit immobilier</i>
<i>RDP</i>	<i>Revue du droit public et de la science politique</i>
<i>RDUE</i>	<i>Revue du droit de l'Union européenne</i>
<i>Rec. CE</i>	<i>Recueil Lebon pour les arrêts du Conseil d'État</i>
<i>Rec. CC</i>	<i>Recueil des décisions du Conseil constitutionnel pour les décisions du Conseil constitutionnel</i>
rééd.	réédition
reprod.	reproduit
req.	requête
<i>RFAP</i>	<i>Revue française d'administration publique</i>
<i>RFDA</i>	<i>Revue française de droit administratif</i>
<i>RFFP</i>	<i>Revue française de finances publiques</i>
<i>RGA</i>	<i>Revue générale d'administration</i>
<i>RGCT</i>	<i>Revue générale des collectivités territoriales</i>
<i>RJE</i>	<i>Revue juridique de l'environnement</i>
<i>Rev. env.</i>	<i>Revue environnement</i>
<i>RJEP</i>	<i>Revue juridique de l'entreprise publique (de 2002 à 2007), Revue juridique de l'économie publique (depuis 2007)</i>
<i>RTDE</i>	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>
S.	<i>Recueil Sirey</i>
Sect.	Décision de la Section du contentieux du Conseil d'Etat
s.	suivant
spéc.	spécifiquement
t.	tome
TA	Tribunal administratif
Rec. tab.	tables du Recueil Lebon
TC	Tribunal des conflits
th.	thèse
trad.	traduction
v.	voir
vol.	volume

Sommaire

(Une table des matières détaillée figure à la fin de la thèse)

<i>Introduction</i>	9
<i>Première partie. Une nouvelle donne : la contractualisation territoriale</i>	35
Titre 1. Les rapports Etat-collectivités territoriales : un terrain a priori étranger au contrat	38
Titre 2. Un outil nouveau : du contrat à la contractualisation	137
<i>Deuxième partie. Des effets paradoxaux : une régulation contractuelle invasive</i>	249
Titre 1. Vers une régulation contractuelle des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales ?	253
Titre 2. La contractualisation territoriale et la libre-administration des collectivités territoriales	331
<i>Conclusion générale</i>	439
<i>Table des matières</i>	439

Introduction

*Les pays modernes n'ont pas besoin
seulement d'une bonne administration,
ils ont besoin aussi de liberté politique*

M. Hauriou

Le désordre est le meilleur serviteur de l'ordre établi

J-P. Sartre

Evoquer la contractualisation des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales n'aurait probablement pas eu de sens en 1982. De manière presque surprenante ce sujet est aujourd'hui au cœur de la plupart des débats sur la décentralisation territoriale¹. Sans doute, parce que ce sujet concentre tous les paradoxes de l'évolution contemporaine du droit interne au regard des évolutions européennes et de la globalisation, de la crise de l'Etat comme celle des collectivités territoriales, de l'impécuniosité croissante des finances publiques et des contradictions de l'Etat jacobin².

Certes, la Constitution du 27 octobre 1946³ en consacrant constitutionnellement la libre administration des collectivités territoriales dans le cadre unitaire de l'Etat mettait en place un certain équilibre dans les rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales. Celles-ci se voient accorder un nombre toujours plus important de compétences qu'elles

¹ V. en ce sens le débat intervenu sur le projet de modernisation de l'action publique territoriale et de l'affirmation des métropoles où les débats se sont caractérisés par une opposition massive du Sénat à un approfondissement encore plus important de la contractualisation (V. ainsi avis de la commission des lois en date du 15 mai 2013 et Séance publique du 31 mai 2013)

² V. en ce sens la déclaration de politique générale du Premier ministre du 8 avril 2014 : « Notre indépendance financière passe aussi par des réformes de structures. La France est prête à ces réformes et notamment celle du « millefeuille territorial. (...) Une nouvelle carte intercommunale, fondée sur les bassins de vie entrera en vigueur au 1er janvier 2018 (...); je proposerai la suppression de la clause de compétence générale. Ainsi, les compétences des régions et des départements seront spécifiques et exclusives. ».

³ Titre X, articles 85 à 89 de la Constitution du 27 octobre 1946

exercent sur leur territoire ; celui-là vient en contrôler l'exercice afin de garantir l'unité étatique.

Malgré leur théâtralisation, c'est dans cette même perspective que ce sont inscrits les différents « actes » de la décentralisation sous les auspices de la Constitution du 4 octobre 1958. Les trente bougies du premier acte de la décentralisation n'étaient pas soufflées que déjà plusieurs appels étaient lancés pour un nouvel « acte » de la décentralisation. Trente ans après, le sujet de la décentralisation territoriale apparaît toujours en construction même après la consécration constitutionnelle de ce mode d'organisation administrative⁴.

Il s'agit là d'une transformation importante de la relation Etat-collectivités territoriales dans la mesure où la contractualisation implique de faire entrer une dimension consensuelle dans une relation qui, jusqu'à présent, a été construite sur un mode unilatéral. Il s'agit d'une modification majeure dans la relation Etat-collectivités territoriales dont l'impact peut, à terme, avoir une portée bien plus conséquente que les différents « actes » de la décentralisation.

La contractualisation territoriale est devenue aujourd'hui un sujet qui cristallise les enjeux de la relation Etat-collectivités territoriales. Elle illustre en particulier le hiatus d'une décentralisation territoriale consistant, pour l'Etat, à continuer de concevoir des rapports Etat-collectivités territoriales sur des principes jacobins malgré les vagues de décentralisation.

La manière dont est aujourd'hui mise en œuvre la contractualisation territoriale doit être nécessairement harmonisée tant avec le principe de subsidiarité qu'avec le principe de libre administration des collectivités territoriales.

La contractualisation territoriale traduit donc le fait que la relation Etat-collectivités territoriales dépasse la problématique « traditionnelle » relative à la recherche d'une meilleure organisation administrative dans le cadre d'un Etat unitaire.

⁴ Constitution du 4 octobre 1958, art. 1er : « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée (...) ». (nous soulignons)

En effet : la relation Etat-collectivités territoriales est aujourd'hui largement tributaire de l'évolution du rôle de l'Etat et, de manière plus large, de la mutation de l'intervention des personnes publiques. En effet ces dernières interviennent désormais dans un contexte globalisé, tant d'un point de vue politique que juridique. Ainsi, la question de la décentralisation administrative est désormais dépassée par ce contexte de globalisation au sein duquel les personnes publiques évoluent et auquel elles doivent s'adapter. La contractualisation territoriale amène ainsi à s'interroger sur son articulation avec le principe d'égalité : il n'est plus possible de parler d'égalité par la décentralisation dès lors qu'il est fait appel au processus contractuel. C'est, finalement, à ce dernier qu'il revient d'établir l'égalité dans la décentralisation.

La contractualisation territoriale est à la fois la mesure et l'outil permettant de répondre à ces questions. Il faut pourtant se demander si elle constitue une réponse satisfaisante, tant du point de vue de l'Etat unitaire que du point de vue des collectivités territoriales. Reste en effet à déterminer en quoi la contractualisation est de nature à répondre à ces différents enjeux et, d'autre part, si sa mise en œuvre satisfait les principes directeurs de la décentralisation territoriale, en particulier si elle sert la libre administration des collectivités territoriales.

Si la relation Etat-collectivités territoriales s'organise aujourd'hui autour de la contractualisation c'est précisément parce que ce mode de rapport permet d'inclure – par le « contrat » – une dimension nouvelle de « partenariat » entre l'Etat et les collectivités territoriales sans remettre en cause l'exigence constitutionnelle du contrôle de l'Etat sur les collectivités territoriales.

Ce paradoxe apparent n'est rendu possible que la mesure où l'on s'accorde sur une définition précise du « contrat » de telle sorte qu'il n'existe aucune confusion possible entre contractualisation et contrat : si le premier terme peut inclure le second, la réciproque n'est pas vraie. En d'autres termes, si le contrat fait directement référence à l'accord de volontés destiné à produire des effets de droits impératifs dans la mesure où

il est le produit de « volontés individuelles »⁵, la contractualisation, quant à elle, relève d'une politique juridique privilégiant le recours à des instruments de type contractuel, c'est-à-dire ayant l'apparence de contrats sans en avoir nécessairement toutes les caractéristiques juridiques⁶.

De plus, les rapports Etat-collectivités territoriales sont des rapports institutionnels au sein desquels l'idée de contrat ne devrait jouer aucun rôle a priori. L'Etat attribue aux collectivités territoriales un certain nombre de compétences que celles-ci exercent sous le contrôle du représentant de l'Etat dans le département : il s'agit d'une relation de contrôleur à contrôlé. La première étape est donc celle de la coexistence possible entre le contrôle de l'Etat, d'une part, et un mouvement de contractualisation (Section 1).

L'hypothèse d'une coexistence entre contractualisation territoriale et contrôle de l'Etat ne permet toutefois pas de déterminer si, d'une part, la contractualisation territoriale est conforme à « l'éthique de la décentralisation »⁷ telle qu'elle est symbolisée par le principe de subsidiarité et, d'autre part, si sa mise en œuvre est conforme aux impératifs du principe de libre administration des collectivités territoriales. C'est en prenant en compte l'ensemble de ces enjeux (Section 2) qu'il sera possible d'envisager de quelle manière il convient d'examiner cette contractualisation des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales (Section 3).

Section 1 : L'articulation entre contrôle et contractualisation

La définition du champ du contrôle de légalité permet ainsi de laisser à la place à d'autres procédés venant organiser les relations Etat-collectivités territoriales. Il y a donc une coexistence possible dans le champ de la décentralisation administrative entre deux institutions : celle de la tutelle administrative et celle du contrat. Faut-il encore s'entendre sur la définition de cette dernière institution et sur son insertion dans le

⁵ V. en ce sens : G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF 2007, mot « contrat », p. 231 ; égal. F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil : les obligations*, Dalloz 2002, 8^e éd., p. 27 et s. ; A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ 1984, T.1, p. 18 ; égal. Y. Gaudemet, *Droit administratif*, LGDJ 20^e éd. 2012, p. 337 ; L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, 8^e éd. 2012, p.17 et s.

⁶ V. en ce sens : G. Cornu (dit.), *Vocabulaire juridique*, préc., mot « contractualisation », p. 228 ; égal. S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.), *préc.* p. 9 et s. ; B. Basdevant-Gaudemet (dir.), *Contrat ou institution : un enjeu de société*, LGDJ 2004, coll. Systèmes droit, spéc. p. 3 et s. ; égal. L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, préc., n° 58, p. 52 et s.

champ de la décentralisation territoriale, condition première de l'existence d'une compatibilité entre les deux institutions.

En effet : l'institution de relations contractuelles entre l'Etat et les collectivités territoriales suppose que soient respectés les principes fondateurs de la décentralisation ainsi que leur contrepartie qu'est le contrôle administratif de l'Etat sur les collectivités territoriales.

La contractualisation territoriale apparaît alors comme un mouvement parallèle et complémentaire au processus classique de décentralisation dont elle constitue le prolongement (§ 1). Cette situation contribue à donner toute sa spécificité à la contractualisation territoriale qui se nourrit essentiellement des principes directeurs traditionnels de la relation Etat-collectivités territoriales permettant non seulement de voir une complémentarité entre contrôle et contractualisation mais également d'influence du premier sur la seconde (§ 2).

§ 1 : La contractualisation territoriale comme mouvement parallèle et complémentaire de la décentralisation territoriale

La contractualisation territoriale n'a pas pour vocation de se substituer aux règles et principes traditionnels qui gouvernent les relations Etat-collectivités territoriales. En revanche, elle a pour effet de créer une voie parallèle et complémentaire ayant pour objet de créer une sorte de « new deal » entre l'Etat et les collectivités territoriales.

S'il existe un changement de vocabulaire il ne saurait pour autant y avoir de changement dans les principes applicables, ce qui implique que la contractualisation territoriale ne peut qu'avoir vocation à se développer dans le cadre constitutionnel de la décentralisation territoriale française. Cela signifie, en particulier, qu'elle ne saurait se substituer aux outils de contrôle de l'Etat sur les collectivités territoriales dont elle doit respecter les principes.

⁷ B. Faure, *Droit des collectivités territoriales*, Dalloz 2009, p. 494, n° 637

L'idée de décentralisation, telle qu'elle est exprimée par notre Constitution s'oppose totalement à toute forme d'organisation fédérale. En effet : l'Etat membre d'une fédération dispose d'une législation, d'un système judiciaire et d'une administration propres. A la différence de la décentralisation, toute collectivité membre d'une fédération dispose – au sens entier du terme – de l'« *autonomie* »⁸ (αὐτονομία) : le « droit de se régir par ses propres lois ». On ne peut donc parler de collectivité authentiquement autonome dans le cadre d'un Etat unitaire. Le concept français de décentralisation reste imprécis et l'on évoque plus volontiers les termes de *self-government* ou bien de *selbstverwaltung*.

Sont ainsi considérées comme objet de la présente étude les collectivités territoriales qui répondent à la définition classique de la décentralisation administrative territoriale. Tel n'est pas le cas des collectivités à statut spécifique à l'instar de la Polynésie française⁹ ou encore la Nouvelle-Calédonie¹⁰ dont les statuts les rapprochent davantage d'une situation de véritable autonomie¹¹ que d'une nouvelle modalité de la décentralisation.

La décentralisation apparaît ainsi comme un mécanisme entraînant la dévolution d'un titre de compétences à une autorité non centrale par l'autorité centrale, c'est-à-dire l'attribution d'une compétence à une personne morale distincte de l'Etat. Il faut donc entendre par titre de compétences, d'une part, la reconnaissance d'une indépendance vis-à-vis du pouvoir central qui réside dans l'attribution de la personnalité juridique mais également, d'autre part, la reconnaissance d'un champ de compétences propre (la notion d'affaires propres ou encore affaires locales). Ici également, la décentralisation territoriale se distingue de la décentralisation technique ou par services dans la mesure où la collectivité territoriale dispose en principe d'un titre « général » de compétences sur les affaires¹² qui la concerne alors que dans le cas de la décentralisation par services, la personne morale nouvellement créée obéit au principe de spécialité.

⁸ G. Jellinek, *L'Etat moderne et son droit*, t.II, p. 152, Réed. Panthéon-Assas 2005

⁹ Loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française ; V. sur ce point : F. Hamon et M. Troper, *Droit constitutionnel*, LGDJ 2007, 30^e éd., p. 497, et spéc. note de bas de page n° 15

¹⁰ Titre XIII de la Constitution du 4 octobre 1958

¹¹ « Dans ses rapports avec la Nouvelle-Calédonie, la République française apparaît donc désormais à certains égards comme un Etat de type fédéral, alors qu'elle était traditionnellement unitaire et qu'elle le demeure en principe, sous réserve de cette exception » (F. Hamon et M. Troper, *op.cit.*, p. 499 et note de bas de page n° 17).

¹² Après la suppression à compter du 1^{er} janvier 2015 de la clause générale de compétence pour le département et la région par la loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales, la clause générale de compétence a été rétablie par l'article 1^{er} de la loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles.

La décentralisation apparaît comme une manière de penser l'organisation de l'Etat unitaire. A la différence de la centralisation où le pouvoir central est seul compétent pour agir, la décentralisation implique de transférer certaines compétences à des collectivités non centrales ayant pour conséquence la création de nouvelles personnes morales distinctes de l'Etat : les collectivités territoriales. Réfléchir sur l'organisation administrative, c'est non seulement s'interroger sur les rapports juridiques existant entre l'Etat et les collectivités territoriales mais également considérer l'intervention de l'Etat dans la société. Ceci est renforcé par la légitimité tirée de l'élection dans toute société démocratique. Les collectivités territoriales sont l'expression la plus locale de la démocratie, de telle sorte que la décentralisation repose à la fois sur un impératif « administratif » et sur un impératif démocratique. C'est la raison pour laquelle la décentralisation territoriale ne présente pas du tout la même problématique que la décentralisation « technique » ou par services qui ne répond qu'à une nécessité d'ordre administrative.

Dans cette optique, si l'introduction d'une logique contractuelle ne saurait avoir pour effet de remettre en cause les principes décentralisateurs, elle apparaît de nature à conférer une place plus grande à l'impératif démocratique grâce à la mise en œuvre d'une procédure davantage consensuelle entre l'Etat et les collectivités territoriales. Par la même occasion, la contractualisation renforcerait ainsi la démocratie « locale » par rapport à la démocratie « nationale » en appliquant une forme de principe de proximité démocratique.

La contrepartie de l'attribution de compétences dévolues aux collectivités territoriales réside, pour l'Etat, dans l'existence d'un pouvoir de contrôle sur ces dernières. Ce pouvoir de contrôle est traditionnellement désigné sous l'appellation de tutelle administrative. Cette appellation n'est pas sans poser plusieurs problèmes

En premier lieu, l'idée de tutelle administrative implique que le contrôle n'émane que de l'administration. C'est-à-dire qu'il ne puisse être exercé directement que par l'autorité centrale sans intermédiaire et, en second lieu, uniquement par les agents du pouvoir central. Il apparaît donc impossible – du moins conceptuellement – de confier ce

contrôle au juge administratif. Aujourd'hui, si l'autorité administrative demeure à l'initiative de ce contrôle il est, en pratique et pour ce qui concerne les collectivités territoriales, confié au juge administratif¹³. De surcroît, ce contrôle devrait concerner l'ensemble des actes.

En second lieu, les rapports de tutelle sont des relations de contrôleur à contrôlé dans la mesure où l'autorité centrale est tenue de respecter l'indépendance de la collectivité décentralisée. En conséquence l'idée de tutelle est exclusive d'un quelconque rapport hiérarchique¹⁴ : il faut y voir l'une des distinctions majeures qu'il faut effectuer entre la déconcentration et la décentralisation. C'est la raison pour laquelle, d'une part, seul un texte peut instituer une tutelle et d'autre part, l'autorité centrale ne peut dépasser le cadre fixé par ledit texte, ce que l'on souligne par deux formules « pas de tutelle sans texte »¹⁵ et « pas de tutelle au-delà des textes »¹⁶. La tutelle apparaît ainsi comme un pouvoir dérogatoire et conditionné alors que le pouvoir hiérarchique est un pouvoir de « droit commun » existant d'office au sein de chaque personne morale de droit public. Il n'en demeure pas moins que la frontière peut parfois apparaître tenue entre pouvoir hiérarchique et pouvoir de tutelle, notamment au regard des motifs pouvant légitimer le contrôle dans la mesure où, traditionnellement (même si cela n'est plus le cas pour les collectivités territoriales), celui-ci peut être motivé soit par des considérations de légalité soit par des considérations relevant de l'opportunité¹⁷.

Les lois des 2 mars et 22 juillet 1982¹⁸ affirmaient solennellement la suppression de la tutelle. Comme le remarque M. Chapus « il ne faut sans doute pas croire, en conséquence notamment de l'intitulé de la loi, qu'à une tutelle pesante a subitement succédé une tutelle légère. La loi ne fait que continuer l'évolution antérieure dans le sens d'une limitation du contrôle de tutelle. Et, à cet égard, il faut se garder de prendre certaines formules au pied de la lettre »¹⁹.

¹³ Il s'agissait là d'une condition de fond ainsi qu'a pu le juger le Conseil constitutionnel : Cons.const, déc. n° 82-137 DC du 25 février 1982, *Loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions*, Rec. CC, p. 38

¹⁴ V. sur ces questions les travaux de M. Chauvet : C. Chauvet, *Le pouvoir hiérarchique*, LGDJ 2013

¹⁵ CE, 17 mars 1972, *Mme Figaroli*, Rec. 224, AJDA 1972, p. 213, chron. Labetoulle et Cabanes ; CE, 19 décembre 1986, *Darmon*, Rec. 284, RDSS 1987, p. 473, concl. Robineau

¹⁶ CE, 17 janvier 1913, *Congrégation des sœurs de Saint-Régis*, Rec. 72, concl. Corneille

¹⁷ M. Waline, *op.cit.*, p. 232.

¹⁸ Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 *relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions*, JORF 3 mars 1982, p. 730 et loi n° 82-623 du 22 juillet 1982 *complétant la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions*, JORF 23 juillet 1982, p. 2347

¹⁹ R. Chapus, *op.cit.*, p. 413

Les lois précitées n'ont pas eu pour objet de supprimer le contrôle de l'Etat qui est d'ailleurs une exigence constitutionnelle²⁰. Simplement, si le contrôle de l'Etat subsiste, il faut considérer que ce qui disparaît en principe en 1982 c'est tant l'exercice d'un contrôle a priori qu'un contrôle pour motif d'opportunité.

Dès lors, la tutelle administrative s'est muée en « contrôle de légalité » quand bien même toute considération d'opportunité n'a pas totalement disparu du contrôle opéré par l'Etat sur les collectivités territoriales. Celle-ci subsiste, par exemple, en cas de mise en œuvre du pouvoir de substitution d'action par le préfet²¹.

Il n'en demeure pas moins que le mouvement de contractualisation territoriale ne saurait se substituer au contrôle de l'Etat sur les collectivités territoriales. Tel n'est d'ailleurs pas son objet dans la mesure où il n'est absolument pas question de « déléguer » ou d'encadrer contractuellement l'exercice du contrôle administratif.

Ainsi, l'expansion de la contractualisation n'est concevable que dans le respect des principes propres au contrôle de l'Etat sur les collectivités territoriales.

Le lien entre développement de la décentralisation administrative et recul du contrôle de l'Etat est une constante des politiques décentralisatrices mises en œuvre depuis la Libération. Ce contrôle est toutefois limité, de nos jours, à un contrôle de légalité matériellement confié au juge administratif.

Le recul de la tutelle administrative apparaît ainsi comme la traduction juridique d'une volonté politique de transformation des relations Etat-collectivités territoriales. Cette nécessité a été sans cesse réaffirmée depuis la Libération. Ainsi, en 1976, le rapport de la Commission Guichard soulignait que « toute recherche d'une réelle décentralisation suppose donc que soit, au départ, admise l'idée d'une **limitation** des fonctions de l'Etat. Elle suppose un accord préalable sur l'idée qu'il existe des domaines où l'Etat

²⁰ « L'intervention du législateur est donc subordonnée à la condition que le contrôle administratif prévu par l'article 72, alinéa 3, permette d'assurer le respect des lois et, plus généralement, la sauvegarde des intérêts nationaux auxquels, de surcroît, se rattache l'application des engagements internationaux contractés à cette fin » Cons.const. déc. n° 82-137 DC du 25 février 1982, *loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions*, Rec. CC, p. 38, cons. n° 4 ; AJDA 1982, p. 303 note Boulouis ; JCP 1983 note Franck ; RDP 1982 p. 1259, chron. Favoreu

²¹ V. en ce sens : B. Plessix, *Une prérogative de puissance publique méconnue : le pouvoir de substitution d'action du préfet*, RDP n° 2 -2003

n'intervient pas de façon ordinaire, où la responsabilité de l'action revient, au moins en première instance, à des autorités locales élues. (...) La Commission propose la suppression de la tutelle sur les actes des collectivités. Il convient d'ailleurs de bannir définitivement l'usage du mot « tutelle » qui évoque une sorte d'incapacité juridique des communes. La notion de contrôle de légalité doit suffire à définir les rapports des divers partenaires dès l'instant qu'ils sont, comme nous l'avons proposé, régis par la loi »²².

La réduction de la tutelle administrative combinée avec le développement des techniques contractuelles conduit à l'adoption d'un nouveau vocabulaire fondé sur le partenariat. Se dessine alors un rapport Etat-collectivités territoriales moins marqué par l'unilatéralisme des procédés de tutelle dont le symbole est la technique contractuelle.

Le principe de l'existence d'un contrôle de légalité ne s'oppose pas à ce que l'Etat mette en œuvre une politique contractuelle avec les collectivités territoriales ni même à ce que la relation Etat-collectivités territoriales repose également sur une dimension contractuelle pourvu que demeurent respectés les principes du contrôle administratif. La contractualisation est ainsi envisagée comme un instrument complémentaire au contrôle de l'Etat.

La contractualisation territoriale peut être rapprochée de manière plus large de la contractualisation de l'action publique²³. Toutefois, la spécificité de la contractualisation territoriale tient à la circonstance qu'elle se développe dans une relation Etat-collectivités territoriales préexistante dont les contours constitutionnels sont précisément balisés. Tel est le cas en matière de contrôle administratif.

Il faut déduire de la jurisprudence du Conseil constitutionnel que la contractualisation ne saurait avoir ni pour effet ni pour objet de se substituer au contrôle de légalité. Tout simplement parce qu'il résulte des dispositions de l'article 72 de la Constitution que l'Etat se trouve dans l'impossibilité de déléguer son pouvoir de contrôle: « si la loi peut fixer les conditions de la libre administration des collectivités territoriales, c'est sous la

²² Rapport de la Commission de développement des responsabilités locales, *Vivre ensemble*, La documentation française, 1977, p. 104

réserve qu'elle respecte les prérogatives de l'Etat (...) ; que ces prérogatives ne peuvent être ni restreintes ni privées d'effet, même temporairement ; que l'intervention du législateur est donc subordonnée à la condition que le contrôle administratif prévu par l'article 72, alinéa 3, permette d'assurer le respect des lois et, plus généralement, la sauvegarde des intérêts nationaux auxquels, de surcroît, se rattache l'application des engagements internationaux contractés à cette fin »²⁴. Cette limite constitutionnelle fixe ainsi une première limite à la contractualisation : l'impossibilité de concurrencer ou de supplanter le contrôle de légalité.

Si la loi prévoit de plus en plus le recours à la technique contractuelle dans les relations verticales entre l'Etat et les collectivités territoriales, le Conseil constitutionnel aurait pu encadrer de manière stricte le recours à de tels contrats. D'une part de manière à sauvegarder le principe de libre administration mais également, d'autre part, afin d'assurer l'effectivité du contrôle de l'Etat sur les collectivités territoriales.

Ce n'est manifestement pas la position retenue. Le Conseil constitutionnel a ainsi consacré, dans son principe, l'aménagement par le législateur de conventions « verticales » venant régir les rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales. Il a ainsi pu juger « qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne s'oppose à ce que l'Etat passe des conventions avec les diverses collectivités territoriales de la République telles que les communes, les départements, les régions ou les territoires d'outre-mer ». Ces conventions peuvent ainsi avoir pour objet « d'harmoniser l'octroi des administrations respectives de l'État, 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 ». Le juge constitutionnel va plus loin en soulignant : « de pur droit interne, ces conventions puisent leur force obligatoire à l'égard du Gouvernement, des administrations et des juridictions dans la loi française en vigueur²⁵ ». Outre la circonstance que ces conventions apparaissent de nul effet sur le plan du droit international public, la faculté de conclure de telles conventions ne saurait également se

²³ V. sur cette question les travaux de M. Gaudin : J-P. Gaudin, *Gouverner par contrat*, Les Presses de Sciences-Po, 2^e éd. 2007

²⁴ Cons.const., déc. n° 82-137 DC du 25 février 1982, Rec. CC, p. 38, cons. n° 4 ; AJDA 1982, p. 303 note Boulouis ; JCP 1983 note Franck ; RDP 1982 p. 1259, chron. Favoreu

²⁵ Cons.const., déc. n° 83-160 DC du 19 juillet 1983, Rec. p. 43 ; chron. Favoreu, RDP 1983, p. 395 ; note Jarnevic, AJDA 1984, p. 25 ; note Labayle, JCP 1985, II, 20352 ; chron. Favoreu, RDP 1986, p. 448

substituer à la compétence du législateur fixée par les articles 34 et 72 de la Constitution²⁶.

La contractualisation n'est ainsi, en aucun cas, une contractualisation *du contrôle* de l'Etat, c'est-à-dire une organisation conventionnelle entre l'Etat et les collectivités territoriales du contrôle que le premier exerce sur les secondes. Il s'agit d'une contractualisation *des relations* entre l'Etat et les collectivités territoriales, c'est-à-dire d'une structuration générale de l'action commune de l'Etat et des collectivités territoriales autour d'un instrument contractuel qui doit demeurer conforme, bien évidemment, à la Constitution et aux lois en vigueur.

La contractualisation territoriale est ainsi une institution complémentaire de celle du contrôle de tutelle qu'il est nécessaire d'examiner en détail.

§ 2 : La mise en place de nouvelles relations entre l'Etat et les collectivités territoriales

Le développement de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriale a, en tout cas pour apparence, de faire *tabula rasa* du passé en mettant en place tant de nouveaux « éléments de langage » entre l'Etat et les collectivités territoriales que de nouvelles techniques juridiques fondées sur l'idée de partenariat. Derrière l'évolution du vocabulaire, il faut donc y voir également une transformation profonde des rapports juridiques à un double niveau. D'une part, celui du développement de nouveaux instruments et, d'autre part, celui des conséquences de leur usage.

Cette volonté donne lieu à la mise en place de nouveaux outils destinés à construire la relation Etat-collectivités territoriales perturbant ainsi l'équilibre institutionnel jadis mis en place mais également à créer de nouvelles opportunités de contrôle de l'Etat sur les collectivités territoriales. La question de la conformité au principe de libre-

²⁶ Cons.const., déc. n° 94-358 DC du 26 janvier 1995, Rec. p. 183 ; note Rousseau, RFDA 1995, p. 877 ; note Mélin-Soucramanien, RFDC 1995, p. 389 ; chron. Mathieu et Verpeaux LPA 20 octobre 1995, p. 8 ; note Pini, D. 1997, p. 124, obs. Oliva, p. 125 et obs. Mélin-Soucramanien, p. 139

administration des collectivités territoriales de ces nouveaux outils se pose de manière directe dès lors que ces derniers apparaissent comme de la tutelle supplémentaire.

De surcroît, la contractualisation territoriale soulève un certain nombre d'interrogations quant à son adéquation avec le principe de subsidiarité qui commande, selon M. Faure, « *de faire exercer, ou de regrouper, les compétences au niveau le plus adéquat au regard de la satisfaction des citoyens ainsi que de leur coût* »²⁷. Le caractère spécifique et potentiellement dérogoire de la contractualisation territoriale pourrait ainsi conduire à mettre en échec cette règle « éthique » de la décentralisation, selon l'expression du même auteur, ayant ainsi pour objet de faire obstacle à une éventuelle recentralisation. Il n'en demeure pas moins que le contrôle juridictionnel du principe de subsidiarité appliqué aux collectivités territoriales est limité.

Pour autant, l'adéquation de la contractualisation territoriale avec le principe de subsidiarité apparaît comme la mesure d'un éventuel mouvement de recentralisation de la part de l'Etat. Il y a donc une vigilance certaine à observer à cet égard.

L'irruption de la technique contractuelle postule ainsi un changement de paradigme dans la mesure où elle conduit à accepter qu'au moins une partie des relations Etat-collectivités territoriales ne soient plus établies de manière unilatérale. Ainsi, la loi elle-même, si elle fixe les principes de la libre administration, peut renvoyer à différents procédés contractuels le soin de mettre ses prescriptions en application. Ces derniers deviennent, en quelque sorte, un instrument d'application de la loi.

La contractualisation territoriale apparaît d'ores et déjà comme ayant un champ d'application beaucoup plus large que la question du contrôle exercé par l'Etat sur les collectivités territoriales. De manière moins théâtrale que les « actes » de la décentralisation, la contractualisation territoriale n'en bouleverse pas moins profondément les rapports Etat-collectivités territoriales en rompant avec la conception traditionnelle de la décentralisation telle qu'elle prévalait depuis la Constitution du 27 octobre 1946.

En introduisant une dimension de consentement à la norme, la contractualisation territoriale transforme l'équilibre institutionnel reposant sur l'application uniforme de la loi sur l'ensemble du territoire par le préfet. Il n'y a plus qu'un simple rapport de contrôleur à contrôlé.

Cette évolution n'est pas sans lien avec le développement de l'expérimentation législative telle qu'elle a été notamment mise en place par la révision constitutionnelle de 2003²⁸. Il s'agit là d'une tendance participant à gommer l'uniformité de l'application de la loi à l'ensemble des collectivités territoriales. Cela conduit à s'interroger également sur la vision traditionnelle du principe d'égalité, à commencer par l'égalité devant la loi.

La contractualisation territoriale participe pleinement de ce mouvement et conduit ainsi à réexaminer la conception classique de l'application du principe d'égalité aux collectivités territoriales, notamment d'un point de vue horizontal c'est-à-dire entre collectivités territoriales²⁹.

Les conséquences de la mise en œuvre de la contractualisation territoriale ne sont donc pas neutres à la fois pour ce qui concerne strictement les relations Etat-collectivités territoriales mais également pour ce qui concerne les relations entre collectivités territoriales.

Au premier chef, la contractualisation territoriale apparaît comme une technique juridique en soi permettant de structurer la relation Etat-collectivités territoriales à côté de l'institution du contrôle administratif. Cette situation rappelle que « la (ou les) manière(s) juridique(s) de voir le monde informe(nt) directement certains agencements du territoire de l'Etat. Que celui-ci ne soit pas réductible à ces seuls agencement juridiques relève de l'évidence ; on n'en déduira pas pour autant qu'ils sont sans incidences sur les formes et l'économie de l'action publique en général »³⁰.

²⁷ B. Faure, *op.cit.*, n° 635, p. 494

²⁸ Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 JORF n° 75 du 29 mars 2003, p. 5568

²⁹ V. sur ce point les travaux de Mme Gorge : A-S. Gorge, *Le principe d'égalité entre les collectivités territoriales*, Dalloz 2010

Le principe même de la contractualisation territoriale implique d'envisager de manière différente le cadre juridique des relations Etat-collectivités territoriales par l'émergence de nouveaux instruments.

Cette évolution est liée, en premier lieu, à l'émergence de nouveaux instruments dont la qualification juridique demeure à établir. Elle l'est également, en second lieu, à l'égard des possibilités ouvertes par ces instruments en matière de contrôle de l'Etat sur les collectivités territoriales.

La contractualisation en renouvelant les termes de la relation Etat-collectivités territoriales est donc en position de renouveler également la relation de contrôle dans la mesure où elle aboutirait à organiser, de manière diffuse, un contrôle *bis* de l'Etat sur les collectivités territoriales.

Le développement de la contractualisation territoriale traduirait ainsi une évolution de la relation Etat-collectivités territoriales marquant le passage d'une relation « autoritaire » fondée sur des procédés unilatéraux à une relation « partenariale » fondée sur des procédés contractuels.

De fait : la contractualisation est en effet présentée comme « emblématique des techniques nouvelles de « gouvernance » qui sont appelées à prendre le relais des anciennes méthodes de « gouvernement », de type unilatéral et contraignant : l'action publique devient le produit d'interactions entre des acteurs multiples, publics et privés, dont on cherche à concilier les stratégies et à harmoniser les intérêts ; le contrat est le moyen de formaliser cette coopération »³¹.

L'image d'Epinal est toutefois trop belle pour y souscrire sans réserve : le changement de vocabulaire ne doit pas occulter la réalité juridique.

³⁰ J. Caillousse, *Les « mises en scènes » juridiques de la décentralisation : sur la question du territoire en droit public français*, LGDJ 2009, p. 79

L'idée d'une contractualisation des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales ne saurait faire disparaître l'idée de contrôle de l'Etat. Pour que la contractualisation fonctionne de manière vertueuse, il importe que l'Etat sorte de son tropisme centralisateur. Si tel n'est pas le cas, la contractualisation pourrait servir indirectement d'instrument de contrôle supplémentaire de l'Etat pouvant même aller jusqu'à un processus de recentralisation dont certains auteurs s'inquiètent déjà³². La contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales permettrait ainsi un retour de la tutelle par la technique contractuelle. C'est en effet de tutelle qu'il s'agit dans la mesure où il est ici question du retour d'un contrôle pour motif d'opportunité par le « contrat ».

La contractualisation territoriale n'est donc pas exempte de risques pour les collectivités territoriales. Elle l'est tout autant pour l'Etat dans la mesure où elle consacre également un recul de celui-ci dans la mesure où il ne dispose plus de l'autorité nécessaire pour imposer sa volonté de manière unilatérale. Il se doit désormais de dialoguer avec les collectivités territoriales mais aussi avec d'autres acteurs du territoire. C'est sans doute l'un des apports majeurs de la contractualisation que de renouveler, dans cette mesure, la vision traditionnelle des relations Etat-collectivités territoriales.

Section 2 : Les conséquences de la contractualisation sur la mise en œuvre de la décentralisation territoriale

La contractualisation des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales ne se limite pas à simple utilisation de techniques contractuelles. Elle est le fruit d'une nécessité qui est à l'origine de la transformation profonde des relations Etat-collectivités territoriales dans un contexte bien particulier de globalisation et surtout de raréfaction des finances publiques.

³¹ J. Chevallier, *L'Etat post-moderne*, LGDJ 3^e éd. 2008, p. 140

³² V. en ce sens : B. Faure, *Droit des collectivités territoriales*, Dalloz 2009, 1^{ère} éd., p. 446, n° 568 et s. ; N. Poulet-Gibot Leclerc, *La contractualisation des relations entre les personnes publiques*, RFDA 1999, p. 551

L'autorité de l'Etat diminuant, celui-ci est contraint de renoncer au procédé unilatéral pour recourir au procédé contractuel. La conception même du droit évolue : la contractualisation postule une application au cas par cas du droit et, par conséquent, ne repose plus sur une logique d'application uniforme du droit. Le droit des collectivités territoriales n'est plus uniquement pensé selon une logique d'uniformité permettant de réaliser l'égalité : la contractualisation postule le passage d'un droit fondé sur l'égalité à un droit fondé sur l'équité.

Le développement de la décentralisation territoriale sur le fondement de la contractualisation apparaît comme le révélateur de cette mutation de l'intervention étatique (§ 1). Elle apparaît également comme la solution aux difficultés que l'Etat doit affronter dans ses relations avec les collectivités territoriales (§ 2).

§ 1 : La contractualisation territoriale comme manifestation de la mutation de l'Etat

Dire que l'Etat est à la recherche de lui-même est aujourd'hui devenu un propos presque banal. Que l'on se place sur le terrain politique, philosophique ou bien encore économique : l'Etat est en crise. Les structures traditionnelles de l'Etat, c'est-à-dire l'Administration « traditionnelle » (Etat, collectivités territoriales et établissements publics) ne sont plus à même de répondre aux besoins des citoyens ainsi qu'aux nécessités qu'impliquent notamment l'intégration communautaire, européenne et de manière plus large la mondialisation³³.

L'entrée dans ce qu'il convient d'appeler, avec M. Chevallier, « post-modernité » est source de bouleversements profonds tant dans la vision que les citoyens ont de l'Etat que dans les tentatives d'adaptations des structures traditionnelles précédemment évoquées. Dans un même mouvement schizophrénique³⁴, l'Etat doit toujours faire plus tout en étant moins présent et surtout en donnant l'impression d'avoir toujours les moyens de l'être.

³³ V. ainsi : Y. Gaudemet, *Le désordre normatif*, RDF 2006, n° 1, p. 43

³⁴ M. Lombard, *L'Etat schizo*, Lattès 2007

Le caractère diffus de la contractualisation participe au bouleversement des catégories juridiques dans la mesure où les instruments qu'elle développe ne sont pas « catégorisables », pour la plupart, au sein des catégories préexistantes du droit administratif. L'institutionnalisation de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales aboutit à la création de structures partenariales *ad hoc* participant à une sorte de sacrifice de la personnalité morale de droit public sur l'autel de la régulation et du « partenariat ». Les groupements d'intérêts publics (GIP) sont ainsi l'exemple le plus poussé de l'institutionnalisation de la contractualisation dans la mesure où ils sont précisément créés par convention. Il faut y voir « un phénomène de rétractation de l'appareil administratif pyramidal hiérarchisé classique et, à l'inverse, (...) [de] prolifération de formes d'administration plus ou moins autonomes dont les rapports sont très différents, et souvent ambigus, avec l'administration traditionnelle de type « weberien » »³⁵. Le monde a changé et l'Etat est en nécessité de s'y adapter.

La contractualisation territoriale devient, malgré elle, le symbole de la coexistence au sein de la décentralisation de deux mondes différents. Le premier où l'Etat régnait en maître et n'avait somme toute peu de comptes à rendre, le second où il doit désormais agir en « partenaire » et se voit au surplus soumis à des règles transnationales qui modifient en profondeur sa conduite. La recherche de « partenariats » est également devenue de plus en plus pressante au regard du besoin de financement des politiques publiques.

L'Etat est devenu impécunieux : il n'est plus en mesure de remplir l'ensemble de ses missions faute de moyens correspondant. Il est contraint de faire appel à d'autres acteurs et en particulier les collectivités territoriales.

A cela doit s'ajouter l'intégration croissante par le droit public du droit de la concurrence – interne et communautaire – qui est un facteur de perturbation considérable de l'action des personnes publiques en général. L'absence de limites de cette « concurrentialisation » du droit public est telle qu'il y a lieu de s'interroger sur la

³⁵ O. Schrameck in X. Domino, E. Fatôme, Y. Jégouzo, F. Loloum, O. Schrameck, *Questions sur l'avenir de l'établissement public, à propos du rapport du Conseil d'Etat*, AJDA 2010, p. 1238

possibilité pour la relation Etat-collectivités territoriales d'être un jour saisie par le droit de la concurrence par le prisme de la contractualisation territoriale³⁶.

L'Etat est ainsi entré en mutation. Cela ne signifie pas pour autant qu'il disparaisse. Loin s'en faut. Simplement, il réapparaît sous des formes peu habituelles pour le juriste de droit public. La contractualisation territoriale en est l'exemple. Elle permet d'entreprendre un véritable « travail de légitimation politique » sous trois registres différents : « souveraineté, Etat-nation et autorité tutélaire de l'administration »³⁷. La contractualisation territoriale apparaît également comme une volonté de re-légitimation politique de la part de l'Etat qui tente ainsi de trouver un nouveau souffle dans ses relations avec les collectivités territoriales, mettant en œuvre de nouvelles techniques de droit souple, ainsi que le Conseil d'Etat a encore eu l'occasion dans l'étude qu'il a consacré à cette question³⁸. L'une des traductions juridiques de cette évolution est la volonté de développer la technique contractuelle au détriment de l'acte administratif unilatéral.

La contractualisation territoriale marque l'entrée dans un univers juridique où : « (...) la règle de droit ne provient plus de ce qu'elle s'énonce comme un ordre obligatoire auquel tous sont tenus de se soumettre ; elle dépend désormais du consensus dont elle est entourée »³⁹. L'Etat ne souhaite – ou ne peut – plus imposer unilatéralement et préfère, dans la majorité des cas, faire participer les destinataires de la norme à son élaboration. Ce constat est très clairement dressé par le Conseil d'Etat dans son rapport public pour 2008 : « la contractualisation correspond à un nouveau style et à un nouveau registre de l'action politique et administrative se fondant sur la négociation et le consensus plutôt que sur l'autorité. L'Etat contemporain recherche l'adhésion des acteurs de préférence à l'action unilatérale, ce que les spécialistes de la gouvernance publique désignent de manière quelque peu euphorique comme la « coproduction » ou la « coconstruction » de la norme publique et de l'action publique. (...) Cette nouvelle posture reflète, dans la sphère publique, la crise d'autorité qui a affecté les sociétés développées (...) »⁴⁰.

³⁶ V. à cet égard la décision : CE, 20 mai 1998, *Communautés de communes du Piémont de Barr*, RFDA 2008, p. 593 concl. Savoie

³⁷ J-P Gaudin, *Gouverner par contrat*, op. cit, p. 59 et également dans le même esprit : J. Chevalier, *L'Etat post-moderne*, op.cit, p. 31-32

³⁸ Conseil d'Etat, *Etude annuelle 2013 : le droit souple*, La documentation française, 2013

³⁹ J. Chevallier, *L'Etat post-moderne*, op. cit, p. 141

⁴⁰ Conseil d'Etat, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, op. cit. p. 15

Le contrat est, dès lors, paré de toutes les vertus selon une vision proudhoniste qui veut que « le régime libéral ou contractuel l'emporte un jour sur le régime autoritaire, c'est à l'idée de contrat que nous devons nous attacher comme à l'idée dominante de la politique »⁴¹. Le contrat apparaît ainsi comme la panacée, de manière générale, au règlement de toutes les difficultés inhérentes aux relations Etat-collectivités territoriales. Le législateur n'hésite plus à y recourir, notamment pour ce qui concerne les transferts de compétences aux collectivités territoriales, sous le contrôle du Conseil constitutionnel qui veille à ne pas dépasser la limite qu'est l'incompétence négative. Ainsi, « le contrat a donc bonne presse, devenu synonyme de modernité, substituant la régulation au rapport de tutelle, libérant l'action administrative de ses rigidités, il apporterait une nouvelle légitimité à l'action administrative (...) »⁴².

Derrière les apparences consensuelles se posent également un certain nombre de questions relatives à l'impact de la contractualisation territoriale à l'égard des droits et libertés des collectivités territoriales, à commencer par le principe de libre-administration et par celui d'égalité entre collectivités territoriales. Ce dernier paraît déjà trouver un certain nombre de limites, dans la mesure où il n'a vocation à s'appliquer qu'entre collectivités territoriales de même niveau. La contractualisation territoriale postule, dans son essence, un traitement nécessairement différencié entre collectivités territoriales et n'exclut donc pas un traitement différencié entre collectivités territoriales de même niveaux.

Demeure ainsi en suspens la question de la compatibilité ou de la conformité de la contractualisation territoriale aux droits et libertés des collectivités territoriales. Les évolutions induites par la contractualisation territoriale supposent néanmoins une mise en harmonie avec les principes directeurs de la décentralisation territoriale française.

Il n'en demeure pas moins que si la contractualisation territoriale peut être présentée comme une solution – sans être pour autant la panacée – à cette crise de l'Etat, il

⁴¹ Pierre-Joseph Proudhon, *Du principe fédératif*, 1863, chapitre VII

⁴² Conseil d'Etat, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, op. cit, p.16

apparaît en tout état de cause qu'elle est l'un des rares instruments à sa disposition lui permettant de répondre simultanément à plusieurs besoins.

§ 2 : *La contractualisation territoriale comme remède de la crise de l'Etat*

La transformation induite par la contractualisation territoriale, souvent présentée comme un remède à la crise de l'Etat, postule un certain nombre de changements majeurs pour le droit public.

En premier lieu, elle suppose de réviser dans une large mesure la perception de la norme par le droit administratif. Celui-ci retient principalement comme critère le caractère impératif de la norme qui conditionne, seul, la sanction. La difficulté de la contractualisation territoriale tient à ce que les instruments qu'elle développe ne correspondent pas, dans une large mesure, à cette définition de la norme. Il faut donc faire une véritable place aux instruments de droit souple n'ayant pas de portée impérative mais ayant pour objet et pour effet de coordonner l'action administrative en énonçant, principalement, des orientations ou encore des obligations de moyens. Il semble que le Conseil d'Etat ait d'ores et déjà entendu cet appel, non pas encore au contentieux, mais dans le cadre de son étude relative au droit souple où il plaide pour un développement de ces techniques.

En effet, selon le vice-président Sauvé, il est envisageable que « le droit souple puisse être l'oxygénation du droit et favoriser sa respiration dans les interstices du corset parfois un peu trop serré des sources traditionnelles de la règle. Il peut accompagner la mise en œuvre du « droit dur », comme il peut dans certains cas s'y substituer pour mise en œuvre des politiques publiques suffisamment définies et encadrées par la loi. (...) Le droit souple constitue, dans cette optique, bien plus une solution qu'un risque »⁴³.

La volonté du Conseil d'Etat de reconnaître le rôle du droit souple n'est pas pour autant source de résolution de l'ensemble des problèmes posés par la contractualisation territoriale, cela pour deux séries de raisons.

⁴³ J-M. Sauvé, avant propos in Conseil d'Etat, *Etude annuelle : le droit souple*, op.cit., p. 5-6

D'une part, les instruments de la contractualisation demeurent difficilement identifiables au sein des catégories traditionnelles du droit administratif, ce qui rend leur sanction juridictionnelle aléatoire. Dès lors, la contractualisation territoriale souffre d'un a priori négatif à cet égard dans la mesure où elle souffre d'une absence de reconnaissance de la part du juge administratif.

D'autre part, un second a priori négatif se retrouve également dans l'idée selon laquelle l'Etat se servirait de la contractualisation non seulement comme d'un instrument de contrôle supplémentaire mais également comme un instrument au service d'un mouvement de recentralisation.

Ce risque était déjà évoqué par M. Pontier en 1978 lorsqu'il s'interrogeait sur le point de savoir « si la technique de la contractualisation n'est pas, simplement, un moyen nouveau de contrainte que l'Etat se donne. Si technique autoritaire il y a, elle se présente sous des aspects beaucoup plus séduisants que les techniques classiques : la tutelle est, sur le plan des principes déconsidérée auprès des élus locaux. La contractualisation apparaît, si elle était entendue comme un moyen de substitution au moins partiel, à la tutelle, outre l'attrait de la nouveauté, l'avantage d'une persuasion en douceur »⁴⁴.

L'existence d'un contrôle supplémentaire par la contractualisation territoriale irait à l'encontre de la volonté décentralisatrice que représente cette même contractualisation. Certains voient même dans l'emploi du « contrat » entre l'Etat et les collectivités territoriales « un substitut à la tutelle. Celui-ci permet de rétablir la proximité entre l'autorité de tutelle et l'autorité décentralisée (...). En ce sens, l'usage généralisé du contrat entre personnes publiques est le révélateur de l'impossible désengagement de l'Etat en dépit des progrès continus de la décentralisation (...). Le recours au contrat apparaît finalement comme le correctif d'un système administratif figé au sein duquel il tente, par sa base consensuelle, de masquer à la vue de tous un Etat qui concentre en son sein les moyens d'information et de financement et impose des charges aux collectivités. D'ailleurs, la nature proprement contractuelle de la plupart de ces contrats demeure

⁴⁴ J.-M. Pontier, *op. cit.*, p. 565

encore contestée en ce qu'ils obéissent à des principes qui tendent à s'écarter de l'autonomie de la volonté »⁴⁵.

Ainsi, La contractualisation des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales est potentiellement de nature à faire naître un certain malaise dans la mesure où le « contrat » apparaîtrait comme un faux-semblant, à trois niveaux :

En premier lieu, faux-semblant politique dans la mesure où la contractualisation masquerait une situation où l'Etat conserverait en réalité l'initiative des collectivités territoriales et contrôlerait ainsi leurs choix politiques. L'Etat retrouverait ainsi la part d'opportunité juridiquement perdue en 1982. La tutelle par la contractualisation serait ainsi le moyen pour l'Etat, d'une part, de retrouver par le « contrat » des moyens de contrôle dont il ne dispose plus, mais également, d'autre part, de réinstaurer du contrôle dans des domaines normalement laissés à l'initiative des collectivités territoriales.

En second lieu, faux-semblant juridique : contractualisation ne signifie pas contrat au sens juridique strict. La contractualisation territoriale utilise fréquemment le terme « contrat », ce n'est pas pour autant qu'il s'agit de « vrais » contrats, c'est-à-dire qu'ils en aient le caractère juridiquement sanctionnable. La contractualisation territoriale fait naître d'autres types d'instruments dont le caractère juridiquement sanctionnable est beaucoup plus aléatoire. Il y a là une grande incertitude pour les collectivités territoriales qui ne sont pas en mesure de savoir si les engagements souscrits par l'Etat sont susceptibles d'être sanctionnés par un juge.

En troisième et dernier lieu, faux-semblant économique dans la mesure où les « contrats » en cause constituent, la plupart du temps, la base du financement des politiques publiques. L'Etat pourrait ainsi, en n'honorant pas ses engagements, transférer aux collectivités territoriales un certain nombre de charges. La contractualisation appliquée aux dotations financières de l'Etat aux collectivités territoriales réintroduirait également un contrôle d'opportunité qui permettrait, à terme, un véritable chantage à l'argent.

⁴⁵ B. Faure, *Droit des collectivités territoriales*, op. cit, p. 447, n° 568

La contractualisation territoriale apparaît à la fois comme un mouvement et un outil tout à fait original. Elle se détache de la politique contractuelle que l'Etat peut conduire dans d'autres domaines, à l'instar de ce qu'il développe avec ses propres établissements publics ou ses entreprises publiques. La contractualisation territoriale apparaît véritablement comme un défi adressé à la fois à l'Etat et aux collectivités territoriales. Elle fait réellement entrer la décentralisation territoriale dans un monde nouveau, à ce titre elle doit être considérée comme un enjeu juridique majeur. Cette circonstance ne saurait, toutefois, faire oublier qu'elle est également un enjeu de pouvoir.

Section 3 : La contractualisation des rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales. Problématique et annonce de plan

La contractualisation territoriale doit être analysée sous l'angle de la double mutation de la décentralisation territoriale française et de l'Etat. Si la contractualisation territoriale peut apparaître comme un phénomène vertueux tant pour l'Etat que pour les collectivités territoriales, les défis qu'elle présente n'en sont pas moins considérables.

En effet, et dans un premier temps, la contractualisation territoriale se présente comme un phénomène relevant davantage de l'ordre du discours politique plutôt que du discours juridique. Dans un domaine aussi sensible que la décentralisation territoriale, le droit apparaît plus que jamais comme l'expression de décisions politiques. La politique contractuelle apparaît ainsi comme la traduction juridique de choix politiques qu'il ne faut perdre de vue. Ce n'est donc pas seulement vers une systématisation juridique de la contractualisation territoriale contractuelle qu'il faut tendre : il s'agit également d'envisager la conception nouvelle des relations Etat-collectivités territoriales qu'elle véhicule. Mais cette circonstance ne saurait occulter le fait que la contractualisation territoriale est un phénomène éminemment juridique.

En effet, la contractualisation des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales doit être analysée conformément au statut constitutionnel des collectivités territoriales. La contractualisation territoriale ne peut acquérir de véritable spécificité que si elle est

incluse – tant de manière positive que de manière négative – dans le cadre constitutionnel dévolu aux collectivités territoriales. L'étude de la contractualisation territoriale ne peut donc s'envisager qu'au regard des limites et des garanties du statut constitutionnel des collectivités territoriales, tel qu'interprété par le juge constitutionnel.

Mais la contractualisation territoriale reste aussi un phénomène qui se développe dans la sphère du droit administratif comme manifestation de la décentralisation administrative territoriale. En effet : de la valeur et de la nature des instruments développés par la contractualisation dépend leur identification juridique par le juge administratif. Le caractère juridiquement sanctionnable de ces contrats permet ainsi de déterminer tant l'effectivité que l'efficacité de la contractualisation territoriale.

Le fait d'admettre que la contractualisation territoriale est un phénomène juridique ne permet toutefois pas d'en saisir les tenants et aboutissants. Bien qu'elle soit indissolublement liée à la décentralisation territoriale, ses principes ne sont pas juridiquement fixés pas plus que ses effets, c'est-à-dire ceux de ses instruments.

Il apparaît nécessaire d'envisager son caractère novateur au sein de la décentralisation territoriale (Première partie). Il faut y voir une nouvelle donne de la décentralisation territoriale qui apparaît comme un paradoxe dans l'histoire des relations Etat-collectivités territoriales, fondée sur des mécanismes essentiellement unilatéraux.

Se pose alors la question de savoir si le développement de techniques contractuelles dans le cadre de la décentralisation, en devenant le symbole, n'illustre pas moins un mouvement à part entière qui ne s'arrêterait pas à un simple recours au procédé contractuel. La contractualisation territoriale apparaîtrait alors comme le nouvel outil des rapports Etat-collectivités territoriales, dépassant dans une large mesure la seule référence au « contrat ».

Dès lors, l'intégration de la contractualisation territoriale à la décentralisation territoriale implique nécessairement l'encadrement de la première par les principes de la seconde, à commencer par le statut constitutionnel des collectivités territoriales. Cet encadrement apparaît imparfait dans la mesure où il ne parvient pas à circonscrire

certaines effets pervers de la contractualisation territoriale. Au lieu de mettre en place une nouvelle régulation des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales qui serait conforme à une certaine éthique de la décentralisation, l'intervention de la contractualisation territoriale aboutit à mettre en place une régulation invasive qui n'apparaît pas conforme aux principes décentralisateurs (Deuxième partie).

En outre, le caractère imparfait de la régulation contentieuse concourt à l'incapacité de la contractualisation territoriale à produire un modèle institutionnel satisfaisant de relations Etat-collectivités territoriales.

La question principale qui se pose ici est de savoir si les développements actuels de la contractualisation territoriale apparaissent comme un véritable instrument de contrôle supplémentaire de l'Etat sur les collectivités territoriales. Reste à savoir si la contractualisation territoriale contribue ou non à entretenir l'instabilité des relations Etat-collectivités territoriales et risque fort et si l'instauration de correctifs est possible afin de permettre à la contractualisation territoriale de respecter les principes sur lesquels elle est fondée.

*

Première partie. Une nouvelle donne : la contractualisation de la décentralisation territoriale

Deuxième partie. Des effets paradoxaux : une régulation contractuelle invasive

Première partie. Une nouvelle donne : la contractualisation territoriale

La contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales ou contractualisation territoriale est un phénomène paradoxal : même si son ampleur récente en fait un nouvel objet d'étude, elle s'inscrit néanmoins dans une continuité juridique, historique et politique.

La contractualisation territoriale est sans doute une opportunité formidable d'évolution des relations Etat-collectivités territoriales. Elle est en effet susceptible d'assurer une évolution du modèle de décentralisation administrative pensé essentiellement sur un mode asymétrique et unilatéral vers un modèle de décentralisation se rapprochant davantage d'une co-administration qui serait fondée sur l'idée de contrat.

La contractualisation territoriale n'est donc, en aucun cas, une révolution des relations Etat-collectivités territoriales dans la mesure où elle s'inscrit dans un mouvement décentralisateur qui est lui-même profondément intégré dans la structure unitaire qu'est la République française. Ainsi, la contractualisation territoriale réalise – pour paraphraser un slogan politique connu – un changement dans la continuité. Il ne s'agit donc pas d'une rupture. Dès lors, il y a lieu de s'interroger sur l'insertion de ce mouvement de contractualisation au sein de la structure générale de la décentralisation administrative territoriale française.

Afin de mesurer l'ampleur de ce phénomène de contractualisation territoriale, il faut tout d'abord s'attacher aux principes de la décentralisation territoriale française afin d'apprécier de quelle manière la contractualisation peut s'y intégrer. Première difficulté : la décentralisation territoriale apparaît comme étant essentiellement pensée à partir de la notion de « statut » des collectivités territoriales, et non pas sur celle de

« contrat ». Il y a donc un réel paradoxe dans l'idée d'intégrer un mouvement qui repose, quant à lui, essentiellement sur la technique contractuelle (Titre 1).

Il faut donc s'interroger sur les relations qu'entretiennent décentralisation territoriale et technique contractuelle. Une alternative se présente. Soit la décentralisation territoriale est ignorante de l'idée de contrat, auquel cas il faut considérer que l'irruption de la technique contractuelle se fait dans une sorte de *terra incognita* des relations Etat-collectivités territoriales. Soit la décentralisation territoriale est construite par opposition à l'idée de contrat, ce qui signifierait que celle-ci existe bien dans la sphère des relations Etat-collectivités territoriales, même si elle n'existe que « négativement ». Dans l'un ou l'autre cas, les rapports entre technique contractuelle et décentralisation territoriale ne peuvent pas être envisagés de la même manière.

Le « moment » de la pénétration par la technique contractuelle de la sphère de la décentralisation territoriale importe également. L'essor de la technique contractuelle coïncide avec l'émergence d'une nouvelle conception de l'action publique qui s'inscrit dans un contexte de remise en cause de la figure de l'Etat. La technique contractuelle apparaît, à cet égard, comme étant le produit d'une globalisation, tant dans ses aspects juridiques que politiques ou économiques. L'insertion de la technique contractuelle au sein des relations Etat-collectivités territoriales conduit à mettre en œuvre un véritable « examen de conscience juridique » – pour paraphraser le doyen Vedel – de la décentralisation territoriale à l'aune du réexamen de la figure de l'Etat-nation.

Seconde difficulté : l'importance croissante de la technique contractuelle dans la relation Etat-collectivités territoriales suppose une véritable conceptualisation du phénomène qu'elle engendre. En effet : l'ampleur du phénomène implique de s'intéresser non seulement à l'emploi de techniques contractuelle (ou de la technique contractuelle) mais également de mesurer l'insertion d'un phénomène radicalement nouveau dans le cadre traditionnel des relations Etat-collectivités territoriales. Dès lors, il est nécessaire d'évoquer l'outil nouveau que constitue la contractualisation territoriale dans la relation Etat-collectivités territoriales (Titre 2).

La contractualisation territoriale se caractérise tout d'abord par la palette des techniques contractuelles qu'elle développe, d'instruments de droit souple – comme la convention d'administration – à des instruments de droit « dur », à l'instar des contrats administratifs. Ce foisonnement d'instruments juridiques différents nécessite un réexamen des catégories traditionnelles du droit administratif ainsi que des matières rattachées à l'idée de contrat. Le caractère diffus des techniques contractuelles n'est pourtant pas de nature à empêcher une systématisation juridique de la contractualisation territoriale. Celle-ci s'insère sans réelle difficulté dans le cadre constitutionnel propre aux collectivités territoriales. Ce dernier permet de définir les contours de la contractualisation territoriale qui apparaît définitivement comme un phénomène juridique unique.

*

TITRE 1. LES RAPPORTS ÉTAT-COLLECTIVITES TERRITORIALES : UN TERRAIN A PRIORI ETRANGER AU CONTRAT

La logique consensuelle induite par la technique contractuelle ne correspond pas, de prime abord, à la logique de commandement qui gouverne les rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales depuis la fin de l'Ancien Régime et la Révolution française : « il n'est pas « naturel » en effet, en France, que les relations entre l'Etat et les (ou des) collectivités territoriales soient des relations contractuelles »⁴⁶.

La mise en œuvre de la technique contractuelle dans les relations entre l'Etat et les collectivités territoriales apparaît comme une rupture car elle induit une logique égalitaire dans une relation profondément inégalitaire et asymétrique. En effet, dans une conception d'Etat unitaire, comme l'est devenue la France, l'Etat ne saurait être considéré hiérarchiquement comme étant égal aux collectivités territoriales ou encore aux établissements dont il détermine les compétences. Il faut aller plus loin et considérer que l'existence même des collectivités territoriales dépend théoriquement de la volonté d'attribuer ou de supprimer la personnalité morale de droit public. Si cette volonté résulte d'un acte du législateur, il s'agit d'abord d'une décision appartenant au pouvoir central qu'est l'Etat.

Dans la conception classique de la personnalité juridique en droit public, la loi reste plus que jamais maître de l'attribution de la personnalité morale de droit public. La main de Celle-ci ne se présume aucunement, elle est une qualité attribuée explicitement par l'Etat. Dans ses travaux sur la personnalité morale, M. Michoud range la décentralisation territoriale au rang des « services publics personnalisés » et dont la personnalité morale découle avant tout de la volonté de l'Etat exprimée par la loi : « la reconnaissance de la personnalité de ces groupes n'est faite qu'implicitement par la loi ; elle résulte des dispositions diverses qui leur permettent de gérer directement leurs propres intérêts collectifs et de posséder un patrimoine. Les intérêts collectifs de ces groupes territoriaux, bien que distincts de ceux de l'Etat ne peuvent en être entièrement

séparés ; c'est de ces groupes, en effet, que l'Etat est composé et il ne peut lui être indifférent qu'ils soient dans une situation prospère ou dans une situation mauvaise »⁴⁷.

La décentralisation territoriale n'est donc pas vécue en France selon une logique d'égalité juridique dans la mesure où l'existence et la détermination des compétences dévolues aux collectivités territoriales s'opère par la décision de l'Etat central. A l'inverse, la technique contractuelle suppose une logique consensuelle et part du postulat de l'égalité juridique des parties.

La décentralisation territoriale, dans sa conception traditionnelle, n'est donc pas vectrice d'égalité : il n'est donc pas possible de parler d'égalité par la décentralisation. En revanche, la mise en œuvre de la décentralisation doit se faire conformément à l'égalité républicaine. Il est ainsi possible de parler d'égalité dans la décentralisation. La technique contractuelle, par son aspect consensuel, pourrait apparaître comme étant vectrice d'égalité. La mise en œuvre de la décentralisation par la loi par son uniformité était considérée comme assurant l'égalité dans la décentralisation. Reste à déterminer si l'essor de la contractualisation territoriale est de nature à réellement assurer l'égalité entre collectivités territoriales.

Si le développement de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales est récent, il ne faudrait pour autant en déduire que l'Etat et les collectivités territoriales ont découvert le « contrat » à la faveur des grands « actes » de la décentralisation des années 1980 et 2000. S'il est possible d'avancer que le cadre actuel de la décentralisation territoriale s'est construit a contrario de l'idée de contrat (Chapitre 1) ce n'est qu'en raison du fait que l'organisation de l'Etat moderne, en France, s'est construite sur l'idée de « statut » contre celle de « contrat ». Précisément, l'idéologie contractuelle est considérée comme étant dangereuse pour la souveraineté étatique car elle renvoie à un schéma de dilution de l'autorité de l'Etat et d'absence d'unité étatique. Dans l'histoire ancienne des relations Etat-collectivités territoriales, le contrat n'a servi que de cheval de Troie au pouvoir de l'Etat : dès que celui-ci a pu reconquérir sa propre souveraineté, le contrat a été abandonné au profit du statut.

⁴⁶ J.-M. Pontier, *Les contrats de plan Etat-régions 2014-2020*, JCP A 2014, n° 16, étude n° 2118, p. 20

Dès lors, d'aucuns pourraient considérer que l'avènement de la technique contractuelle sonnerait le glas de l'Etat-Nation ou, plus juridiquement, d'une conception unitaire de l'Etat. L'organisation administrative française est avant tout fondée sur une conception profondément jacobine où l'Etat central apparaît omnipotent alors que les autres acteurs publics sont relégués à des rôles subalternes. La globalisation tant politique que juridique oblige aujourd'hui à reconsidérer le rôle tant de l'Etat que des autres acteurs – qu'ils soient publics ou privés, dans la mesure où l'Etat n'a plus les moyens aussi bien politiques, juridiques, que financiers d'être dans une logique d'opposition. La technique contractuelle des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales consacre le passage d'une logique d'opposition à une logique d'association (Chapitre 2). En effet, la globalisation conduit à redéfinir en profondeur le rôle de l'Etat, ce qui affecte également ses relations avec les collectivités territoriales. Sans remettre en cause la souveraineté de l'Etat, il apparaît aujourd'hui qu'il ne peut plus se comporter comme s'il était le seul acteur ou le seul décideur dans la mesure où tant l'évolution du droit que l'évolution du rôle économique des collectivités territoriales fait de celles-ci des acteurs incontournables qui ne sauraient être traités sur un mode unilatéral et autoritaire. Ainsi, la technique contractuelle appelle à un changement profond de paradigme.

Chapitre 1 : De la tutelle au contrôle

Le paradoxe de la technique contractuelle entre l'Etat et les collectivités repose sur l'antinomie profonde qui existe entre une relation asymétrique historiquement basée sur l'autorité de l'Etat et la logique consensuelle inhérente à la technique contractuelle. Cette situation s'explique, ainsi qu'il a été dit, par la conception unitaire et centralisatrice de l'Etat qui prévaut en France depuis la fin de l'Ancien Régime et la Révolution française.

Cette conception unitaire et centralisatrice de l'Etat repose d'une part, sur une relation d'autorité, et d'autre part sur une logique d'uniformité de traitement des collectivités

⁴⁷ L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, LGDJ 1905, Réed. Nabu, p. 301-302, n°

territoriales. L'idéologie contractuelle repose non pas sur l'autorité mais sur le consensus qui se dégage de la commune volonté des parties permettant de faire du contrat la « loi » des parties.

Afin de comprendre cette situation, l'histoire des relations entre l'Etat et les collectivités est une source précieuse d'enseignements. Elle permet ainsi, d'une part, de montrer la construction lente de l'antinomie entre la relation de tutelle qui prévaut entre l'Etat et les collectivités territoriales et la logique contractuelle qui est intrinsèquement liée à la construction de l'Etat moderne (Section 1). La logique contractuelle apparaît ainsi comme un véritable tremplin à cette construction, permettant à l'Etat de gagner en puissance. Une fois la souveraineté de l'Etat affirmée, la logique contractuelle ne présente guère d'intérêt et est donc délaissée au profit du « statut » fixé par la loi ou le règlement. L'utilisation du « contrat » entre l'Etat et les collectivités territoriales ne se conçoit alors plus que dans une logique fondamentalement autoritaire et devient un instrument de commandement (Section 2).

Section 1 : Une antinomie historique entre rapports de tutelle et logique contractuelle

L'antinomie entre « contrat » et « tutelle » ou entre logique contractuelle et logique de tutelle dans le cadre des relations Etat-collectivités territoriales n'est ni historiquement, ni juridiquement une évidence. Elle est le produit d'une évolution lente des rapports Etat-collectivités territoriales.

A une époque où l'autorité étatique s'affirme progressivement et où les pouvoirs locaux sont puissants, le contrat est l'instrument privilégié permettant de tisser des liens entre l'Etat et les collectivités territoriales (§ 1). Le contrat apparaît ainsi comme une structure embryonnaire permettant lentement d'assurer un lien entre ce qui n'est pas encore l'Etat et les « collectivités territoriales » tout en permettant progressivement à ce

dernier de mettre en place un premier pouvoir de contrôle sur celles-ci. Une fois la puissance étatique affirmée, celle-ci aboutit à la négation de l'idéologie contractuelle (§ 2) et l'affirmation d'une uniformité juridique de traitement. La construction de l'Etat moderne en France aboutit ainsi à considérer les relations entre l'Etat et les collectivités territoriales sur un mode autoritaire et inégalitaire.

§ 1 : L'institutionnalisation primitive des rapports « Etat » - « collectivités territoriales » par le contrat

Dans l'histoire des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales, le contrat fût l'instrument juridique privilégié permettant de tisser des liens entre le premier et les secondes, à une période où la construction de l'Etat n'était pas achevée. L'emploi des guillemets pour les termes « Etat » et « collectivités » est important dans la mesure où il apparaît anachronique d'employer ces termes précis à une époque où, précisément, la construction de l'Etat moderne n'est pas achevée⁴⁸. Dans la société féodale, société « intégralement régie par le contrat »⁴⁹, il n'existe pas de modèle « communal » unique : « la notion de collectivité locale, au sens où elle est aujourd'hui entendue, n'y est guère transposable. Les collectivités sont avant tout des groupes d'habitants qui cherchent à se voir reconnaître un certain nombre de droits par les seigneurs »⁵⁰. C'est la raison pour laquelle se développent les chartes des villes permettant pour celles-ci de se voir conférer droits et protection de la part du seigneur en échange, le plus souvent, du paiement de droits et d'octrois.

Le contrat apparaît également comme l'instrument privilégié des relations entre les seigneurs et le pouvoir royal, en permettant de tisser des liens et de s'assurer un certain nombre de droits. Il est ainsi possible de considérer que, dans une certaine mesure, le

⁴⁸ Le terme « décentralisation » n'apparaît ainsi qu'au XIXe siècle (v. ainsi : P. Bodineau et M. Verpeaux, *Histoire de la décentralisation*, PUF 1997, coll. *Que sais-je ?*, 2 éd., p. 7

⁴⁹ J-P. Gaudin et J. Dubois, *L'action publique par convention, les politiques contractuelles aujourd'hui*, Les cahiers de l'institut de la décentralisation, 2000, p. 4

⁵⁰ J-B Auby, J-F Auby, R. Noguellou, *Droit des collectivités locales*, coll. PUF Thémis droit, 5^e éd. 2009, p. 2

« contrat » apparaît comme l’initiateur des relations modernes entre l’Etat et les collectivités territoriales (A). Il faut également considérer qu’en reconnaissant aux villes et aux seigneurs un certain nombre de prérogatives, le contrat permet ipso facto de reconnaître un certain pouvoir à l’autorité royale. Dès lors, le contrat va progressivement permettre à celle-ci de s’assurer un pouvoir de contrôle (B) au fur et à mesure que l’autorité royale se renforce.

A. Le contrat : initiateur des relations « Etat-collectivités territoriales »

Les origines du contrat entre « l’Etat » et l’autorité locale semblent trouver leur source dans la société féodale et des *municipes* latin : « pour les romanistes, [la commune] ne serait qu’une survivance du régime municipal mis en place par l’Empire romain ; pour les germanistes, elle trouverait sa source dans la pratique de l’association par serment que les tribus germaniques auraient apportée avec eux »⁵¹. Avant la formation de l’Etat moderne aux environs du XVIe siècle, le contrat – par opposition au « statut » qui résulte de la loi ou du règlement – apparaît comme l’instrument privilégié des relations entre un « pouvoir central » et une « autorité locale ». Il s’agit avant tout d’un lien privilégié entre un seigneur et un bourg ou un seigneur et son vassal. Il a également un contenu juridique dans la mesure où il demeure générateur, au départ, d’obligations réciproques il aboutit au final à consacrer progressivement la suprématie de l’autorité royale. Deux exemples retiennent l’attention : celui de la concession de fief (1) et celui de la charte communale (2).

1. L’exemple des concessions de fief

La concession de fief apparaît dès le XIe siècle comme le mode normal de remboursement des services d’un vassal et « peut alors être défini[e] comme une concession à charge de services nobles faite par le seigneur à son vassal »⁵². Ladite

⁵¹ P. Bodineau et M. Verpeaux, *Histoire de la décentralisation*, op. cit, p. 8

⁵² A. Rigaudière, *Histoire du droit des institutions*, Ed. Les cours de droit 1994, p. 47

concession ayant en principe pour objet un ensemble foncier se fait tout d'abord en la forme verbale puis fait l'objet d'un écrit systématique à partir du XIIe siècle. Ainsi, « le seigneur remet le fief à son vassal à des conditions précisées par leur arrangement ou, tout simplement, définies par la coutume du pays ; il retient certains droits sur le fief ; le vassal, sans devenir propriétaire complet, acquiert de larges droits de jouissance tant qu'il accomplit les services dus »⁵³. On distingue toutefois les « fiefs-rentes » des « fiefs-fonctions » : les premiers consistent dans la perception d'une rente et sont parfois dépourvus d'attache terrienne, les seconds consistent à « concéder en fief les prérogatives rattachées à une fonction »⁵⁴.

Le contrat féodo-vassalique ou concession de fief est érigé au départ comme un lien unissant le vassal au seigneur, permettant ainsi, en remontant la chaîne, d'aboutir au sommet de la pyramide à l'autorité royale : « voilà pourquoi au début du XIIe siècle, théoriciens et juristes analysent cet ordre féodal comme une organisation parfaitement structurée qui repose sur une double hiérarchie parallèle faite d'hommes et de terres. Ainsi construit au terme de concessions et d'hommages successifs, ce schéma permettait de remonter jusqu'au roi. Placé au sommet de cette hiérarchie féodo-vassalique, il pouvait espérer en tirer quelque avantage propre à limiter les effets négatifs de la dissociation territoriale »⁵⁵. Le contrat féodo-vassalique ne saurait toutefois être assimilé à un véritable contrat dans la mesure où il est essentiellement pensé de manière unilatérale. Ce « contrat » apparaît néanmoins comme le seul instrument capable de fédérer les seigneurs en les soumettant de manière souple à l'autorité royale.

Le contrat féodo-vassalique n'est pas sans poser un certain nombre de difficultés dans la mesure où la concession de fief, à l'origine viagère, devient progressivement héréditaire et fini par échapper au concédant, c'est-à-dire à l'autorité royale. Ce contrat aboutit en réalité à restreindre la sphère des droits régaliens et amène au morcellement de l'autorité du roi, diluée dans la hiérarchie seigneuriale. Entre le XIIe et le XVe siècle, l'autorité royale parvient lentement à s'affirmer permettant de passer « de la suzeraineté à la souveraineté ». Ce n'est que par la centralisation et la création d'une véritable administration centrale, dès les années 1180, que l'autorité royale commence à se

⁵³ F. Olivier-Martin, *Histoire du droit français, des origines à la Révolution*, Réed. CNRS Editions, 2005, p. 258, n° 192

⁵⁴ F. Olivier-Martin, *Histoire du droit français, des origines à la Révolution*, op. cit., p. 259, n° 192

construire. Composée de baillis et de sénéchaux « directement rattachés au roi [et] librement révocables par lui »⁵⁶ mais demeurant liés par une « charte », cette centralisation aboutit à une réduction du champ des pouvoirs des seigneurs. Ainsi « le fief n'est plus, au XVIIe et au XVIIIe siècles qu'une propriété décorative à charge de foi et hommage. Tous les anciens services nobles de guerre, de conseil et de cour qui le grevaient au XIIIe siècle sont tombés en désuétude avec les guerres privées et la féodalité politique »⁵⁷.

Si les contrats féodo-vassaliques sont avant tout des contrats entre personnes physiques et sont fondamentalement marqués par l'*intuitu personae*, ils n'en sont pas moins grevés d'obligations spécifiques qu'il est possible de qualifier d'exorbitantes. Par ailleurs, il est intéressant de constater qu'à mesure que l'*intuitu personae* disparaît des contrats de fiefs, la concession de fief finit par se retourner contre l'autorité royale. Les contrats féodo-vassaliques ont indiscutablement marqué la conception française des rapports Etat-collectivités territoriales dans la mesure où cette « technique contractuelle » a aboutit à la ruine de l'autorité du souverain. Historiquement, dès lors que l'autorité de l'Etat s'est affirmée à partir de la Renaissance, le contrat a été écarté au profit d'actes unilatéraux qui apparaissent comme la marque de l'Etat moderne unitaire imposant sa volonté, à la différence du contrat symbole de désordre tant juridique que politique. Cette évolution se retrouve également à propos des chartes communales.

2. L'exemple des chartes communales

Avec le développement des échanges à partir du XIe et du XII siècle⁵⁸, d'importantes cités marchandes se développent et les seigneurs entendent tirer profit de cet essor. Se développent ainsi au cours de cette période les chartes communales, sur le modèle des « Etablissements de Rouen »⁵⁹ qui permettent au roi, ou à un seigneur, d'attribuer des

⁵⁵ A. Rigaudière, *op.cit.*, p. 59

⁵⁶ A. Rigaudière, *op.cit.*, p. 170

⁵⁷ F. Olivier-Martin, *Histoire du droit français, des origines à la Révolution*, *op.cit.*, p. 644, n° 482

⁵⁸ V. sur ce point F. Olivier-Martin, *Histoire du droit français, des origines à la Révolution*, *op.cit.*, p. 159, n° 116 et s.

⁵⁹ V. ainsi : A. Giry, *Les établissements de Rouen : études sur l'histoire des institutions municipales de Rouen, Falaise, Pont-Audemer, Verneuil, La Rochelle, Saintes, Oleron, Bayonne, Tours, Niort, Cognac, Saint-Jean d'Angély, Angoulême, Poitiers, etc.*, F. Vieweg (Paris) 1883, 2 tomes, cité par F. Olivier-Martin, *op.cit.*

franchises politiques ou civiles à une ville dont les habitants se jurent entraide et fidélité « commune ». D'apparence unilatérale, la charte recueille en réalité un accord de volontés et a une grande importance, ainsi que le relève M. Olivier-Martin : « cette charte se présente comme un acte unilatéral émané du seigneur ; en fait, elle traduit solennellement l'accord intervenu, après négociations, entre le seigneur et ses bourgeois. La charte est confirmée par le seigneur supérieur et, très souvent aussi, par le roi. Soigneusement conservée dans les archives de la ville, elle est restée jusqu'à la Révolution le fondement de ses libertés »⁶⁰. Le mécanisme est le même que pour les contrats féodo-vassaliques : l'attribution desdites franchises est subordonnée au respect d'obligations d'assistance au roi ou au seigneur, obligations d'ost notamment. Elle est également assortie d'une contrepartie financière⁶¹. Il faut noter la grande hétérogénéité des situations nées de ces chartes : « certaines villes n'obtiennent que de simples franchises : celles-ci reconnaissent bien des garanties individuelles à leurs habitants mais sauvegardent les pouvoirs politiques du seigneur, en particulier dans le domaine de la justice. D'autres sont établies en « communes », selon des modèles que l'on reprend parfois d'une ville à l'autre (...) : on y affirme beaucoup plus clairement la capacité de ses membres à s'administrer par l'intermédiaire d'un corps dont la dénomination, la composition, les pouvoirs varient eux-mêmes d'une commune à l'autre ». Toutefois, si « la charte précise toujours la situation juridique des bourgeois et le départ d'attributions qui est fait, pour l'expédition des affaires communes, entre elle le seigneur et la collectivité bourgeoise », elle est « d'ordinaire bien plus vague sur l'organisation intérieure de la collectivité qui est laissée à la discrétion des bourgeois eux-mêmes et qui s'est souvent modulée au cours des siècles »⁶².

L'hétérogénéité des situations pose un certain nombre de problèmes, notamment financiers, au moment où l'autorité royale est en lente construction : « sur cet échiquier disparate, il n'y aurait pas eu de France à édifier ; et sans l'intervention d'une force nouvelle, à ce moment historique de la multiplicité des communes (...) les municipales renaissantes étaient impuissantes à construire une nation une, comme les municipales mourants de l'Empire l'avaient été à se sauver. Cette force fut la royauté, qui comme

⁶⁰ F. Olivier-Martin, *Histoire du droit français, des origines à la Révolution*, op. cit, p. 164, n° 119

⁶¹ P. Bodineau et M. Verpeaux, *Histoire de la décentralisation*, op. cit. p. 9

eux et en même temps qu'eux se dégageait, péniblement, des étreintes de la féodalité »⁶³. Le même mouvement observé pour les contrats féodo-vassaliques se retrouve ici : à mesure que le pouvoir royal s'affirme, le contrat fait place à l'acte unilatéral.

Précisément, l'utilisation du contrat par le pouvoir royal dans ses relations avec les villes devient progressivement un instrument de contrôle politique et juridique. Il est un instrument de contrôle politique dans la mesure où il permet progressivement d'asseoir l'autorité royale. Il est ensuite un instrument de contrôle juridique car il permet de jeter les bases d'une relation de tutelle.

B. Le contrat : embryon du contrôle de l'Etat sur les collectivités

Le contrat sous l'Ancien Régime devient l'embryon du contrôle de l'Etat sur les collectivités dans la mesure où il permet de mettre en exergue un lien, certes timide, entre un pouvoir central et un pouvoir local. Au moment où l'Etat moderne se construit, le maillage contractuel se présente comme un palliatif de l'absence de puissance souveraine (2). Le contrat apparaît comme l'instrument de départ permettant de mettre en place progressivement un contrôle de la part de l'autorité royale, contrôle qui va par la suite être étendu de manière générale, en dehors du contrat (1).

1. Le contrat comme prémisses de l'institution de la tutelle administrative

Les chartes communales conclues entre le roi et les villes ont pour principal objet de gérer leurs relations et ne se préoccupent guère de l'organisation même du bourg ou de la ville : « la charte précise toujours la situation juridique des bourgeois et le départ

⁶² F. Olivier-Martin, *Histoire du droit français, des origines à la Révolution*, op. cit, pp. 164-165, n° 119

⁶³ L. Béquet, *Traité de la Commune*, Société d'imprimerie Paul Dupont, 1888, p. 5

d'attributions qui est fait, pour l'expédition des affaires communes, entre le seigneur et la collectivité bourgeoise. Mais elle est d'ordinaire bien plus vague sur l'organisation intérieure de la collectivité qui est laissée à la discrétion des bourgeois eux-mêmes et qui s'est souvent modifiée au cours des siècles »⁶⁴.

Ainsi, les chartes communales ont pour objet d'organiser les rapports entre les villes, les seigneurs et le roi et, par la même occasion, de mettre en place de manière embryonnaire une relation de tutelle et, par conséquent, un pouvoir de contrôle. La mise en place de ce pouvoir de contrôle est avant tout un besoin politique, à une période de construction de l'Etat moderne.

Le pouvoir royal a rapidement déduit la nécessité d'aboutir à un encadrement des communes afin de limiter la dilution du pouvoir due à la féodalité et, par conséquent, récupérer la manne financière que représentent ces communes naissantes. C'est de cette époque que datent les premières tentatives d'élaboration d'un contrôle du pouvoir « central » avec « deux ordonnances royales de 1262 qui marquent véritablement le point de départ du contrôle communal. La première de celle-ci impose aux communes de France et de Normandie de renouveler le 29 octobre leur municipalité. La seconde – plus significative – oblige les magistrats communaux à soumettre au contrôle royal les comptes municipaux le 17 novembre de chaque année »⁶⁵. Ainsi, « au XVe siècle, tout se prépare pour une subordination générale que trouvera toute mûre le régime des ordonnances d'ensemble, qui, au XVI^e, va commencer »⁶⁶. Au XVIIe siècle, la tutelle du pouvoir royal est « omniprésente » : « l'intendant n'hésite pas à faire connaître ses préférences pour la désignation des échevins » et « veille aussi sur les activités des chambres de la ville : il n'hésite pas à annuler les délibérations qui ne lui conviennent pas ; il doit donner son autorisation pour que la ville puisse intenter un procès ou envoyer une députation ; il surveille enfin, étroitement les finances municipales ; le budget est arrêté par l'intendant qui peut y inscrire d'office certaines dépenses ; toute levée de nouvelles taxes, toute décision importante pour le patrimoine communal, tout projet d'emprunt doit avoir reçu son accord ». Toutefois, la patrimonialité des charges et des offices concédées n'est pas sans conséquence sur cet édifice royal et le fragilise

⁶⁴ F. Olivier-Martin, *op.cit.*, p. 165, n° 119

⁶⁵ F. Luchaire et Y. Luchaire, *Le droit de la décentralisation*, coll. PUF thémis droit, 1983 (1^{ère} éd.), p. 35-36

considérablement : l'idée de contrat n'a donc pas disparue. Quant à l'idée de contrôle ou de « tutelle », si elle commence à apparaître à cette période, elle ne fait que maintenir les privilèges « et se présente comme une protection que le roi accorde à ses « bonnes villes » »⁶⁷.

Ainsi, la mise en œuvre de relations de tutelle et de pouvoirs de contrôle est inhérente à la construction de l'Etat. Le contrat n'est pas étranger à la construction de cette relation de tutelle. Si cette relation s'est construite contre l'idée de contrat, celui-ci reste tout de même à la base de son élaboration quand bien même la tutelle a eu pour effet de l'éradiquer. Le contrat conclu entre ces « personnes publiques » que sont le roi, le seigneur et les villes permet de tisser des liens entre les différents acteurs tout en permettant, au final, de reconnaître l'autorité royale. Le « contrat » apparaît alors comme un supplétif à l'absence de pouvoir souverain de l'Etat.

2. L'utilisation du « contrat » comme palliatif de l'absence de puissance souveraine

Les chartes ainsi conclues deviennent une sorte de statut embryonnaire des relations entre le pouvoir royal et les villes dans lesquelles elles sont conclues : en attribuant des prérogatives aux secondes elles permettent de conforter l'autorité du premier. Ainsi, la pratique des chartes apparaît comme un sorte de palliatif de l'absence de puissance souveraine en permettant un commencement de maillage territoriale contractuel progressivement délaissé au fur et à mesure où l'autorité royale s'affirme.

Ainsi, lorsque le pouvoir royal se renforce et lorsque l'Etat moderne se construit au XVIe siècle, l'idée de contrat recule logiquement au profit d'un encadrement général et identique des « communes » ; permettant ainsi d'unifier le royaume autour de la personne du roi. La construction de l'Etat moderne implique la disparition du contrat - lien personnel entre le roi et le seigneur ou entre le roi et la « commune » - au profit de

⁶⁷ L. Béquet, *Traité de la commune*, op. cit, p. 6

l'affirmation de la souveraineté étatique (royale) par le biais d'actes d'autorité et par la centralisation administrative, même si la société d'Ancien régime n'y parvient que partiellement. Les contrats féodo-vassaliques et autres chartes disparaissent peu à peu à partir du XVI^e siècle au profit d'ordonnances et d'édits avec notamment l'édit rendu par François I^{er} à Crémieu en 1536 qui rend les baillis, nommés par le roi, compétents pour juger des comptes des communes ; l'ordonnance de Blois rendue par Henri III en 1579 qui confie au roi la protection des propriétés des communes et l'ordonnance de Saint-Maur qui limite les compétences des communes à la « justice de police ». Il n'est pourtant pas encore possible d'évoquer une uniformité du statut communal dans la mesure où Louis XIV généralise la vénalité des offices en 1682, ce qui touche en particulier les fonctions municipales. Ainsi, « chaque ville conserve encore quelques lambeaux de son ancienne constitution et a des usages propres. Il n'y a pas deux villes de France où tout se ressemble absolument »⁶⁸.

L'hétérogénéité des situations des communes à la fin de l'Ancien régime est le symbole de la société de privilèges à laquelle la Révolution de 1789 entend mettre un terme : « à la fin de la monarchie, il est impossible de tracer un tableau exact de la situation des communes. Le droit propre a disparu de partout ; tout est concédé et tout est devenu privilèges (...). Le désordre administratif, financier, religieux même est partout, et partout les aspirations philosophiques, les tendances économiques, les raisonnements juridiques secouent cette organisation multiple et enchevêtrée »⁶⁹. Les contrats de la société féodale puis les charges concédées par le pouvoir royal sont précisément considérés comme manifestation de l'arbitraire⁷⁰ et assurément contraires au principe d'égalité républicaine affirmé solennellement par la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen⁷¹. C'est la raison pour laquelle l'Assemblée nationale décide de régler l'organisation départementale de la France, précédée de quelques jours par l'organisation municipale⁷² qui prévoit « une municipalité dans chaque ville, bourg,

⁶⁷ P. Bodineau et M. Verpeaux, *Histoire de la décentralisation*, op.cit, p. 17

⁶⁸ A. de Tocqueville, *L'Ancien Régime et la Révolution*, Gallimard 1967, p. 112

⁶⁹ L. Béquet, *Traité de la commune*, op. cit, p. 7

⁷⁰ « Le 4 août 1789, dans un élan d'enthousiasme qui ferait à lui seul sa gloire, l'Assemblée nationale abolit le régime féodal. Les communes issues, comme tous les corps privilégiés, de ce régime, étaient encore, comme eux, tout imprégnées de féodalité » L. Béquet, *Traité de la commune*, op. cit, p. 7

⁷¹ « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune », article 1^{er} de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789

⁷² Loi du 14 décembre 1789 sur l'organisation municipale ; Loi du 22 décembre 1789 – 6 janvier 1790 sur l'organisation générale (départementale)

paroisse ou communauté de campagne ». Ceci « allait dans le sens de l'abolition des privilèges, les regroupements traditionnels d'habitants se trouvant désormais régis par le droit communal applicable à tous »⁷³. Ainsi, « la Révolution française ne fut pas seulement politique, elle faut aussi, et peut être même plus, administrative »⁷⁴ : elle permet d'accomplir le passage d'une organisation hétérogène dont le symbole est le contrat passage vers une société organisée sous un statut commun des communes, seul garant de la fraternité et de l'égalité républicaine. C'est donc au moment de la Révolution française que l'organisation administrative française se construit résolument dans la négation du contrat et l'affirmation de l'acte unilatéral.

§ 2 : L'affirmation de la puissance de l'Etat unitaire par la négation du contrat

Si le passage du « contrat » à l'unilatéral apparaît historiquement comme la marque de la construction de l'Etat moderne en France, la mise en œuvre d'un statut unique applicable à l'ensemble des collectivités résulte réellement de la Révolution française et de sa vision jacobine de l'organisation administrative. Les relations Etat-collectivités territoriales « modernes », résultent de cette conception qui fait primer l'instrument unilatéral sur le contrat en affirmant le pouvoir de commandement de l'Etat central. C'est la raison pour laquelle la technique contractuelle entre l'Etat et les collectivités territoriales soulève toujours un grand nombre d'inquiétudes dans la mesure où certains y voient une perte de substance et donc de souveraineté de l'Etat.

De la Révolution française résulte une conception fortement centralisatrice de l'Etat dont il reste des traces profondes dans l'histoire des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales. En premier lieu, la mise en place d'une uniformité de traitement des collectivités territoriales reste en majeure partie un dogme de l'Etat unitaire dont la remise en cause par la technique contractuelle n'est pas sans soulever un certain nombre d'oppositions (A). De fait, la Révolution française s'est traduite par un net recul du rôle des collectivités territoriales dans l'organisation administrative ; la

⁷³ B. Faure, *Droit des collectivités territoriales*, Dalloz 2009, p. 323, n° 420

consécration du statut au détriment du contrat y est pour beaucoup. Ainsi, en second lieu, cette situation a pesé lourdement dans la difficile reconnaissance aux collectivités territoriales de la personnalité morale et donc de la capacité contractuelle (B).

A. L'uniformité de traitement comme dogme de l'Etat unitaire

Les oppositions au développement de la technique contractuelle entre l'Etat et les collectivités territoriales résultent essentiellement du poids de l'histoire et des présupposés négatifs véhiculés par l'idée de contrat qui apparaît comme étant un risque pour l'Etat unitaire centralisateur. Cette situation se comprend aisément par une vision des collectivités territoriales par l'Etat qui découle de sa construction et surtout de la Révolution française puis du Premier Empire et son prisme éminemment jacobin.

Ainsi, les relations entre l'Etat et les collectivités territoriales sont conçues d'un point de vue unilatéral et uniforme, seul garant du dogme de l'Etat unitaire et centralisateur.

Dès lors, le développement de la technique contractuelle entre l'Etat et les collectivités territoriales apparaît de prime abord en contradiction avec la structure centralisatrice et unitaire de l'Etat français dont la marque demeure le passage du « contrat » au « statut » (1). Un autre dogme hérité de la Révolution française est également atteint par l'essor de la technique contractuelle: l'affirmation de l'unité de l'Etat par l'uniformité juridique de traitement des collectivités territoriales considérée comme seule garante de l'égalité républicaine (2).

1. La marque de l'Etat unitaire par le passage du « contrat » au « statut »

Les lois du 14 décembre et 22 décembre 1789 ne se limitent pas à un découpage administratif de la France et vont prévoir l'organisation matérielle des « nouvelles » circonscriptions. Le principe de l'élection est définitivement adopté pour les trois niveaux de collectivités (département, district, communes) qui sont organisées de

⁷⁴ P. Bodineau et M. Verpeaux, *op.cit.*, p. 24

manière uniforme afin de garantir l'égalité. Ces premières velléités décentralisatrices ne durent que jusqu'à la Convention avec un retour marqué du centralisme qui s'affirme pleinement sous le Directoire et s'ancre de manière durable avec l'ère Napoléonienne. Ainsi, « durant la période impériale, la législation administrative tendit de plus en plus à réaliser la centralisation qui était l'objectif du système gouvernemental à l'intérieur »⁷⁵.

La loi du 28 pluviôse an VIII, si elle prévoit « un conseil municipal dans chaque ville, bourg ou autre lieu pour lequel il existe un agent municipal et un adjoint » place les communes sous le contrôle d'un agent unique de l'Etat, le préfet censé – selon la formule célèbre – faire « le bonheur des français ». Le maire est nommé par le pouvoir exécutif dans les communes de plus de 5000 habitants et par le préfet pour les autres. Ce système est conservé sous la Restauration jusqu'à la rupture de la monarchie de Juillet.

La Charte de 1830⁷⁶ revient sur cette organisation en prévoyant le retour à l'élection : « il sera pourvu dans le plus court délai possible à des institutions départementales et municipales fondées sur un système électif ». Ce sera chose faite en 1831 et en 1833⁷⁷, même si les maires demeurent nommés.

A une époque de « lent et difficile épanouissement de la démocratie locale »⁷⁸ inévitablement affectée par l'affirmation de l'autorité du pouvoir central, le contrat ne trouve plus sa place, chargé de trop de préjugés, et considéré comme vecteur d'inégalité et surtout d'insécurité juridique tant pour l'Etat (dilution de l'autorité étatique) que pour les collectivités territoriales (arbitraire royal et inégalités de statut). Le contrat n'apparaît ainsi plus comme l'outil d'organisation des rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales, en tout cas pas comme un *bon* outil. Ainsi, le statut représenté par la loi a définitivement pris le pas sur le contrat.

Le « statut » est dès lors paré de toutes les vertus : il est considéré comme la seule garantie de l'égalité dans la décentralisation. S'il est potentiellement vecteur d'égalité et d'uniformisation des rapports, il n'en présente pas moins certaines rigidités et certaines

⁷⁵ L. Béquet, *op. cit.*, p. 25

⁷⁶ Charte constitutionnelle du 14-15 août 1830, art. 69

⁷⁷ Loi du 23 mars 1831 prévoyant l'élection des conseillers municipaux pour 6 ans ; Loi du 22 juin 1833 établissant l'élection de conseillers généraux pour neuf ans avec renouvellement par tiers tous les trois ans

pesanteurs qui vont progressivement apparaître à l'occasion de la mise en place de la décentralisation « républicaine » à la fin du XIXe siècle.

L'égalitarisme qui résulte de la mise en place de ce « statut » est assurément teinté de jacobinisme. Il n'en demeure pas moins que les principes du « statut » ont influencé et influencent encore la conception de la décentralisation administrative française.

Il n'en demeure pas moins que ce passage du « contrat » au « statut » marque du sceau de l'idéologie égalitaire les relations Etat-collectivités territoriales. En conséquence, seule l'uniformité juridique de la loi permet de mettre en œuvre le principe d'égalité tout en affirmant, par la même occasion, l'autorité de l'Etat. Ce dernier étant souverain sur l'ensemble de son territoire.

2. L'affirmation de la souveraineté de l'Etat unitaire se fait par l'uniformité juridique appliquée aux collectivités territoriales

Le passage du « contrat » au « statut » est une caractéristique essentielle de l'Etat unitaire dans la mesure où elle permet d'affirmer « avec la plus grande énergie les sages principes, trop souvent battus en brèche, de tutelle et de subordination »⁷⁹. A cet égard, il convient de s'arrêter sur la définition de la commune donnée par M. Béquet dans son *Traité de la Commune*. La commune est ainsi définie comme « une personne morale formée de l'agrégation des habitants de la circonscription élémentaire du territoire de la République délimitée par la loi, et que la loi constitue tout à la fois comme organe de l'administration générale de l'Etat et comme gérante de ses intérêts privés, sous des conditions et des contrôles déterminés »⁸⁰.

Il est ainsi possible de dégager une vision républicaine de la collectivité territoriale autour de la définition de la Commune par M. Béquet. La circonstance que la collectivité ait des intérêts propres est parfaitement secondaire par rapport au fait que celle-ci soit d'abord une composante de l'organisation administrative de l'Etat central.

⁷⁸ M. Verpeaux, *Droit des collectivités territoriales*, coll. PUF Major 2008, 2^e éd, p. 9

⁷⁹ L. Béquet, *Traité de la Commune*, op. cit., p. 10, n° 46

⁸⁰ L. Béquet, *préc.*, p. 37, n° 254

De plus, la référence à la loi comme vecteur d'unité nationale reste un dogme de l'Etat central républicain qui demeure jusqu'à aujourd'hui.

Du rôle central de la loi dans la détermination de la décentralisation territoriale – qui demeure dans la Constitution du 4 octobre 1958 – découle une vision uniforme du droit des collectivités territoriales qui permettrait de dégager l'équation suivante : une loi = un statut commun pour les collectivités = égalité des collectivités entre elles. Cette vision des choses relève davantage du dogme politique que de la réalité juridique.

Tout d'abord, le désordre normatif touche en premier lieu le domaine législatif et plus particulièrement le droit applicable aux collectivités territoriales qui fait l'objet de réformes trop fréquentes qui ne permettent ni de stabiliser les relations Etat-collectivités territoriales ni de servir les intérêts des collectivités territoriales car « rien n'empêche le législateur, libre de ses choix, de mettre sa réforme décentralisatrice au service d'autres objectifs que l'intérêt du pouvoir local »⁸¹.

Ensuite, l'uniformité de traitement « garantie » par la loi n'est pas nécessairement vecteur d'égalité ou, pour être plus précis, vecteur d'équité entre collectivités territoriales. Ainsi, l'uniformité de la loi se rattacherait « au principe d'égalité et, en exécution, aucune collectivité ne pourra distinguer là où la loi ne distingue pas. Les besoins de chacun devront être satisfaits de la même manière sur l'ensemble du territoire ». Or, il est légitime de s'interroger : « Pourquoi faudrait-il que le niveau du Revenu de solidarité active soit le même dans le département du Gers et à Paris où les conditions matérielles d'existence sont sans comparaison ? Sans doute cette exigence d'uniformité reste minoritaire dans ses applications (organisation et compétences des collectivités d'une même catégorie, liberté et aide sociale, fonction publique), mais elle inclut des éléments de rigidité en négation des ressorts même du droit de la décentralisation »⁸².

L'idée selon laquelle la loi étant commune à une catégorie de collectivités et donc uniforme permet d'assurer l'égalité entre collectivités territoriales de même rang s'ancre

⁸¹ B. Faure, *op.cit.*, p. 504, n° 648

⁸² B. Faure, *op.cit.*, p. 506-507, n° 650

profondément dans l'histoire des relations Etat-collectivités territoriales et continue toujours d'influencer l'élaboration du droit des collectivités territoriales. Dès lors, « la notion d'égalité juridique – par opposition à égalité de fait – appelle ainsi à un examen particulier lorsque le droit des collectivités territoriales est en cause : elle y œuvre à contre-culture, la décentralisation ne peut la tenir en échec en allant à l'encontre du réflexe le plus certain dans la société actuelle commandant que les besoins de chacun soient satisfaits de la même manière sur l'ensemble du territoire. Et l'égalité face à la règle ne saurait être écartée par des inégalités dans l'application de la règle »⁸³.

Le développement, aujourd'hui, d'un mouvement de contractualisation territoriale aboutit à battre en brèche le dogme de l'égalitarisme lié au « statut » qui demeure toujours opposé à l'idée de « contrat », inhérente à la contractualisation. Dès lors, il est possible de comprendre pourquoi la contractualisation territoriale reçoit autant de critiques, tant doctrinales que politiques.

En effet : la conception des relations Etat-collectivités territoriales articulée autour de la loi, vectrice d'égalité ne va pas sans heurt avec la technique contractuelle. Néanmoins, il s'agit d'abord d'un dogme qui ne trouve qu'une traduction juridique limitée dans le droit contemporain des collectivités territoriales. S'inscrivant a contrario de cette vision des relations Etat-collectivités territoriales, la technique contractuelle connaît des difficultés pour entrer dans les mœurs du législateur. Derrière l'uniformité du statut, il faut également considérer une volonté politique de considérer les collectivités comme *mineures*. Cette volonté est très profondément marquée tant politiquement que juridiquement au XIXe siècle. Ainsi, les collectivités territoriales peinent à se voir reconnaître la personnalité juridique, une capacité contractuelle et donc la faculté de faire valoir leurs propres intérêts face à l'omnipotence de l'Etat central.

⁸³ B. Faure, *Une théorie de l'uniformité de la loi et ses effets sur le droit des collectivités territoriales* in *Mélanges Jean-François Lachaume : Le droit administratif, permanences et convergences*, Dalloz 2007, p. 503

B. La négation de la capacité contractuelle aux collectivités territoriales

L'affirmation de l'Etat unitaire qui intervient à la faveur de la Révolution française et de l'Empire fixe un cadre rigide des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales. Ce n'est qu'à la faveur des grandes lois de la IIIe République que ce cadre va évoluer, quand bien même les principes qui ont été fixés auparavant demeureront.

La période qui va du Premier Empire à la Troisième République est intéressante dans la mesure où elle montre la conquête par les collectivités territoriales de leur identité moderne, à commencer par la reconnaissance de la personnalité morale, qui va de pair avec la reconnaissance de la capacité contractuelle et donc de la poursuite d'intérêts propres (1). Il s'agit là d'un préalable indispensable à l'utilisation du contrat par les collectivités territoriales, quand bien même l'usage du contrat demeure circonscrit à la satisfaction de leurs besoins (2).

1. Une difficile reconnaissance de la personnalité juridique aux collectivités territoriales

La question de l'existence d'une personnalité morale au profit des communes et des départements n'est pas nettement tranchée par la Révolution : il faut attendre 1837 et 1838⁸⁴ pour voir conférer explicitement à la commune puis au département la personnalité morale. La reconnaissance de la personnalité morale est d'une importance considérable : elle permet de souligner que « la personnalité ainsi créée n'est pas une pure fiction. Elle a un substratum solide, le groupe humain établi sur le territoire, groupe qui a des intérêts collectifs et permanents, distincts de ceux de l'Etat. Aussi pourra-t-elle produire des effets sérieux. Ce groupe aura un patrimoine réellement distinct de celui de l'Etat, et non pas seulement séparé de lui par un artifice juridique »⁸⁵.

⁸⁴ Loi du 18 juillet 1837 ; Loi du 10 mai 1838

⁸⁵ L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, op.cit., p. 303, n° 117

La reconnaissance de la personnalité morale – et donc de la capacité contractuelle des collectivités territoriales – permet de reconnaître aux collectivités des intérêts et une volonté propres, c'est-à-dire distincts de l'Etat central ; ce que la Révolution puis l'Empire avaient tenté d'éradiquer. Il s'agit là d'un préalable à la reconnaissance ultérieure de compétences propres et de la notion d'affaire locale.

En effet : la situation des collectivités territoriales évolue profondément avec les lois du 10 août 1871 et 5 avril 1884, relatives respectivement aux attributions des départements et des communes qui inaugurent la « clause générale de compétence » au profit des collectivités territoriales. Ces deux lois viennent également organiser « de manière détaillée le recours aux procédures contractuelles par ces collectivités. Fortes de leur autonomie, celles-ci se sont mises, au même titre que l'Etat, à passer tout une variété de contrats : marchés de fournitures ou de travaux, occupation du domaine public et convention de gestions des biens, concessions et délégations de service public, etc. »⁸⁶. L'utilisation du contrat est exclue dans les rapports que la collectivité peut entretenir avec l'Etat ; ces derniers demeurant la prérogative exclusive de la tutelle administrative qui s'exerce par la voie unilatérale. Le contrat semble donc uniquement voué à satisfaire les besoins de la collectivité en fournitures ou matériaux divers, principalement auprès de personnes privées.

2. L'usage limité du contrat aux besoins des collectivités territoriales

Tout au long du XIXe siècle, l'utilisation du contrat par les collectivités territoriales concerne principalement les relations entre celles-ci et des personnes privées. Les relations Etat-collectivités territoriales restent fondamentalement marquées par la relation d'autorité qu'est la tutelle administrative. Le contrat n'est en principe employé que pour contracter avec une personne privée même s'il peut arriver, dans certains rares cas, que l'Etat contracte avec une collectivité locale.

Il faut citer « notamment les conventions conclues entre les communes et l'Etat pour le fonctionnement d'écoles maternelles. Il s'agissait aussi de contrats de bail par lesquels

⁸⁶ Conseil d'Etat, *Rapport public pour 2008*, op. cit, p. 18

les communes mettaient un immeuble à disposition de l'Etat. Etait également très répandue la pratique du contrat d'offre de concours : pour inciter l'Etat à installer un service public sur son territoire, une collectivité locale s'engageait à participer au financement du service. C'est, par exemple, de cette manière qu'ont été mis en place les premiers réseaux téléphoniques financés par offres de concours des départements »⁸⁷. C'est également le cas des « conventions de prestations de services »⁸⁸, conventions de « concours technique » ou encore « collaboration technique » par lesquelles les collectivités territoriales sollicitent de l'Etat son expertise et surtout l'assistance de ses grands corps : Ponts-et-Chaussées notamment. Il s'agit là d'« un droit qui a du mal à s'avouer contractuel. L'ancienne tutelle « technique » exercée par les services étatiques y est sans doute pour quelque chose. Les textes laissent très rarement échapper les termes « contrat » ou « convention » alors que les mécanismes sont bien évidemment contractuels »⁸⁹. L'assistance de l'Etat se concrétise le plus souvent par des contrats de maîtrise d'œuvre⁹⁰ mais peut aussi « porter soit sur des prestations spécifiques (la conduite d'opération, la gestion de services), soit sur un ensemble de prestations relativement plus disparates mais dont certaines se rattachent à la maîtrise d'œuvre, compétence technique majeure des services sollicités »⁹¹. Cette assistance technique est toujours prévue par les textes en vigueur⁹² mais reste fortement marquée par l'emprise des services techniques de l'Etat.

Le XIXe et le XXe siècle sont, en matière de contrats administratifs, marqués par l'essor de la concession, principalement entre une personne publique et une personne privée : les transports en général et les chemins de fer en particulier ou encore le gaz en sont des applications bien connues. Néanmoins, ainsi que le relève M. Pontier, « la possibilité a toujours été prévue que le concessionnaire puisse être, lorsque le concédant était l'Etat, une collectivité locale »⁹³. Ainsi, cet auteur cite la loi n° 55-435 du 18 avril 1955

⁸⁷ L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ 2008, p. 51, n° 65

⁸⁸ F. Moderne, *Les conventions de prestations de service entre l'Etat et les collectivités territoriales*, EFE 1996

⁸⁹ F. Moderne, *op.cit.*, p. 2

⁹⁰ V. ainsi : Loi n° 48-1530 du 29 septembre 1948 réglementant l'intervention des fonctionnaires des Ponts et chaussées dans les affaires intéressant les collectivités locales et divers organismes ; Loi n° 55-985 du 26 juillet 1953 réglementant l'intervention des fonctionnaires du génie rural dans les affaires intéressant les collectivités locales et divers organismes

⁹¹ F. Moderne, *op.cit.*, p. 49

⁹² Loi n° 83-8 du janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat, modifiée, art 12 : « Les services de l'Etat, des régions et des départements peuvent, dans les conditions prévues par le code des marchés publics, apporter leur concours technique aux communes, à leurs établissements publics et aux établissements publics de coopération intercommunale ainsi qu'aux établissements publics associant exclusivement des collectivités territoriales et des établissements publics de coopération intercommunale pour l'exercice de leurs compétences ».

⁹³ J-M. Pontier, *L'Etat et les collectivités locales*, LGDJ 1978, p. 550

relative à la construction des autoroutes qui prévoit dans son article 4 la possibilité pour l'Etat de confier la construction et l'exploitation d'une autoroute à une collectivité locale.

Au cours de cette période, un changement d'état d'esprit s'opère. Lors de la discussion du projet constitutionnel du 19 avril 1946, les articles 116 et 117 dudit projet évoquent un accroissement certain de l'autonomie des collectivités territoriales et la substitution du « contrôle administratif » à la tutelle, ce qui sera assuré par les articles 87 et 88 de la Constitution du 27 octobre 1946⁹⁴. Ces principes seront repris par la Constitution du 4 octobre 1958. L'ordonnance du 5 janvier 1959⁹⁵ et la loi du 31 décembre 1970⁹⁶ ont également pour but d'alléger la tutelle administrative opérée sur les départements et les communes. Pour autant, la technique contractuelle entre l'Etat et les collectivités territoriales n'a pas débuté en 1982. Si elle connaît un engouement et un essor à cette période, c'est parce que le mécanisme contractuel fait déjà l'objet de développements auxquels l'Etat n'est pas étranger. C'est dans la mesure où la technique contractuelle apparaît comme une autre forme d'expression du pouvoir de commandement de l'Etat, non plus fondée sur un mode unilatéral mais consensuel, que la formule contractuelle se développe à la faveur de la planification étatique puis de la décentralisation territoriale.

Section 2 : L'utilisation de la technique contractuelle comme n o uvel instrument de commandement

L'essor de la technique contractuelle dans le champ des relations Etat-collectivités territoriales peut être rattaché au rapport Nora⁹⁷, bien que celui-ci ne vise principalement que les rapports entre l'Etat et ses entreprises publiques. Il s'agit néanmoins d'un changement profond de philosophie de l'action publique dans la mesure où le rapport Nora prône une technique contractuelle quasi-systématique entre personnes

⁹⁴ « Les collectivités territoriales s'administrent librement par des conseils élus au suffrage universel. L'exécution des décisions de ces conseils est assurée par leur maire ou leur président » (art. 87) ; « La coordination de l'activité des fonctionnaires de l'État, la représentation des intérêts nationaux et le contrôle administratif des collectivités territoriales sont assurés, dans le cadre départemental, par les délégués du gouvernement, désignés en Conseil des ministres » (art. 88)

⁹⁵ Ordonnance n° 59-32 du 5 janvier 1959 portant allègement du contrôle administratif sur les départements et simplification de l'administration départementale, JORF du 6 janvier 1959, p. 315

⁹⁶ Loi n° 70-1297 du 31 décembre 1970 sur la gestion municipale et les libertés communales, JORF du 1^{er} janvier 1971, p. 3

⁹⁷ S. Nora, *Rapport sur les entreprises publiques*, La documentation française 1968

publiques comme instrument d'une bonne gestion ou, pour employer un anglicisme répandu, de bonne logique managériale.

Dès lors, « la technique contractuelle apparaît comme telle emblématique de ces nouvelles techniques de « gouvernance » qui sont appelées à prendre le relais des anciennes méthodes de « gouvernement », de type unilatéral et contraignant »⁹⁸. Le changement qui touche les entreprises publiques va également affecter l'ensemble des relations entre personnes publiques. Cette évolution est aujourd'hui pleinement ancrée dans les mœurs du droit public, à telle enseigne qu'il existe des personnes morales de droit public conventionnelles, à l'instar des groupements d'intérêt public.

Cette évolution traduit le passage d'une norme au contenu imposé par la voie unilatérale vers une norme davantage « négociée » à la fois par l'Etat mais également par le destinataire de la norme. Ainsi, « l'ascension du contrat comme mode de production de normes et comme procédé d'action publique constitue l'un des traits les plus remarquables des dernières décennies »⁹⁹. Ces idées font rapidement leur chemin, ainsi qu'en témoigne l'ouvrage de M. Paul Bernard, publié en 1969 qui prône « le dialogue » comme « la nouvelle règle du jeu local mise en œuvre par de nombreuses formules de collaboration qui se situent à l'opposé des procédés juridiques classiques ». Ainsi, « la conception moderne de la tutelle exige que l'autorité de contrôle représentant l'Etat rencontre des partenaires majeurs ayant la taille suffisante pour soutenir un dialogue équilibré »¹⁰⁰.

Pour autant, le but et la structure de l'Etat demeurant inchangés, la technique contractuelle est avant tout envisagée comme une nouvelle manière d'édicter une norme juridique : l'apparence consensuelle de l'opération ne doit pas occulter l'objectif final qu'est l'édition d'une norme par l'Etat.

⁹⁸ J. Chevallier, *L'Etat post-moderne*, LGDJ 2008, 3^e éd., p.140

⁹⁹ J-M Sauvé, avant-propos in Conseil d'Etat, Rapport public pour 2008 : *Le contrat mode d'action publique et de productions de normes*, La documentation française 2008, p. 7

¹⁰⁰ P. Bernard, *Le grand tournant des communes de France*, coll. U série « Science administrative », Armand Colin 1969, p. 242

Dans son article consacré à *La technique contractuelle comme technique de gestion des affaires publiques*¹⁰¹, M. Richer distingue trois étapes à cette technique contractuelle.

La première de cette étape est celle du recours au contrat dans le cadre de la planification avec « l'apparition des quasi-contrats du IV^e Plan (1962-1965), des « conventions de plan » du Ve Plan (1966-1970) et de la pérennisation des contrats de plan opérée par la loi du 29 juillet 1982 sur la planification ». La seconde phase est celle de « l'administration territoriale » où « les lois du 22 mars 1982 et 7 janvier 1983 conduisent à développer les conventions de mise à disposition des services ainsi que la coopération contractuelle entre collectivités locales », sans oublier « la loi du 13 juillet 1991 [qui] institue les contrats de ville ». La troisième et dernière période qui s'ouvre depuis le début des années 1992 « semble devenir l'époque du tout contractuel. Les domaines qui privilégiaient le recours au contrat dans les époques antérieures se maintiennent mais le contrat s'introduit presque dans tous les domaines »¹⁰².

Les étapes décrites par M. Richer correspondent, *mutatis mutandis* au développement moderne de la technique contractuelle entre l'Etat et les collectivités territoriales. Le premier champ d'expansion de la technique contractuelle comme nouvel instrument de commandement est la planification étatique (§ 1). Le succès de cette dernière permettra de donner ses lettres de créances au processus contractuel qui se verra généralisé lors des grandes réformes décentralisatrices (§ 2), à telle enseigne que la technique contractuelle devient aujourd'hui l'instrument incontournable de toute réforme décentralisatrice.

§ 1 : La technique contractuelle comme instrument de la planification étatique

Le développement moderne de la technique contractuelle entre l'Etat et les collectivités territoriales se rattache à la planification étatique. Il s'agit là d'une première étape dans la mesure où les politiques qui sont contractualisées sont avant tout des politiques nationales dont le premier bénéficiaire est donc, logiquement, l'Etat.

¹⁰¹ L. Richer, *La technique contractuelle comme technique de gestion des affaires publiques*, AJDA 2003, p. 973

C'est donc dans l'intérêt national – et non local – que la technique contractuelle est envisagée. Elle n'apparaît ainsi que comme une manière d'être différente de l'Etat et non comme un mode de pensée différent des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales. En effet : la place et le rôle de ces dernières n'est pas modifié par l'intervention de cette première phase de technique contractuelle entre l'Etat et les collectivités territoriales qui a avant tout pour objectif de mettre en œuvre la politique nationale définie par le plan de la Nation. Il n'y a donc pas de remise en cause du prisme centralisateur qui envisage les relations Etat-collectivités territoriales d'un point de vue strictement vertical.

Toutefois, les enseignements tirés de cette première phase de technique contractuelle marquent les esprits et va permettre son développement ultérieur dans la mesure où elle conduit à associer davantage les collectivités territoriales aux politiques publiques, ce qui permet d'en faire des acteurs à part entière. Cette première phase de technique contractuelle permet de souligner le rôle des collectivités territoriales et prépare les réformes décentralisatrices qui suivront.

Il n'en demeure pas moins que cette première période de technique contractuelle reste limitée à un certain nombre de grands secteurs marqués par un important dirigisme étatique. Deux grands domaines apparaissent comme emblématiques de « ce changement dans la nature des relations entre l'Etat et les collectivités locales »¹⁰³ : la planification économique avec la mise en œuvre du plan de l'Etat (A) mais également l'aménagement du territoire (B), deux domaines extrêmement liés.

A. Le déclenchement initial de la technique contractuelle entre l'Etat et les collectivités territoriales par le « plan de l'Etat »

La mise en œuvre du plan de l'Etat au niveau local peut être considérée comme le point de départ de la technique contractuelle contemporaine entre l'Etat et les collectivités territoriales. L'outil contractuel devient le moyen de mise en œuvre de la politique

¹⁰² L. Richer, *op.cit.*, p. 973

nationale au niveau local. Il s'agit toutefois d'un outil de commandement utilisé avec profit par l'Etat.

Dès lors, la technique contractuelle apparaît avant tout comme l'outil de l'Etat planificateur (1) avant d'être un instrument bilatéral qui serve l'intérêt des collectivités territoriales. Néanmoins, la mise en œuvre de ces premiers contrats de plan permet d'émanciper les collectivités territoriales qui sont considérées comme des acteurs à part entière dans la mise en œuvre des politiques publiques. Cette première phase de planification permet ainsi de mettre en exergue l'intérêt économique des collectivités territoriales (2).

1. La technique contractuelle entre l'Etat et les collectivités territoriales vécue comme l'outil de « l'Etat-planificateur »

Si la planification naît en 1946¹⁰⁴, c'est à partir du Ve Plan (1966-1970) que se développe peu à peu le recours au contrat entre l'Etat et les collectivités territoriales, avec la régionalisation du plan national. L'Etat était tout d'abord intervenu par la voie unilatérale en instituant dès 1955¹⁰⁵ des programmes d'action régionale complétés par la loi du 7 août 1957¹⁰⁶ et finalement fondus en 1958¹⁰⁷ dans des plans régionaux de développement économique et social et d'aménagement du territoire. Les programmes de modernisation et d'équipement (PME) mis en place par la loi du 7 août 1957 précitée, constituent l'embryon de base des futurs mécanismes contractuels qui vont être mis en place. Ces PME ont pour objectif, à l'échelle d'« une agglomération donnée de rassembler les programmes des diverses administrations, convenablement harmonisés et étudiés dans une perspective commune sur le devenir de l'agglomération, et de soumettre ce plan dans son ensemble, à l'approbation simultanée des organismes centraux susceptibles d'apporter un financement »¹⁰⁸.

¹⁰³ J-M Pontier, *op.cit.*, p. 554

¹⁰⁴ Décret n°46-2 du 3 janvier 1946 portant création à la présidence du gouvernement d'un conseil du plan de modernisation et d'équipement et fixant les attributions du commissaire général du plan.

¹⁰⁵ Décret n°55-873 du 30 juin 1955 établissement de programmes d'action régionale

¹⁰⁶ Loi n°57-908 du 7 août 1957 tendant à favoriser la construction de logements et les équipements collectifs

¹⁰⁷ Décret n°58-1459 du 31 décembre 1958 établissement de plans régionaux de développement économique et social et d'aménagement du territoire.

Cette première ébauche soulève déjà un certain nombre de questions, ainsi que le relève M. Bernard : « l'appréciation d'une telle procédure implique que soient soulignés également son intérêt et ses limites. Pour que ce cadre de prévision débouche sur l'action, un double engagement est nécessaire. Tout d'abord, un engagement financier est nécessaire (...). L'approbation par le comité spécialisé du F.D.E.S [Fonds de développement économique et social créé en 1955 en remplacement du Fonds de modernisation et d'équipement mis en place en 1949 pour la reconstruction] ne vaut pas engagement juridique de la part des ministères et des établissements publics prêteurs, que le financement sera effectivement assuré quelque soit la conjoncture. (...) Enfin il paraît opportun d'organiser un *engagement politique* de la collectivité urbaine sur ce programme qui détermine son devenir. (...) Ces remarques soulèvent le problème (...) de la concertation entre l'Etat qui par ses organes centraux et par l'autorité préfectorale, reste maître de l'élaboration des PME et les collectivités urbaines intéressées »¹⁰⁹.

D'ores et déjà, si la technique contractuelle apparaît comme la réponse la plus évidente au besoin évoqué de concertation entre l'Etat et les collectivités territoriales, les premières difficultés évoquées à propos des P.M.E ne se sont toujours pas dissipées à l'heure actuelle. Ainsi, demeurent en suspens tant l'effectivité des engagements financiers de l'Etat vis-à-vis des collectivités ou de la collectivité contractante que la réalité juridique de l'engagement ainsi souscrit.

C'est avec le VI^e Plan qu'est institué le premier mécanisme de technique contractuelle avec les premiers contrats de plan¹¹⁰ « contrats pluriannuels qui peuvent être conclus par l'Etat avec les communautés urbaines, pour une période maximum de trois ans, pour la mise en œuvre du programme de modernisation et d'équipement de l'agglomération (P.M.E)¹¹¹ [...] ; ainsi à travers le P.M.E., les contrats de plan peuvent être considérés comme des procédés contractuels d'exécution du Plan dans les communautés urbaines. Les engagements qui y figurent concernent d'une part les aides financières de l'Etat, d'autre part les obligations de prévision, de programmation et réalisation de la

¹⁰⁸ Circulaire de juin 1959, citée par P. Bernard, *Le grand tournant des communes de France*, op. cit, p. 262

¹⁰⁹ P. Bernard, *Le grand tournant des communes de France*, op. cit, pp. 262-263

¹¹⁰ Décret n° 70-1221 du 23 décembre 1970 relatif aux contrats de plan

¹¹¹ V. Y Pimont, *Les contrats de plan*, Rev. Sc. Fin. 1971, p. 697 ; J.P Dupont, *L'expérience des contrats de plan*. Bull. Inst. Int.adm. publ. 1973, p. 161 ; A. Heymann, *La fonction des techniques juridiques : le cas de l'aménagement du territoire*, id. p. 623

collectivité concernée »¹¹². Pour ce qui concerne ces contrats de plan, il faut y voir un véritable contrat d'adhésion dans la mesure où est annexé au décret un « contrat-type » dont les stipulations sont précisément rédigées, ne laissant ainsi quasiment aucune marge de manœuvre à la communauté urbaine contractante. De plus, il s'agit d'un contrat d'investissements dans lequel une personne privée va intervenir pour mettre en place les infrastructures : le contenu de ce contrat est précisément fixé par le contrat de plan même si celui-ci prévoit la possibilité d'en réviser les stipulations tous les deux ans. Il apparaît ainsi que ce premier instrument « contractuel » reste totalement entre les mains de l'Etat qui en demeure le maître.

Le mérite de ces premiers contrats est de mettre en exergue une dimension économique du local, quand bien même ils concernent essentiellement les régions qui ne sont pas, à l'époque, des collectivités territoriales décentralisées. Même si les régions restent d'abord subordonnées à l'initiative étatique et au plan de la Nation, il n'en demeure pas moins que ces premiers contrats mettent en évidence l'importance du maillage économique entre l'Etat et le local et montrent l'importance d'une intégration économique de celui-ci.

2. Les prémisses de l'intégration économique des collectivités territoriales

Le développement des premiers contrats de plan entre l'Etat et les collectivités territoriales, avant la loi du 29 juillet 1982 témoigne de la volonté de l'Etat d'intégrer celles-ci dans la mise en œuvre de la politique économique de la Nation. Cela faisant, il leur reconnaît un rôle économique important dans la mesure où les collectivités territoriales vont être identifiées comme autant de sources potentielles de financement et donc de relais économiques efficaces pour l'Etat. Il faut en tirer plusieurs séries de conséquences, positives et négatives.

Négativement, tout d'abord, car la technique contractuelle apparaît déjà comme un subterfuge efficace de la part de l'Etat afin de faire financer en partie des politiques

¹¹² A. de Laubadère, *Droit public économique*, Dalloz 1979, 3^e éd., p. 363

relevant de sa compétence par les collectivités territoriales : cette tentation n'a toujours pas disparu aujourd'hui et il s'agit d'un grief toujours formulé au sein des différents rapports parlementaires relatifs aux contrats de plans, devenus aujourd'hui contrats de projets. Cette attitude permet de rappeler le fait que « la décentralisation s'accomplit dans le cadre d'un Etat qui n'a jamais cessé de se vouloir unitaire »¹¹³ : lorsque l'intérêt de l'Etat est en jeu, les collectivités territoriales sont considérées par lui comme autant de relais de sa politique, que ce soit d'un point de vue juridique ou encore financier.

Positivement, ensuite, dans la mesure où l'Etat reconnaît aux collectivités territoriales un rôle économique même si celui-ci reste primitivement associé aux politiques étatiques. Il n'en demeure pas moins que le potentiel économique des collectivités territoriales va être progressivement intégré à l'élaboration des politiques nationales. L'expression de ce potentiel économique est depuis longtemps effective au niveau local depuis l'ouverture réalisée par la jurisprudence relative au socialisme municipal¹¹⁴. Dans un premier temps, le potentiel économique des collectivités territoriales apparaît comme la participation locale au financement des missions de l'Etat-nation et au maillage de services publics qu'il réalise. Progressivement, les difficultés financières et la disparition de l'Etat-providence vont rendre indispensable les concours financiers des collectivités territoriales, ce qui aboutit à faire de celles-ci de véritables décideurs dans la mesure où leur capacité financière augmente au fur et à mesure des transferts de compétences réalisés par les grandes réformes décentralisatrices.

Si dans un premier temps « le recours au contrat témoigne néanmoins d'un besoin nettement ressenti d'une mise en cohérence entre les objectifs nationaux d'une part, régionaux et locaux de l'autre » il fait apparaître l'impossibilité « de traiter les problèmes du développement économique général sans y intégrer les préoccupations de développement propre à chaque niveau de collectivité. En ce sens, la planification économique ne s'est jamais faite tout à fait à part de l'aménagement du territoire (rénovation urbaine, maintien des services publics, dynamisation des zones rurales »¹¹⁵. En effet, la planification économique est en lien direct avec l'aménagement du territoire

¹¹³ J. Caillosse, *Les « mises en scènes juridiques » de la décentralisation : sur la question du territoire en droit public français*, LGDJ 2009, p. 155

¹¹⁴ CE, Sect. 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, Rec. CE., p. 583

¹¹⁵ B. Faure, *Droit des collectivités territoriales*, op.cit., p. 457, n° 585

qui fût et demeure le champ d'expansion privilégié de la technique contractuelle entre l'Etat et les collectivités territoriales.

B. Le développement de la technique contractuelle entre l'Etat et les collectivités territoriales par l'aménagement du territoire

Il existe ainsi une profonde corrélation entre l'Etat planificateur et l'Etat aménageur : la planification et l'aménagement du territoire sont ainsi deux domaines connexes où la technique contractuelle s'est développée de manière concomitante. Dès lors, l'extension de la technique contractuelle de l'Etat-planificateur à l'Etat-aménageur n'a rien de surprenant (1). Le domaine de l'aménagement du territoire conduit à développer de nouveaux instruments contractuels permettant d'évoquer la création d'un premier partenariat entre l'Etat et les collectivités territoriales (2).

1. L'extension de la technique contractuelle de « l'Etat-planificateur » à « l'Etat-aménageur »

Le développement de la technique contractuelle par l'aménagement du territoire n'est pas chose récente : dès le début de l'année 1969 « la commission nationale à l'aménagement du territoire (CNAT) proposait (...) d'établir des contrats de plan non seulement entre l'Etat et les communautés urbaines mais entre l'Etat et les syndicats intercommunaux »¹¹⁶. Ce développement de la technique contractuelle dans le cadre de l'aménagement du territoire est directement en lien avec la planification économique. Ainsi, « l'emploi du contrat comme moyen de la politique d'aménagement du territoire correspond naturellement à la tendance de générale de l'administration économique vers la « technique contractuelle » (...) »¹¹⁷. Ce développement a ainsi pour objectif « tout à la fois de garantir à la collectivité intéressée une continuité suffisante dans les ressources de subvention et d'emprunt auxquelles elle aura recours et de l'affranchir des autorisations et des contrôles qui parfois paralysent les initiatives locales »¹¹⁸.

¹¹⁶ J-M. Pontier, *op.cit.*, p. 554

¹¹⁷ A. de Laubadère, *Droit public économique*, Dalloz 1979, 3^e éd., p. 381

La pratique des « contrats de plans » fût étendue, au début des années 1970, aux villes moyennes qui « ont été admises à signer avec l'Etat des contrats qui, à la différence des contrats de Plan, ne sont plus nécessairement en liaison avec celui-ci mais qui reposent sur la même idée générale, à savoir l'engagement de réaliser un certain nombre d'opérations d'équipement moyennant une aide financière de l'Etat »¹¹⁹. Ainsi sont nés les « contrats d'aménagement » conclus entre l'Etat et les collectivités locales¹²⁰ pour les villes moyennes puis les contrats de pays¹²¹ pour les zones rurales dont l'objectif était de « promouvoir le développement des entités rurales à l'échelle d'un ou plusieurs cantons afin d'enrayer la désertification des campagnes. L'objectif étant d'enrayer la détérioration de l'équilibre social et économique local en incitant notamment les jeunes à y demeurer parce qu'ils seront à même d'y trouver des emplois, des services publics et privés et une animation sociale et culturelle dont ils sont le plus souvent dépourvus »¹²².

Si le mouvement de technique contractuelle est lancé il n'est pas sans soulever déjà un certains nombres d'interrogations liées à son instrumentalisation par l'Etat, à la nature juridique des contrats ainsi conclus et donc de leur caractère juridiquement sanctionnable. Ainsi, M. Nemery tire-t-il au début des années 1980 les conclusions suivantes relatives à cette première vague de technique contractuelle. En premier lieu, il considère que « les contrats entre l'Etat et les communes n'ont pas toujours été établis sur la base d'un véritable accord de volontés » et en second lieu que « la politique contractuelle se caractérise plus par une remise en cause de la déconcentration que par un renforcement de la décentralisation »¹²³.

Il n'en demeure pas moins que, pour l'Etat unitaire, la technique contractuelle avec les collectivités territoriales n'est plus vécue comme un risque de dilution de sa propre substance. Les vertus du caractère consensuel de la technique contractuelle apparaissent

¹¹⁸ JO. Déb. Parl. S., 5 décembre 1969, p. 1263

¹¹⁹ A. de Laubadère, précité, p. 382

¹²⁰ V. ainsi : C. Buron, *Les contrats d'aménagement conclus entre l'Etat et les villes moyennes*, AJDA 1976, p. 510 ; P. Leruste, *Le contrat d'aménagement de villes moyennes*, La documentation française, NED n° 4234 à 4236

¹²¹ V. ainsi : D. Pépy, *Une formule originale, le contrat de pays*, Rev. Adm. 1975, p. 623 ; M. Prouzet, *Les contrats de pays*, MTP 7 août 1976, p. 9

¹²² Rapport de M. Sallé sur le projet de loi de finances pour 1976, J.O. Doc. Parl. A.N. n. 1916 annexe 23, Intérieur – Aménagement du territoire, cité par J-M Pontier, *op. cit.*, p. 558

¹²³ J-C. Némery, *De la liberté des communes dans l'aménagement du territoire*, LGDJ 1981, p. 278

comme étant vectrice de relations apaisées avec les collectivités territoriales. La technique contractuelle permet d'obtenir une plus grande adhésion à la norme dès lors que celle-ci n'est plus imposée par l'autorité centrale mais « négociée » avec l'autorité locale. Cette première phase de technique contractuelle offre ainsi les premiers partenariats entre l'Etat et les collectivités territoriales, ce qui apparaît relativement nouveau dans l'histoire des relations Etat-collectivités territoriales.

2. Le développement par l'aménagement du territoire des premiers partenariats Etat-collectivités territoriales

Le développement de la technique contractuelle dans le domaine de l'aménagement du territoire aboutit ainsi à mettre en œuvre toute une série de politiques économiques et sociales qui sert tout à la fois les intérêts nationaux que locaux. Il est donc possible d'évoquer, à la différence des premiers contrats de plan, que cette nouvelle phase de technique contractuelle aboutit à mettre en place pour la première fois un partenariat entre l'Etat et les collectivités territoriales.

Cette transformation de l'action publique par la technique contractuelle entre l'Etat et les collectivités territoriales marque le passage d'un « ancien droit » à un « nouveau droit » : « à « l'ancien droit » fait de planification, d'« aménagement » du territoire au nom du souverain central, de régulations dirigistes se substitue chaque jour davantage un « nouveau droit » fait de « contrats » (vrais ou faux juridiquement mais est-ce essentiel ?), de multipolarité (décentralisation et intégration européenne concurrençant l'intervention étatique), de libéralisme et de compétition (économique, mais aussi territoriale) »¹²⁴.

En effet, la technique contractuelle entre l'Etat et les collectivités territoriales dans le domaine de l'aménagement du territoire apparaît comme une étape importante dans l'essor moderne de la technique contractuelle, avant son institutionnalisation par les réformes décentralisatrices des années 1980 et 2000. Si le rapport de la commission Guichard en 1976 soulignait déjà que la technique contractuelle est « grosse

d'ambiguïtés » il considère néanmoins « qu'une voie paraît ouverte pour placer les rapports entre l'Etat et une autorité locale élue sur un pied d'égalité, c'est celle des procédures contractuelles »¹²⁵. La technique contractuelle amorce une mue profonde puisqu'elle apparaît pour la première fois de nature à mettre en œuvre un véritable partenariat entre l'Etat et les collectivités territoriales et donc à gommer l'aspect dyssimétrique de la relation Etat-collectivités territoriales. La technique contractuelle entre l'Etat et les collectivités territoriales acquière ainsi ses lettres de noblesse avant l'acte I de la décentralisation et la loi du 2 mars 1982. La technique contractuelle apparaît ainsi, pour les collectivités territoriales, comme le passage à l'âge adulte et la volonté de transcender la relation historique de tutelle.

Ainsi auréolée, ce n'est donc pas par hasard que la technique contractuelle entre l'Etat et les collectivités territoriales ait servi, non seulement de principal support aux réformes décentralisatrices entamées au début des années 1980, mais également de symbole.

§ 2 : L'utilisation de la technique contractuelle comme instrument de la décentralisation territoriale

La technique contractuelle entre l'Etat et les collectivités territoriales devient à la faveur des réformes décentralisatrices le symbole d'une volonté de rompre avec un modèle asymétrique et autoritaire de relations entre l'Etat et les collectivités territoriales. La technique contractuelle apparaît ainsi comme la volonté de construire un modèle de relations fondées sur le partenariat entre l'Etat et les collectivités territoriales où dorénavant ces deux acteurs seraient sur un pied d'égalité.

La technique contractuelle et la logique consensuelle qu'elle induit semblent tout à fait favorables à la rupture avec un modèle unilatéral et autoritaire de relations pour y substituer un réel partenariat fondé sur le contrat ou la convention. Ce développement de la technique contractuelle va de pair avec l'allègement de la tutelle et la disparition de ce terme du vocabulaire officiel pour y substituer celui de « contrôle de légalité »,

¹²⁴ J-P. Dubois, *La technique contractuelle des territoires* in B. Basdevant-Gaudemet (coord.) *Contrat ou Institution : un enjeu de société*, LGDJ 2004, p. 76

plus enclin à souligner l'émancipation des collectivités territoriales par les réformes décentralisatrices. Cette évolution, si elle se traduit par une évolution des instruments juridiques, traduit avant tout la volonté politique d'un changement de mentalité dans les relations Etat-collectivités territoriales.

C'est dans cette mesure qu'il est possible d'évoquer une « révolution décentralisatrice » à partir des années 1980 « qui constitue le tournant décisif : non seulement l'allègement considérable des « tutelles » ; l'accession des régions à la « libre administration » et l'autonomisation des exécutifs départementaux et régionaux ne pouvaient rester sans conséquences sur leur capacité contractuelle, mais surtout le « New Deal » des compétences issu des lois des 7 janvier et 22 juillet 1983, en ce qu'il instituait (en dépit de la proclamation de la théorie des « blocs de compétences ») un régime quasi généralisé d'attributions partagées, donnait le signal de la construction d'un modèle de « décentralisation coopérative »¹²⁶. Au surplus, le ministère du plan ayant été confié à Michel Rocard, la loi du 29 juillet 1982 portant réforme de la planification n'en fit que plus aisément jonction entre aménagement du territoire, décentralisation et politique « contractuelle » donnant naissance à partir de 1984 au second type de « contrats de plan » passés cette fois entre l'Etat et les régions »¹²⁷. A cette première étape des années 1980 s'ajoute un développement systématique du contrat accompagnant chaque grande réforme décentralisatrice ou d'aménagement du territoire faisant ainsi du contrat l'instrument privilégié des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales.

L'institutionnalisation par la décentralisation territoriale de la technique contractuelle comme mode régulier de relations entre l'Etat et les collectivités territoriales se décompose ainsi en deux étapes. La première jette les bases de la « nouvelle » technique contractuelle entre l'Etat et les collectivités territoriales en liant le contrat aux transferts de compétences de l'Etat vers les collectivités territoriales ainsi qu'à la planification (A). La seconde donne toute son ampleur à la technique contractuelle en la normalisant, donnant lieu à un surdéveloppement du procédé contractuel dès le début de la décennie 1990 qu'il est possible de qualifier avec M. Richer de « pan-contractualisme » (B).

¹²⁵ *Vivre ensemble*, Rapport de la Commission de développement des responsabilités locales, *La documentation française* 1976, p. 111

¹²⁶ C. Boillot-Burg, *La décentralisation coopérative. Contribution à l'étude des rapports entre l'Etat et les autres personnes publiques territoriales*, Thèse Dijon 2002

A. Le tournant de la technique contractuelle par l'acte I de la décentralisation

Les réformes de l'acte I de la décentralisation contribuent à associer définitivement décentralisation et technique contractuelle en l'associant à deux aspects majeurs des grandes réformes décentralisatrices des années 1980.

La première transformation concerne les transferts de compétences de l'Etat vers les collectivités territoriales ainsi que les transferts de personnels pour lesquels la loi fait du recours à la technique contractuelle une règle qui ne sera plus jamais remise en cause depuis (1). La seconde évolution concerne la réforme de la planification étatique avec le développement des contrats de plan créés par la loi du 29 juillet 1982 (2) qui permet d'institutionnaliser le partenariat contractuel entre l'Etat et les collectivités territoriales.

1. L'institutionnalisation de la technique contractuelle comme mode privilégié pour organiser la répartition des compétences

Les lois du 2 mars 1982¹²⁸ et 7 janvier 1983¹²⁹, aménageant les « blocs de compétence » des collectivités territoriales ont prévu que la mise à disposition et le transfert de services de l'Etat et personnels y afférant vers les collectivités territoriales (départements et régions en l'espèce) interviendrait par la voie contractuelle¹³⁰. Cette « convention-type, signée par le représentant de l'Etat et l'exécutif de la collectivité concernée, [établit] la liste des services et des agents titulaires ou non, désormais placés d'office sous l'autorité de la collectivité »¹³¹.

¹²⁷ J-P. Gaudin, *La contractualisation des territoires*, op.cit., p. 79

¹²⁸ Loi n° 82-214 du 2 mars 1982 relative aux droits et aux libertés des communes, des départements et des régions, JORF du 3 mars 1982 p. 748

¹²⁹ Loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements et les régions de l'Etat, JORF du 9 janvier 1983, p. 215

¹³⁰ Articles 26 et 73 de la loi du 2 mars 1982 ; Articles 8 à 10 de la loi du 7 janvier 1983 ; Aujourd'hui art. L 1321-1 et s. du Code général des collectivités territoriales

¹³¹ B. Faure, *op.cit.*, p. 501, n°644

Ces conventions sont censées venir régler la répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales, ce qui n'a pas été sans poser de nombreux problèmes, tant en ce qui concerne les agents que les collectivités elles-mêmes. Néanmoins l'exigence du recours au contrat pour les questions de répartition des compétences reste toujours d'actualité, ceci particulièrement depuis l'acte « II » de la décentralisation.

Le principe du recours à la technique contractuelle par la loi afin de déterminer les modalités du transfert de compétences de l'Etat vers les collectivités territoriales n'a plus jamais été remis en cause dans les réformes ultérieures, toutes tendances politiques confondues. Dès lors, il est possible d'affirmer que la technique contractuelle apparaît comme le symbole d'un nouveau modèle de décentralisation qui vise à dépasser le cadre rigide de la relation Etat-collectivités territoriales fondée sur une vision centralisatrice verticale.

Toutefois, tout ceci mérite d'être tempéré dans la mesure où, dans les faits, le recours au contrat n'a pas toujours été systématique. Si la loi considère que le transfert doit intervenir par la voie contractuelle, elle aménage néanmoins la possibilité qu'une mesure unilatérale se substitue au contrat. L'Etat y a fréquemment eu recours : ainsi, un arrêté interministériel est venu plus d'une fois régler la question ainsi que le prévoit l'article 104 de la loi du 13 août 2004 relative aux libertés et aux responsabilités locales¹³². Ce procédé a suscité un contentieux relatif à la composition de la commission nationale de conciliation chargée d'arbitrer la rédaction de l'arrêté interministériel venant fixer les transferts de compétences¹³³ ainsi que, de manière plus générale, la résistance des collectivités territoriales¹³⁴.

¹³² Loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et aux responsabilités locales, art. 104 : « A défaut de convention passée dans le délai de trois mois précité, la liste des services ou parties de services mis à disposition est établie par arrêté conjoint du ministre chargé des collectivités territoriales et du ministre intéressé, après avis motivé d'une commission nationale de conciliation, placée auprès du ministre chargé des collectivités territoriales et comprenant un nombre égal de représentants de l'Etat et de représentants de chaque catégorie de collectivités territoriales et de leurs groupements »

¹³³ V. ainsi : CE, 17 octobre 2007, *Département des Landes*, req. n° 290009, *AJDA* 2007, p. 2006

¹³⁴ V. ainsi : CE, 19 novembre 2008, *Communauté urbaine de Strasbourg*, note M. Verpeaux, *Comment refuser la décentralisation des compétences ?*, *AJDA* 2009, p. 425. V. également : J-F Brisson, *Aéroports décentralisés et libre administration des collectivités territoriales*, *RFDA* 2009, p. 1145 ; C. Ribot, *Les transferts des compétences aéroportuaires*, *RFDA* 2009, p. 1160 ; C. Mamontoff, *Le bilan des transferts des compétences en matière aéroportuaire : le cas du Languedoc-Roussillon*, *RFDA* 2009, p. 1166

Lorsque l'Etat a souhaité expérimenter le transfert de certaines compétences au profit de collectivités territoriales volontaires, il s'est ainsi tourné vers la technique contractuelle comme ce fût le cas par les lois du 27 février 2002¹³⁵ et du 13 août 2004¹³⁶.

L'institutionnalisation de la technique contractuelle en matière de répartition des compétences et de transferts de services apparaît indéniablement comme une innovation profonde dans la sphère des relations Etat-collectivités territoriales. Un autre domaine connaît également une telle évolution : c'est le cas de la planification étatique qui change profondément de paradigme avec la mise en œuvre des premiers contrats de plan Etat-région.

2. L'institutionnalisation du partenariat Etat-collectivités territoriales : l'exemple du contrat de plan Etat-Région

La technique contractuelle en matière de planification connaît ainsi un tournant majeur au début des années 1980 avec l'adoption de la loi du 29 juillet 1982¹³⁷. Le chapitre III de cette loi qui s'intitule « l'exécution du plan de la nation et les contrats de plan » contient un article 11 selon lequel « l'Etat peut conclure avec les collectivités territoriales, les régions, les entreprises publiques ou privées et éventuellement d'autres personnes morales, des contrats de plan comportant des engagements réciproques des parties en vue de l'exécution du plan et de ses programmes prioritaires ». Les modalités de leur conclusion ont été définies par un décret du 21 janvier 1983¹³⁸, aujourd'hui partiellement abrogé.

Ces contrats « définissent des actions qui, pour être menées à bien, supposent des décisions financières et des contrats spécifiques (contrat particulier à un équipement, marchés de travaux, etc...). En cela, le contrat de plan est bien un contrat d'encadrement de l'action

¹³⁵ Article 104 de la loi n° 2002-276 du 27 février 2002

¹³⁶ V. ainsi : N. Kada, *Transferts et expérimentations dans le cadre de la loi du 27 février 2002 : une (petite) pierre pour un (vaste) édifice* in Gilles J. Guglielmi et J. Martin (dir.) *La démocratie de proximité : bilan et perspectives de la loi du 27 février 2002, dix ans après*, Berger-Levrault 2013, p. 183

¹³⁷ Loi n° 82-653 du 29 juillet 1982 portant réforme de la planification, JORF du 30 juillet 1982, p. 2441

¹³⁸ Décret n° 83-32 du 21 janvier 1983, relatif aux contrats de plan entre l'Etat et les collectivités territoriales ou des personnes morales autres que les entreprises publiques et privées

administrative. Et cette action administrative peut, elle-même, prendre une forme contractuelle puisque la législation met en place une pyramide de contrats »¹³⁹.

La loi du 29 juillet 1982 distingue entre trois catégories de contrats :

- les contrats régionaux qui sont conclus entre la région et d'autres personnes morales – publiques ou privées – dans le cadre du plan régional
- les contrats de plan Etat-collectivités territoriales qui peuvent soit constituer de véritables contrats de plan ou bien, le cas échéant, des contrats particuliers qui demeurent conclus conformément à l'article 8 du décret du 21 janvier 1983, toujours en vigueur¹⁴⁰
- les contrats de plan Etat-région passés pour l'exécution du plan national et/ou régional

Il s'est rapidement avéré que « ces trois types de contrats n'ont pas la même importance. Les contrats régionaux de plan en sont encore au stade des virtualités. Quant aux contrats particuliers, ils constituent une modalité d'application des contrats de plan Etat-régions. C'est pourquoi l'expression contrats de plan désigne ici surtout les contrats passés entre l'Etat et les régions »¹⁴¹. En outre, les contrats de plan sont intimement liés, dans leur conception, à l'exécution du plan de la nation. Toutefois, « avec la pratique des CPER et les revendications des régions, qui prenaient conscience de leur rôle et acquéraient peu à peu de la puissance, il est devenu indispensable de mettre l'accent sur la dimension territoriale de chaque contrat, d'où l'introduction de ce qui a été appelé le « volet territorial » du contrat de plan »¹⁴².

¹³⁹ L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ 2008, p. 74, n° 93

¹⁴⁰ Article 8 du décret précité du 21 janvier 1983 : « Des contrats de plan entre l'Etat et les départements, les communes ou leurs groupements sont élaborés et signés [*autorité compétente*] par le président de l'organe délibérant de la collectivité ou de l'établissement public et par le commissaire de la République du département après approbation des engagements de l'Etat par le comité interministériel pour les problèmes d'action régionale et d'aménagement du territoire. Les contrats particuliers entre les mêmes parties sont élaborés et signés dans les mêmes conditions ; dans ce cas, les engagements de l'Etat sont approuvés par le ministre chargé du Plan et de l'aménagement du territoire et les ministres concernés ».

¹⁴¹ M. Guibal et L. Rapp, *Contrats des collectivités locales*, Ed. Francis Lefebvre 1989, p. 363, n°960 et s.

¹⁴² J-M. Pontier, *Les contrats de plan Etat-régions 2014-2020*, JCP A 2014 n° 16, étude n° 2118, p. 20

Les premiers contrats de plan Etat-région étaient élaborés conjointement par le président du conseil régional et le représentant de l'Etat dans la région selon une procédure lourde qui faisait « apparaître le poids de l'Etat ». Ainsi : « un avant-projet était transmis au ministre chargé du plan et de l'aménagement du territoire et soumis au comité interministériel pour les problèmes d'action régionale et d'aménagement du territoire. Un projet était ensuite établi sur la base des engagements retenus respectivement par l'Etat dans la deuxième loi de plan et par la région dans son plan. Il était à nouveau soumis au comité interministériel pour approbation, notamment après vérification de la comptabilité des dispositions contractuelles avec les engagements retenus par la deuxième loi de plan. Il était signé par le président du conseil régional et le commissaire de la République (préfet) de région »¹⁴³. Aujourd'hui collectivité « chef de file », la région « coordonne sur son territoire les actions de développement économique des collectivités territoriales et de leurs groupements »¹⁴⁴ et conclut à ce titre les contrats de plan, aujourd'hui appelés contrats de projet, pour une durée de six ans. Depuis 1984, trois générations de contrats de plan se sont succédé, dont la quatrième génération s'était ouverte en 2007, pour sept ans. La cinquième génération 2014-2020 est actuellement en négociation : les prochains contrats de plan seront vraisemblablement signés au mois de juillet 2014. L'Etat s'est engagé à hauteur de 12,7 milliards d'euros, de la même manière que les régions : sur 26 contrats de projet Etat-région, leur engagement global représente pratiquement le même montant (12,9 Mds€)¹⁴⁵.

Ces contrats de plan réalisent un changement majeur dans la planification et en demeurent aujourd'hui la seule relique, alors même que le « Plan de la Nation » et le commissariat général au plan ont disparu. La nécessité de coordonner l'action économique en concertation avec les acteurs locaux demeure aujourd'hui essentielle dans un contexte tendu pour les finances publiques. La dénomination du contrat de plan a également évolué : devenu contrat de projet, la dernière génération a repris la dénomination initiale de « contrat de plan ».

Le contrat de plan Etat-région gagne en importance par rapport aux premiers contrats de plan dans la mesure où il intervient dans un contexte institutionnel transformé. Ainsi, les

¹⁴³ P. Delvolvé, *Droit public de l'économie*, Dalloz 1998, p. 378, n° 317

¹⁴⁴ Art. L. 1511-1 du Code général des collectivités territoriales

¹⁴⁵ Source : http://www.datar.gouv.fr/fr_1/amenagement_du_territoire_655/contrats_etat_regions_173/

collectivités territoriales ont vu s'étendre considérablement leur champ de compétences des collectivités territoriales avec pour corollaire un dessaisissement de l'Etat. Le développement des contrats de plan à partir de 1982 apparaît comme la volonté d'ancrer en profondeur l'idée selon laquelle l'Etat et les collectivités territoriales sont des « partenaires » de l'action publique qu'ils doivent mener de concert. Toutefois, le contrat de plan n'a jamais été l'instrument exclusif des relations Etat-collectivités territoriales : dès les années 1980 plusieurs engagements hors-plan étaient déjà conclus. Cette tendance a été profondément accentuée dans les décennies 1990 et 2000 voyant ainsi se développer un véritable pan-contractualisme décentralisateur destiné, précisément, à faire évoluer en profondeur les relations Etat-collectivités territoriales. Cela faisant, la technique contractuelle apparaît également comme le symptôme d'une mutation des structures mêmes de l'Etat.

B. L'élaboration d'un pan-contractualisme décentralisateur

M. Richer relève deux traits caractéristiques à cette période du tout contractuel, « en premier lieu, le « contrat statutaire » prend une grande place. Le contrat s'introduit au cœur des institutions pour la création des services publics (...) et la jurisprudence consacre un nouveau critère du contrat administratif : l'organisation du service public (...). En second lieu, sous l'influence de management des entreprises privées se développe le contrat d'objectifs »¹⁴⁶. Ces tendances ont un impact certain en ce qui concerne les relations Etat-collectivités territoriales, d'un point de vue tant juridique que politique dans la mesure où elles traduisent avant tout un changement d'état d'esprit.

La généralisation du retour au contrat et son institutionnalisation conduisent à évoquer un pan-contractualisme, véritable mouvement juridique au sein duquel l'idée de contrat est parée de toutes les vertus. Ainsi, le législateur se repose-t-il désormais sur la technique contractuelle pour déterminer les modalités de mises en œuvre de la répartition des compétences (1) faisant ainsi de la technique contractuelle un véritable outil d'organisation des politiques publiques (2).

¹⁴⁶ L. Richer, *La technique contractuelle comme technique de gestion des affaires publiques*, op.cit, p. 974

1. L'utilisation de la technique contractuelle entre l'Etat comme palliatif de la répartition légale des compétences

Même si le recours à la loi pour fixer la répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales demeure une exigence constitutionnelle¹⁴⁷, le recours quasi-systématique au contrat pour venir régler la question conduit à faire de celui-ci l'instrument de « droit commun » d'organisation des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales.

Ce recours quasi-systématique au contrat par la loi abouti à faire du premier une mesure d'exécution de la seconde, ainsi que le relève M. Faure : « le pouvoir local s'identifie alors à un travail second d'exécution des lois. Sans s'effacer, la loi tend à déterminer plus haut et pas forcément de façon contraignante les missions des collectivités. Elle procède de plus en plus fréquemment par l'énoncé d'objectifs communs (droit au logement, droit au transport, droit à la ville...) en organisant une collaboration, plus ou moins concertée d'ailleurs, entre les acteurs publics autour de ces objectifs : contrat de projet, contrat d'association pour le financement de l'enseignement libre, contrat de sécurité... »¹⁴⁸. Ainsi que l'évoquait le Premier ministre Dominique de Villepin en 2007 à propos de la cinquième génération de contrats de projet Etat-région : « le gouvernement est attaché à entretenir des relations contractuelles avec les différentes catégories de collectivités territoriales. La répartition des compétences guide désormais les formes du partenariat. (...) Je souhaite que le contrat soit un instrument à haute valeur ajoutée, dans le souci de l'efficacité des politiques conduites et de la clarté des objectifs poursuivis »¹⁴⁹. Le discours est donc clair : il va dans le sens d'un « partenariat » avec les collectivités territoriales, dont la nature juridique reste encore à déterminer.

¹⁴⁷ V. sur ce point : L. Favoreu, *Les bases constitutionnelles du droit des collectivités locales* in F. Modern (dir.) *La nouvelle décentralisation*, Bibl. des collectivités locales, Sirey 1983, pp. 15

¹⁴⁸ B. Faure, *op.cit.*, p. 445, n° 566

Le recours au contrat en matière de répartition des compétences, amorcé par les lois du 2 mars 1982 et 7 janvier 1983 précitées, se systématisait. Ainsi, la loi du 27 février 2002¹⁵⁰ prévoit-elle de recourir à l'expérimentation pour confier aux régions de nouvelles compétences en matière de développement des ports maritimes, des aéroports et du patrimoine culturel. A ce titre, les régions candidates ont passé un certain nombre de conventions avec l'Etat sur les modalités du transfert avant l'établissement du rapport d'évaluation. La réforme constitutionnelle précitée du 28 mars 2003 a profondément changé la donne dans ce domaine particulier de l'expérimentation en permettant aux collectivités territoriales d'expérimenter en matière de transfert de compétences¹⁵¹ : « la convention sert en définitive à se mettre d'accord sur le contenu et les contours précis de l'expérimentation, à combiner des financements et à cadrer les obligations du bénéficiaire de la nouvelle prestation objet de l'expérimentation »¹⁵². La loi du 13 août 2004¹⁵³ confie ainsi, à titre expérimental, à certaines régions la possibilité d'élaborer un schéma régional de développement économique définissant « les orientations stratégiques de la région en matière économique. Il vise à promouvoir un développement économique équilibré de la région, à développer l'attractivité de son territoire et à prévenir les risques d'atteinte à l'équilibre économique de tout ou partie de la région », l'adoption d'un tel schéma étant subordonnée à la passation d'une convention entre la région candidate et l'Etat en vue de définir « les objectifs de cette expérimentation ainsi que les moyens financiers mis en œuvre par chacune des parties »¹⁵⁴ préalablement à l'évaluation intervenant dans un délai de 5 ans.

La volonté politique de construire un véritable partenariat entre l'Etat et les collectivités territoriales est réelle : la technique contractuelle a pour but de renouveler la relation Etat-collectivités territoriales en devenant un véritable outil de coordination des politiques.

¹⁴⁹ Circulaire n° 5137SG du 6 mars 2006 relative à la préparation des contrats de projet Etat-région 2007-2013 et à l'élaboration de la stratégie de l'Etat.

¹⁵⁰ Loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité, JORF du 28 février 2002, p. 3808

¹⁵¹ Article 72, al. 4 de la Constitution : « Dans les conditions prévues par la loi organique, et sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent, lorsque, selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu, déroger, à titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences »

¹⁵² Conseil d'Etat, Rapport public pour 2008, précité, p. 40

¹⁵³ Loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales JORF n° 190 du 17 août 2004, p. 14545

¹⁵⁴ Article 1^{er} de la loi du 13 août 2004, précitée.

2. L'utilisation de la technique contractuelle entre l'Etat et les collectivités territoriales comme outil de coordination des politiques publiques

Il apparaît que « les procédés contractuels (...) face à la spécialisation des compétences décentralisées et au développement des niveaux de décision libérés de la tutelle de l'Etat (...) apparaissent comme une contrepartie nécessaire sans laquelle le bien commun serait perdu de vue »¹⁵⁵. Ainsi, la technique contractuelle caractérise « le passage d'une tutelle classique à une relation contractualisée, partant d'une analyse des besoins puis déclinant des objectifs et des moyens et comportant *in fine* une procédure d'évaluation »¹⁵⁶. Le changement d'état d'esprit est total puisque « la démarche contractuelle appartient désormais à notre paysage institutionnel, elle est relativement récente et procédure d'un nouveau mode de prise de décision fondé sur la concertation, le dialogue et l'engagement réciproque de diverses parties sur un objectif commun »¹⁵⁷.

Les contrats conclus entre l'Etat et les collectivités territoriales existants avant 1992 sont profondément touchés par cette évolution, les contrats de plan en particulier. La conséquence de la technique contractuelle, notamment pour ce qui concerne les contrats de plan, conduit à une banalisation du rôle de l'Etat qui devient progressivement un acteur public comme un autre. A ceci près qu'il contrôle la réalisation du processus : « force est de constater que l'Etat n'est donc qu'un financeur parmi d'autres, bien qu'il conserve de fait la maîtrise du pilotage du système »¹⁵⁸.

De nouveaux contrats naissent à cette époque « dans des domaines où l'administration de l'Etat conserve la compétence mais a besoin des collectivités locales pour agir efficacement »¹⁵⁹. La politique de la ville semble être un parfait exemple de cette

¹⁵⁵ B. Faure, *op. cit.*, p. 445, n° 567

¹⁵⁶ Conseil d'Etat, Rapport public pour 2008, précité, p. 139

¹⁵⁷ J-M. Berthet, *Les contrats de plan 2000-2006 : élaboration et négociation, stratégie et finalité* in M. Leroy et E. Portal (dir.), *Contrats, finances et territoires*, L'Harmattan 2006, p. 53

¹⁵⁸ M. Mercier, *Rapport d'information fait au nom de la mission commune d'information chargée de dresser le bilan de la décentralisation et de proposer les améliorations de nature à faciliter l'exercice des compétences locales*, Rapport du Sénat n° 447, t.1, p. 191

¹⁵⁹ L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, *op.cit.*, p. 52, n° 67

situation avec la création des contrats de ville par la loi du 13 juillet 1991¹⁶⁰ qui interviennent déjà dans un contexte de technique contractuelle et qui sont rattachés aux contrats de plan Etat-région. Il existe d'ailleurs plusieurs mécanismes contractuels liés aux contrats de plan Etat-région : contrats de pays, contrats d'agglomération, contrats de site, contrats publics d'aménagement ou encore contrats de parc naturel régional. Il faut mentionner également, non loin des contrats de ville puisqu'ils y trouvent leur principale source de financement, les contrats locaux de sécurité mis en place par une circulaire du 28 octobre 1997¹⁶¹ ayant pour objet de coordonner la lutte contre la délinquance et l'insécurité.

Le domaine de l'enseignement supérieur n'est pas en reste : l'Etat a « fait appel à l'aide des collectivités locales avec lesquelles ont été conclues entre 1991 et 1993 des conventions « Université 2000 » qui prévoient essentiellement une répartition des charges d'investissement ainsi que la consultation des collectivités sur les implantations d'établissements et de filières d'enseignement supérieur »¹⁶².

L'accumulation des différents mécanismes contractuels, s'il montre que la technique contractuelle est une réponse politique à la décentralisation ne permet pas d'en apprécier la cohérence et la pertinence d'un point de vue juridique. Ainsi, M. Faure souligne-t-il que « la doctrine a souvent dénoncé en matière d'aménagement du territoire, d'urbanisme, d'action culturelle et sociale le recours à des procédures « pseudo-contractuelles » à travers lesquelles l'Etat exercerait sa propre politique dont les collectivités seraient les exécutrices volontaires. La forme contractuelle de l'acte masque son contenu unilatéralement déterminé, constitué par des programmes d'actions ou de subventions préétablis »¹⁶³. Il apparaît donc nécessaire de remettre de l'ordre dans cette situation d'enchevêtrement contractuel où les authentiques contrats se mêlent à des engagements politiques sans portée juridique.

¹⁶⁰ Loi n° 91-662 du 13 juillet 1991, loi d'orientation pour la ville, JORF n° 167 du 19 juillet 1991, p. 9521, not. l'article 13 de cette loi

¹⁶¹ Circulaire du 28 octobre 1997 relative à la mise en place des contrats locaux de sécurité, JORF n° 253 du 30 octobre 1997, p. 15757

¹⁶² L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, op. cit, p. 52, n° 67

¹⁶³ B. Faure, *op. cit*, p. 463-464, n° 592

La dimension historique de la technique contractuelle est fondamentale dans la mesure où elle permet de rendre compte de l'évolution institutionnelle des relations Etat-collectivités territoriales avec le passage d'un Etat centralisateur à un Etat « partenaire ». L'étude de la technique contractuelle des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales doit également intégrer les mutations profondes qui affectent aujourd'hui les structures de l'Etat, tant d'un point de vue juridique que politique. L'intégration européenne conduit nécessairement à réexaminer le cadre traditionnel des relations Etat-collectivités territoriales dans la mesure où elle est le relai « local » d'un phénomène de mondialisation ou plus exactement de globalisation. Ce phénomène de globalisation qui « place les systèmes politiques, économiques, sociaux...dans un état d'interconnexion croissante »¹⁶⁴ a un impact profond, tant juridique que politique, sur les relations Etat-collectivités territoriales qu'il convient d'examiner afin de saisir les causes structurelles de la technique contractuelle des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales. Si, historiquement, la relation Etat-collectivités territoriales est rattachée au contrat, les mutations contemporaines de l'univers juridique et politique dans lequel évolue tant l'Etat que les collectivités territoriales conduit à examiner la technique contractuelle comme la conséquence de ces mutations.

Chapitre 2 : Le développement de la technique contractuelle

La technique contractuelle appliquée aux relations entre l'Etat et les collectivités territoriales, si elle trouve sa source dans l'évolution de la conception et du rôle de l'Etat, s'explique également par la transformation de la figure de l'Etat-Nation, laquelle est profondément remise en cause par la globalisation.

¹⁶⁴ J-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'Etat*, LGDJ 2010, 2^e éd., p. 18

La globalisation est vue par « ses thuriféraires [...] comme l'instrument par lequel la prospérité mondiale se construira grâce à la revanche du marché sur les Etats qui ont dominé le monde depuis le XVIIe siècle, ou par lequel la démocratie mondiale, la société civile globale triompheront des égoïsmes de l'Etat-Nation. Ses détracteurs y voient la clef du triomphe du marché, du capitalisme, des multinationales, au détriment du tiers-monde, de l'environnement, ou/et des protections sociales nationales »¹⁶⁵.

La globalisation est un phénomène transfrontière qui transcende les organisations internationales qu'elles soient mondiales ou régionales ainsi que les Etats : « la globalisation met en cause, traverse les frontières des systèmes nationaux, et n'emprunte que partiellement le canal des institutions internationales au sens classique »¹⁶⁶. Le phénomène de globalisation conduit ainsi des entités non étatiques à tancer et concurrencer l'autorité des Etats (c'est le cas de certaines grandes structures privées, qu'il s'agisse d'entreprises – dont le chiffre d'affaires peut être bien supérieur aux budgets, voire au PIB de nations moyennes – ou d'organisations non gouvernementales).

C'est dans cette mesure qu'il est possible de parler d'une société globale où les Etats ne détiennent plus le monopole de l'initiative et donc de la décision. La réaction des Etats a été le regroupement en structures internationales, de dimension mondiale ou encore régionale. Ces structures tentent ainsi de prendre des mesures destinées à contrebalancer le phénomène même si, paradoxalement, elles contribuent également à l'entretenir voire parfois à l'amplifier. Le développement de la globalisation conduit à penser le droit d'une manière différente, dans la mesure où la globalisation repose davantage sur une logique de « centres » que sur une logique du « centre » en matière de décision. Il n'en demeure pas moins que la globalisation conduit à déplacer les centres de pouvoirs et de décisions, développant par la même occasion de nouvelles sources du droit comme l'explique M. Cassese¹⁶⁷.

A l'instar d'autres organisations régionales, l'Union européenne peut être considérée comme participant du phénomène de globalisation avec les conséquences qui en découlent pour les Etats membres. Ainsi : « la construction communautaire est

¹⁶⁵ J-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'Etat*, op.cit., p. 25-26

¹⁶⁶ J-B. Auby, préc., p. 28

profondément investie par les phénomènes caractéristiques de la globalisation : elle est un espace économique intégré, un espace culturel intégré, la maîtrise des Etats sur l'économie y a reçu de fortes limites, les réalités économiques, sociales, culturelles....transnationales y sont le lot commun, etc. (...) En revanche, la construction européenne agit, vis-à-vis de la globalisation prise dans son ensemble, à la fois comme un relais et comme un point d'inflexion. Sa trajectoire historique en a fait, en quelque sorte, un laboratoire avancé de la globalisation, même si cette dimension ne résume évidemment pas ladite trajectoire »¹⁶⁸.

Rapportée à l'échelle régionale, la globalisation se retrouve ainsi dans le processus d'intégration européen. Sous l'impulsion de l'Union européenne, le phénomène de globalisation atteint directement la sphère des relations Etat-collectivités territoriales dans la mesure où il va décloisonner cette relation. Ainsi, la première conséquence de la globalisation est de rompre avec la logique exclusive du rapport Etat-collectivités territoriales en faisant intervenir dans l'élaboration et la mise en œuvre des politiques publiques de nouveaux acteurs, à la fois publics et privés.

Le décloisonnement de la relation Etat-collectivités territoriales par la globalisation trouve ainsi une traduction juridique concrète par le recours à la technique contractuelle. En effet : celle-ci apparaît comme le mécanisme le mieux à même de coordonner l'ensemble des acteurs des politiques publiques, dans un contexte générale de redéfinition de l'intervention publique. La technique contractuelle intervient, de surcroît, dans un contexte politique considérablement transformé dans la mesure où la détermination finale des politiques publiques n'appartient plus seulement, en dernier lieu, à l'Etat central dans le contexte de l'intégration européenne. Il y a, au final, une situation paradoxal d'isolement dans l'Etat dans un contexte multipolaire. La technique contractuelle est une solution parmi d'autres pour sortir de cet isolement.

Ainsi, le recours à la technique contractuelle dans les relations entre l'Etat et les collectivités territoriales peut être analysée comme une conséquence de la globalisation,

¹⁶⁷ S. Cassese, *Le droit administratif global : une introduction*, DA 2007 n° 5, ét. 8

¹⁶⁸ J-B. Auby, *op.cit.*, p. 32-33

elle déploie ses effets à la fois économiquement, politiquement et juridiquement quand bien même cette dimension économique aurait tendance à se fondre dans les dimensions politiques et juridiques.

La technique contractuelle apparaît ainsi la réponse à un phénomène de globalisation politique (Section 1) dans la mesure où la figure de l'Etat-Nation et son autorité sont profondément remis en cause notamment par la raréfaction des moyens publics. La globalisation réalise ainsi le passage de l'Etat-Nation à l'Etat post-moderne¹⁶⁹, ce qui contribue à transformer considérablement la relation Etat-collectivités territoriales.

Si la technique contractuelle apparaît d'abord comme la réponse juridique à un phénomène politique, elle est également la conséquence d'une globalisation juridique (Section 2). Cette globalisation juridique est réalisée par l'intégration européenne. L'intégration du droit de l'Union européenne transforme en profondeur le cadre juridique de l'intervention publique à la fois par la prise en compte d'un intérêt général communautaire et par l'importance croissante du respect du droit de la concurrence. En résulte une modification profonde tant des finalités que des moyens de l'action publique qui transforme la structure même des relations Etat-collectivités territoriales.

Section 1 : Le recours à la technique contractuelle entre l'Etat et les collectivités territoriales comme conséquence d'une globalisation politique

L'emploi de la technique contractuelle entre l'Etat et les collectivités territoriales apparaît comme la conséquence d'une globalisation politique dans la mesure où cette dernière a considérablement transformé les termes de l'équation organisant le couple Etat-collectivités territoriales.

Pour le comprendre, il faut partir de l'idée selon laquelle la globalisation politique remet en cause les structures traditionnelles d'organisation administrative mises en place par

l'Etat. En effet, la globalisation conduit au : « développement des interactions entre les éléments constitutifs de la société internationale, le renforcement des liens d'interdépendance, l'imbrication toujours plus grande des économies aboutissent à l'apparition de nouvelles règles du jeu ; *un ordre transnational se construit progressivement en surplomb des Etats-Nations* »¹⁷⁰.

Cela faisant la globalisation a, corrélativement pour effet de réduire le rôle des Etats dans la mesure où, d'une part, ils deviennent des décideurs parmi d'autres et, d'autre part, la disparition des frontières corrélatives à la globalisation réduit le rôle central de l'Etat en multipliant les centres de décisions. La globalisation peut donc avoir, potentiellement, pour effet d'accroître l'importance du rôle des collectivités territoriales en réduisant celui de l'Etat central. Ce mouvement participe ainsi du passage de l'Etat dirigiste à l'Etat-stratège ainsi que l'explique M. Chevallier : « s'il dispose de marges de manœuvre et de ressources qui lui permettent d'agir sur son environnement, l'Etat n'a plus la faculté de le modeler à sa guise ; par la construction d'une « stratégie », il cherche à obtenir les meilleurs résultats possibles en prenant en compte les contraintes externes »¹⁷¹.

La crise des finances publiques qui affecte également la relation Etat-collectivités territoriales, replacée dans le contexte de la globalisation, amène ainsi à réexaminer tant les objectifs que les moyens de l'action publique. La technique contractuelle en mettant en place de nouveaux partenariats et donc de nouvelles formes de financement apparaît comme une réponse aux défis de la globalisation (§ 1).

Si le recours à la technique contractuelle est motivé par des considérations économiques, il met également en place un nouveau système de relations entre l'Etat et les collectivités territoriales en y intégrant d'autres acteurs, montrant que le partenariat ainsi offert constitue une réponse aux enjeux de la globalisation (§ 2). Ainsi, le recours à la technique contractuelle apparaît comme une réponse de la France aux enjeux de la globalisation politique, ce qui n'est pas sans conséquence sur la structure de l'Etat et sur sa relation avec les collectivités territoriales.

¹⁶⁹ J. Chevallier, *L'Etat post-moderne*, LGDJ 2008, 3^e éd.

¹⁷⁰ J. Chevallier, *op.cit.*, p. 32

§ 1 : Le développement de la technique contractuelle dans un contexte de redéfinition du rôle économique et financier de la puissance publique

Le développement moderne de la technique contractuelle entre l'Etat et les collectivités territoriales, s'il peut être analysé comme une volonté de modernisation de l'action de l'Etat doit néanmoins être compris compte tenu du caractère mouvant de l'environnement politique et économique régional aussi bien qu'international au sein duquel évolue la France.

L'essor exceptionnel de la technique contractuelle à la faveur de l'acte I de la décentralisation territoriale n'est pas sans lien avec la mutation de l'économie et les crises économiques et financières que la France a traversées et traverse toujours actuellement. La technique contractuelle apparaît ainsi comme un instrument souple permettant d'obtenir le concours de plusieurs partenaires publics autour d'un projet d'intérêt général. L'Etat se voit contraint de recourir à la technique contractuelle dans la mesure où il n'est plus en situation d'imposer sa volonté. Cette situation s'explique par la crise des finances publiques qui grandit au milieu des années 1980 et qui n'a cessé de s'accroître jusqu'à aujourd'hui. Dès lors, la technique contractuelle des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales doit être analysée en liaison avec la situation d'impécuniosité de l'Etat (A).

Si la technique contractuelle répond à un besoin de l'Etat afin d'obtenir le concours des autres collectivités, elle apparaît également comme une opportunité de maîtrise des finances publiques (B). Ainsi, la technique contractuelle apparaît d'ores et déjà comme un instrument de contrôle tout à fait nouveau qui transforme profondément la relation Etat-collectivités territoriales en sortant des sentiers battus de la tutelle administrative.

¹⁷¹ J. Chevallier, *L'Etat post-moderne*, op.cit., p. 64

A. Le développement de la technique contractuelle dans une situation d'impécuniosité de l'Etat

Le développement de la technique contractuelle apparaît comme l'une des réponses à la situation d'impécuniosité de l'Etat. Ce développement intervient, en effet, dans le cadre d'un mouvement plus général de maîtrise de la dépense publique et réorganisation de l'Etat autour du concept d'Etat-stratège ou d'Etat-pilote. Cette situation conduit à réexaminer les relations Etat-collectivités territoriales et à envisager leur degré d'investissement au sein des différents politiques publiques.

Dans cette optique, la technique contractuelle apparaît comme un outil au service de l'Etat-stratège qui, s'il souhaite maîtriser la coordination des différents acteurs des politiques publiques, cherche à multiplier les sources de financement. Cela faisant, il sollicite davantage les collectivités territoriales. Le développement de la technique contractuelle apparaît comme l'opportunité pour l'Etat d'afficher un changement dans la direction des politiques publiques en lien avec la volonté de maîtrise des dépenses publiques. Elle apparaît également comme une tentative de l'Etat de sortir d'un certain isolement et traduit par la même occasion son incapacité à assumer seul la réalisation des politiques publiques.

La redéfinition des priorités des politiques publiques dans un contexte d'impécuniosité de l'Etat conduit à faire de celui-ci un Etat-stratège veillant à la bonne collaboration des différents acteurs institutionnel (1). Pourtant cet affichage ne fait que masquer l'incapacité croissante de l'Etat central à supporter seul l'effort des politiques publiques, donc à les financer (2). Corrélativement, l'Etat demande ainsi davantage de soutien aux collectivités territoriales et celles-ci occupent une place de plus en plus importante. Légitimement, elles revendiquent davantage de reconnaissance de la part de l'Etat.

1. La technique contractuelle comme outil de l'Etat-stratège

L'introduction de la technique contractuelle dans la relation Etat-collectivités territoriales se développe dans un contexte où l'Etat cherche à maîtriser ses dépenses et, par voie de conséquence, à rationaliser les choix budgétaires qu'il effectue.

La relation Etat-collectivités territoriales est bien évidemment affectée par le réexamen des méthodes de gestion publiques entamée dès la fin des années 1960 avec la mise en œuvre du mouvement de rationalisation des choix budgétaires (RCB). Ce mouvement traduit l'application des méthodes de management à l'Administration française qui conduit à bouleverser en profondeur la conception de l'Administration en France et, par la même occasion, la conception des relations institutionnelles Etat-collectivités territoriales.

Il est possible d'évoquer un véritable choc de logique d'organisation des politiques publiques en France avec le développement des thèses du *New public management* à partir des années 1980 : « tel qu'il a été conçu et mis en œuvre dans les pays anglo-saxons, le *New Public Management* repose sur la conviction que l'administration publique est tenue de s'inspirer du modèle de gestion de l'entreprise privée, modèle censé être plus performant : le désengagement de l'Etat de la sphère des activités productives (privatisations) devrait être accompagné de l'accroissement de l'autonomie de gestion (*managerialization*) et de la mise en concurrence (*marketization*) des services restés dans le secteur public ; le suivi permanent des moyens mis en œuvre (*value for money*), une gestion tournée vers le changement (*management for change*) plutôt que vers le maintien des structures existantes (*maintenance management*), une gestion des ressources humaines visant à donner une plus grande autonomie aux individus et aux groupes (A. PETTIGREW, 1996) en sont les compléments nécessaires »¹⁷².

La technique contractuelle apparaît alors comme l'outil destiné à mettre en œuvre ce changement de paradigme, dans un contexte particulièrement tendu de finances publiques. L'Etat retrouve ainsi un rôle central de « stratège » qui définit les politiques

¹⁷² J. Chevallier, *L'Etat post-moderne*, op.cit.,p. 73

publiques et en confie l'exécution aux collectivités territoriales. Le risque de cette conception nouvelle de l'interventionnisme étatique est l'utilisation de la technique contractuelle à rebours de la logique décentralisatrice française consistant essentiellement dans le transfert de compétences aux collectivités territoriales.

L'utilisation de techniques contractuelles par l'Etat-stratège dans une attitude non conforme aux principes de la décentralisation territoriale, particulièrement pour ce qui concerne le principe de subsidiarité, et conduirait à un mouvement de recentralisation, ce dont s'inquiète un certain nombre d'élus dénonçant ainsi le passage: « d'un libéralisme décentralisateur, de type toquevillien, à un libéralisme centralisateur et jacobin »¹⁷³.

Menée conformément aux principes de la décentralisation administrative, la mise en œuvre de techniques contractuelles apparaît comme l'outil le mieux à même de combiner les impératifs de bonne gestion et de maîtrise des finances publiques. En outre, il permet d'associer l'ensemble des acteurs autour d'un instrument commun en distribuant les rôles de chacun en permettant d'assurer un financement croisé des politiques publiques ainsi mises en œuvre. Ce phénomène se rattache directement à la problématique plus générale de la territorialisation de l'action publique et donc à la territorialisation du droit, c'est-à-dire non plus à une adaptation du territoire au droit mais à une adaptation du droit au territoire. Ces mouvements apparaissent comme autant de conséquences de la mutation de l'interventionnisme étatique et, de manière plus directe, de la conception de l'Etat.

Il s'agit là d'un changement de logique profond qui doit toutefois demeurer conforme aux principes de la décentralisation administrative qui, si elle doit respecter le principe de subsidiarité, doit également respecter le principe d'égalité. Précisément, l'intervention de la technique contractuelle conduit, d'une part, à repenser la conception traditionnelle du principe d'égalité dans la mesure où elle aboutit à revenir sur le dogme de l'égalité par l'uniformité de la loi et, d'autre part, dans la mesure où en mettant l'Etat

¹⁷³ J-P. Balligand, Interview publiée dans le dossier *Les nouveaux territoires de l'Etat*, Intercommunalités, ADCF, n° 141, janvier 2010, p. 10

au centre du dispositif elle pourrait conduire à remettre en cause ou, a minima, réexaminer la conception traditionnelle du principe de subsidiarité.

En effet : la technique contractuelle en remettant l'Etat au « centre » du jeu institutionnel, conduit inévitablement à réexaminer le rôle des collectivités territoriales dans la mise en œuvre des politiques publiques. Si l'Etat demeure au centre du dispositif dans son rôle de stratège, l'importance de celui des collectivités territoriales n'en est que grandissante. Le développement de la technique contractuelle est ainsi source de redistribution des rôles dans un contexte institutionnel transformé par la décentralisation territoriale et traduit l'incapacité de l'Etat à être le seul acteur institutionnel à assumer seul la responsabilité et le financement des politiques publiques.

2. La technique contractuelle traduit l'incapacité de l'Etat à assumer seul les politiques publiques

L'Etat stratège est également un Etat impécunieux : la technique contractuelle se présente alors comme l'opportunité de répartir entre lui et les collectivités territoriales la responsabilité politique et le poids financier des politiques publiques.

Ainsi : « peu à peu, les élus font le deuil des capacités de l'État local à accompagner financièrement leurs initiatives et à investir dans les territoires. Les temps sont devenus difficiles. S'éloigne l'époque où chacun allait faire son marché à la préfecture ou au Sgar¹⁷⁴. Bien que les fonds européens aient temporairement pu compenser la baisse des moyens, l'État local est désormais perçu comme impécunieux, quand il n'est pas accusé de mendicité »¹⁷⁵. En effet, d'année en année, les concours de l'Etat vis-à-vis des collectivités territoriales se raréfient : « Au total, les collectivités territoriales sont donc mises à contribution, avec une baisse des concours financiers de l'Etat de 1,5 milliard d'euros en 2014 et 3 milliards d'euros en 2015 dont la répartition a récemment fait l'objet de propositions de la part du Comité des finances locales »¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Secrétariat général aux affaires régionales, chargé dans les préfectures de coordonner la politique de l'Etat en matière de développement économique, d'aménagement du territoire ainsi que les relations entre l'Etat et le Conseil régional.

¹⁷⁵ *Les nouveaux territoires de l'Etat*, Intercommunalités ADCF n° 141, janvier 2010, p. 12

¹⁷⁶ Rapport d'information fait au nom de la commission des finances préparatoire au débat d'orientation des finances publiques (DOFP) pour 2014, par François Marc, Sénateur, p. 52 disponible sur : <http://www.senat.fr/rap/r12-712/r12-7121.pdf>

Un exemple parmi d'autres est emblématique de cette évolution : la décentralisation de l'administration de l'environnement.

En la matière : « certaines compétences ont été attribuées aux collectivités territoriales qui peuvent mettre en œuvre certaines protections mais à condition que l'Etat donne son assentiment. Ce modèle a été utilisé initialement pour les parcs naturels régionaux : les collectivités territoriales peuvent, de manière volontaire et unanime, proposer à l'Etat une charte de protection que ce dernier a la faculté d'agréer ou non, son agrément conditionnant l'opposabilité de la charte. La loi n° 2006-346 du 14 avril 2006 relative aux parcs nationaux, aux parcs naturels marins et aux parcs naturels régionaux a repris une formule assez proche pour les parcs nationaux. L'article L. 331-1 du Code de l'environnement dispose que le « cœur » du parc est constitué d'une aire d'adhésion, « définie comme tout ou partie du territoire des communes qui, ayant vocation à faire partie du parc national en raison notamment de leur continuité géographique ou de leur solidarité écologique avec le cœur, ont décidé d'adhérer à la charte du parc national et de concourir volontairement à cette protection ». Mais, dans un cas comme dans l'autre, si l'autonomie locale est parfaitement respectée au stade de l'initiative, l'institution de la protection est de la seule compétence de l'Etat »¹⁷⁷.

Le recours à la technique contractuelle est devenu aujourd'hui le droit commun de l'administration décentralisée de l'environnement où « dans le seul domaine de l'environnement ces instruments présentent une grande variété d'objets, de régimes juridiques et d'appellations génériques : plan, plan d'action, programme, schéma, carte, charte, directive ; ou encore : prescriptions, orientations, document-cadre, stratégie et autres « trames ». (...) Par-delà cette grande diversité de formes et de régimes, ils procèdent d'une démarche stratégique et prévisionnelle et ont vocation à remplir une fonction d'orientation et de coordination »¹⁷⁸.

¹⁷⁷ Y. Jégouzo, *Environnement et décentralisation* in Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deville, *Confluences*, Montchrestien 2007, pp. 876-877

¹⁷⁸ P. Janin, *Programmation et planification dans le domaine de l'environnement*, in Rev. Juridique de l'environnement, Actes du colloque « La clarification des compétences des collectivités territoriales en matière d'environnement », p. 44

L'exemple du développement de la technique contractuelle en matière d'environnement est emblématique du changement profond des relations Etat-collectivités territoriales. La décentralisation ayant conduit à un transfert de compétences de l'Etat vers les collectivités territoriales, les relations qui en découlent sont volontairement moins marquées du sceau de la contrainte et évoluent vers des techniques contractuelles emprunte de concertation. Cela faisant, elles conduisent à faire supporter conjointement la responsabilité et le poids financier des politiques publiques à telle enseigne que certains acteurs taxent l'Etat de vouloir faire finalement assumer aux collectivités des dépenses ne relevant pas de leur compétences.

Le recours à la technique contractuelle, s'il présente des intérêts, n'en soulève pas moins de nombreux enjeux. En effet : si la relation traditionnelle de tutelle peut être considérée comme une relation égalitaire dans son principe, la relation fondée sur la technique contractuelle est, en revanche, essentiellement discriminante. Dès lors, le recours à la technique contractuelle, s'il permet une différenciation entre collectivités territoriales, aboutit à des discriminations et conduit à considérer la décentralisation administrative non plus selon une logique d'égalité mais selon une logique d'équité.

Cette circonstance n'est pas de nature à remettre en cause l'intérêt du recours à la technique contractuelle qui semble l'outil le mieux à même de répondre à la problématique complexe qu'est devenue la relation Etat-collectivités territoriales : plus de compétences transférées, plus de compétences partagées, donc moins de financement étatique. Il s'agit là du premier aspect de la technique contractuelle : la dimension programmatique et participative. D'un point de vue budgétaire, elle présente indéniablement un intérêt : celui de l'évaluation ex-post devant permettre une meilleure maîtrise budgétaire. Cela faisant, la technique contractuelle s'inscrit profondément dans la logique impulsée par la Loi organique relative aux lois de finances du 1^{er} août 2001. La technique contractuelle devient ainsi l'instrument indispensable de mise en œuvre des politiques publiques.

B. Le développement de la technique contractuelle dans un contexte de maîtrise des finances publiques

Dans un contexte tendu en matière de finances publiques, la technique contractuelle est souvent présentée comme la solution au difficile problème de maîtrise des finances publiques. La technique contractuelle est alors utilisée comme un mécanisme permettant tout à la fois la fixation d'objectifs à atteindre, la projection de leur réalisation et également l'évaluation de l'efficacité du dispositif. En outre, dans un contexte multipolaire et globalisé, la technique contractuelle est assurément un outil de coordination.

L'introduction de la technique contractuelle dans la relation Etat-collectivités territoriales participe ainsi du mouvement de « managérialisation » de l'action publique c'est-à-dire de l'irruption de techniques de droit privé dans la gestion publique. La technique contractuelle apparaît ainsi comme une réponse au besoin de performance de l'action publique (1). Cette performance de l'action publique commence tout d'abord par la coordination et la programmation d'objectifs, ce qui n'est pas récent. En revanche, la technique contractuelle est aujourd'hui utilisée comme outil d'évaluation des politiques publiques (2) : cela faisant, elle réintroduit l'idée de contrôle en réponse à l'exigence de surveillance des dépenses publiques.

1. La technique contractuelle est une réponse au besoin de performance de l'action publique

Le développement de la technique contractuelle dans la relation Etat-collectivités territoriales intervient comme une réponse à la problématique de la meilleure gestion de l'Administration française dans son ensemble.

Ainsi que l'explique M. Caillosse : « pour appréhender et décrire cette évolution de l'outillage juridique, on participe du nouveau *répertoire* qu'emprunte l'action publique. Elle se décline dans le droit dont elle fait usage en transformant de l'intérieur les catégories qu'elle investit. Ainsi passe-t-on, par exemple, de la réglementation à la

régulation, de la décision unilatérale au contrat, de la division public-privé au partenariat, ou encore de la représentation à la participation. Autant de mots-clés dont on peut dire qu'ils appartiennent au champ sémantique de la gouvernance vue du côté du droit des politiques publiques »¹⁷⁹. Pourtant, le recours à la technique contractuelle est bien plus qu'une question de vocabulaire : elle a permis de répondre à la problématique de la performance de l'action publique. Ainsi, il ne s'agit pas simplement d'un changement d'instruments de l'action publique mais de changement de la manière de conduire cette action publique.

En effet, la recherche de la performance de l'action administrative induit un profond changement de logique et caractérise « une volonté de transformation globale des principes d'organisation de l'Etat, caractérisée par les mêmes idées-force : réduire le coût de fonctionnement des services administratifs ; privilégier la « performance publique » par la définition d'indicateurs de résultats et l'établissement de dispositifs d'évaluation ; améliorer le service rendu aux usages ; assouplir les règles de gestion de la fonction publique ; pratiquer une large délégation de responsabilité, notamment par l'autonomisation des activités de prestation. Ce faisant, la « nouvelle gestion publique » tend à l'importation dans la sphère publique des méthodes de gestion du privé : la transformation du style de direction, l'effort de responsabilisation des gestionnaires et l'amélioration des relations avec les administrés s'inspirent, à des titres divers, d'un modèle de type entrepreneurial »¹⁸⁰.

Le développement de la technique contractuelle entre l'Etat et les collectivités territoriales participe donc de cette quête de la performance publique, quête devenue de plus en plus cruciale au fur et à mesure que l'argent public s'est raréfié. Cette raréfaction a entraîné une modification profonde de la manière dont l'argent public est dépensé : « l'enjeu contemporain n'est pas de prétendre à une budgétisation par objectif ou d'ajouter sans cesse des moyens pour satisfaire des besoins nouveaux, mais de parvenir à « dépenser mieux » et à rendre plus efficace l'allocation des moyens financiers et des moyens humains. (...) La définition d'objectifs et la mesure des résultats atteints n'ont pas pour but de définir le niveau des moyens nécessaires en fonction des résultats attendus ou réalisés mais,

¹⁷⁹ J. Caillosse, *Question sur l'identité juridique de la « gouvernance »*, in R. Pasquier, V. Simoulin et J. Weisbein (dir.), *La gouvernance territoriale : Pratique, discours et théories*, LGDJ 2007, coll. droit et société, pp.52-53

pour un niveau de moyens donné, d'optimiser les résultats en jouant sur différents leviers d'action : elle doit permettre, sous contrainte budgétaire, d'apprécier et d'améliorer l'efficacité de la dépense publique, la qualité de la gestion des responsables de programmes. En s'inscrivant dans une logique de pilotage par la performance, l'administration publique s'engage à réformer sa culture, ses modes de fonctionnement et ses méthodes de travail, pour passer d'une logique de moyens à une logique de résultats »¹⁸¹.

Précisément : l'intervention de la technique contractuelle traduit ce changement de culture d'une logique de moyens à une logique de résultats. Il y a non seulement planification et coordination des politiques publiques mais également contrôle *ex post* permettant de vérifier si les résultats ont été atteints. Il s'agit là d'un changement profond de l'action publique en général et des relations Etat-collectivités territoriales en particulier.

2. La technique contractuelle est un outil d'évaluation des politiques publiques

L'intérêt de la technique contractuelle dans le cadre de la recherche de la performance publique réside également dans sa fonction d'évaluation des politiques publiques.

C'est en effet l'utilisation récente de la technique contractuelle en tant qu'outil d'évaluation des politiques publiques qui constitue une novation importante dans le champ des relations Etat-collectivités territoriales dans la mesure où elle modifie profondément la relation de contrôle existante.

La logique de la LOLF du 1^{er} août 2001 influence considérablement cette mutation des relations Etat-collectivités territoriales dans la mesure où « l'application de la LOLF amènera inéluctablement à reconsidérer le rôle et le positionnement du contrôleur financier et du comptable. Les contrôles de régularité *a priori* avaient leur utilité lorsqu'il s'agissait de vérifier l'imputation d'une dépense dans une nomenclature budgétaire détaillée (au niveau des chapitres et des articles). La globalisation et la

¹⁸⁰ J. Chevallier, *L'Etat post-moderne*, op.cit., p. 82

¹⁸¹ A. Siné, I. Veillet, *La performance : un outil et une démarche indispensable au pilotage des politiques publiques*, in *Lolf : le bilan*, Regards sur l'actualité, La documentation française 2007, p. 22

fongibilité des crédits qu'autorise la LOLF les vident de leur portée. Plus fondamentalement, ces contrôles sont contraires à la philosophie de la loi qui vise à donner aux gestionnaires une plus grande autonomie. La priorité sera de développer le contrôle de gestion qui sera rattaché directement aux gestionnaires de programme. *La logique de la réforme conduit inexorablement à la suppression des contrôles financiers a priori* »¹⁸².

Il faut néanmoins préciser qu'actuellement « aucun instrument équivalent à la loi de finances ou de financement de sécurité sociale ne retrace les objectifs et les engagements financiers des collectivités territoriales. Selon la Constitution, les collectivités territoriales s'administrent librement dans le respect des lois qui les réglementent. L'Etat dispose néanmoins de moyens d'action. La loi de programmation évoque un pacte de confiance et de responsabilité entre l'Etat et les collectivités territoriales ; il est essentiel de parvenir à un engagement contractuel de maîtrise des dépenses. L'Etat peut aussi modifier le niveau des dotations mais il ne doit pas augmenter les charges des collectivités territoriales par des transferts de compétence non compensés ou en imposant de nouvelles normes »¹⁸³. La logique de performance qui est recherchée est pourtant totalement induite dans la technique contractuelle développée entre l'Etat et les collectivités territoriales.

L'introduction de la technique contractuelle au sein de la relation Etat-collectivités territoriales est donc susceptible de modifier en profondeur la relation de contrôle par la logique de l'évaluation. Ainsi, les politiques publiques mises en œuvre en vertu de la technique contractuelle feront de plus en plus systématiquement l'objet d'une évaluation, ce qui implique que la technique contractuelle, pensée dans cette optique, est nécessairement une source supplémentaire de contrôle.

La mutation des instruments de l'action publique par la technique contractuelle suppose une adaptation corrélative du droit dans la mesure où la culture du résultat « institutionnalise de façon radicale la maximisation de l'efficacité par des méthodes techniques et scientifiques. (...) Le droit avec les instruments classiques de la loi et du

¹⁸² H. Guillaume, G. Dureau et F. Silvent, *Gestion publique : l'Etat et la performance*, Presses de Sciences Po et Dalloz 2002, p. 216

règlement, paraît peu adapté, du moins *a priori*, car il peut également être reconverti pour satisfaire aux impératifs d'une gestion instrumentale »¹⁸⁴. Il faut donc en déduire que la culture de la performance et du résultat nourrit la technique contractuelle dans la mesure où, à la différence des instruments classiques de la relation Etat-collectivités territoriales, elle intègre la dimension de la nouvelle gestion publique.

Dès lors, le développement de la technique contractuelle dans la relation Etat-collectivités si elle concerne d'abord les outils de mise en œuvre des politiques publiques en affecte également en profondeur la structure même. Le développement de la technique contractuelle dans la relation Etat-collectivités territoriale apparaît comme la réponse ou une tentative de réponse à une crise plus profonde de l'Etat moderne qui est en pleine restructuration dans un contexte de globalisation. Les collectivités territoriales ont alors un rôle de plus en plus important à jouer dans cette reconfiguration.

§ 2 : Le développement de la technique contractuelle est une réponse à la crise de l'Etat moderne

La relation Etat-collectivités territoriales ne pouvait rester indemne de la remise en cause profonde que subit l'Etat moderne. Ce dernier évolue désormais dans un univers globalisé où les rapports sociaux, économiques et juridiques se trouvent profondément transformés. Il est possible de parler d'une multiplication *lato sensu* des sources normatives à laquelle la structure moderne de l'Etat est peu adaptée.

L'omnipotence de l'Etat est profondément remise en cause tant par la globalisation économique et financière que par la globalisation juridique. Progressivement, un certain nombre d'acteurs concurrencent son autorité, de telle sorte qu'il lui appartient aujourd'hui de trouver un certain nombre de soutiens afin de poursuivre sa mission. Il y a donc une opportunité historique pour les collectivités territoriales de trouver une place nouvelle aux côtés de l'Etat.

¹⁸³ Propos de Didier Migaud in Rapport d'information fait au nom de la commission des finances préparatoire au débat d'orientation des finances publiques (DOFP) pour 2014, par François Marc, Sénateur, p. 91 disponible sur : <http://www.senat.fr/rap/r12-712/r12-7121.pdf>

¹⁸⁴ D. Mockle, *La gouvernance, le droit et l'Etat*, Bruylant 2007, p. 54

Le réexamen de la figure de l'Etat, donc de l'intervention publique, passe par la recherche de nouvelles formes d'action, de nouvelles techniques et donc de nouveaux instruments. A ce titre, la technique contractuelle apparaît véritablement comme l'une des conséquences du réexamen de la remise en cause de la figure de l'Etat providence impliquant corrélativement une redéfinition du rôle des collectivités territoriales (A).

Précisément, le développement de la technique contractuelle dans la relation Etat-collectivités territoriales permet de consacrer un rôle nouveau dévolu aux collectivités territoriales : la globalisation et la remise en cause de la figure traditionnelle de l'Etat-nation se traduit par une revalorisation du rôle des collectivités territoriales (B). Cette revalorisation si elle traduit une montée en puissance des collectivités territoriales n'est pas sans conséquence sur les modifications qu'elle engendre sur le plan institutionnel.

A. Le développement de la technique contractuelle comme conséquence du réexamen de la figure de l'Etat providence

La technique contractuelle apparaît comme une solution aux remises en cause successives subies par l'Etat-nation. Elle permet de pallier simultanément un certain nombre de problématiques différentes.

En effet, la multiplication des acteurs et la nécessité de recourir à plusieurs sources de financement pour les politiques publiques nécessitent un instrument de coordination. La technique contractuelle apparaît donc comme une solution à ces différents problèmes. Toutefois, cette situation met en exergue les difficultés propres à l'Etat-nation qui ne peut plus assumer seul l'entière responsabilité des politiques publiques. La technique contractuelle apparaît ainsi comme l'un des symptômes de la déréliction de l'Etat providence (1). Cela faisant la technique contractuelle participe également de cette redéfinition de l'Etat par la globalisation. Elle aboutit à renforcer un phénomène contemporain qui innerve aujourd'hui le droit des collectivités territoriales : la territorialisation du droit (2).

1. *La technique contractuelle entre l'Etat et les collectivités territoriales comme symbole de la dérégulation de l'Etat providence*

La redéfinition du rôle de l'Etat conduit d'abord à un changement de vocabulaire. La question de la sémantique dans le discours sur l'Etat a un impact majeur sur ses relations avec les collectivités territoriales.

Aujourd'hui, l'Etat stratège – déjà rencontré plus haut – s'est substitué à l'Etat providence : « le thème de l'*Etat stratège* est sous-entendu par le constat du changement du contexte dans lequel se déploie l'action publique : s'il dispose de marges de manœuvre et de ressources qui lui permettent d'agir sur son environnement, l'Etat n'a plus la faculté de le modeler à sa guise ; par la construction d'une « stratégie », il cherchera à obtenir les meilleurs résultats possibles, en prenant en compte les contraintes externes. La figure de l'Etat stratège postule ainsi une relation d'interdépendance entre l'Etat et son environnement : elle suppose l'existence d'un univers compétitif dans lequel interagissent une série d'acteurs dotés de ressources inégales ; devenues « interactives », les stratégies désormais mise en œuvre par l'Etat se démarquent fondamentalement des stratégies « volontaristes » déployées au stade de l'Etat providence, dans la cadre des relations dyssymétrique entretenues avec un environnement domestiqué »¹⁸⁵.

Cette mutation des concepts relatifs à l'Etat se traduit dans les faits par une mutation du mode de fonctionnement de l'Etat qui agit progressivement sur sa structure même. Cette mutation affecte inévitablement la sphère des relations Etat-collectivités territoriales dans la mesure où elles sont également des acteurs institutionnels de ce changement de monde. La globalisation a pour conséquence de réduire l'influence et le pouvoir des Etats tant d'un point de vue économique que politique. Elle aboutit également à réexaminer totalement la vision traditionnelle du territoire dans la mesure où les Etats ne disposent plus de la maîtrise complète de celui-ci.

¹⁸⁵ J. Chevallier, *L'Etat post-moderne*, op.cit., p. 64

Ainsi : « la banalisation des rapports internationaux a pour effet de miner les vieilles conceptions juridiques d'un Etat nécessairement indexé sur un territoire. Les logiques de « déterritorialisation/reterritorialisation » actuellement partout à l'œuvre déstabilisent les approches, hier consacrées, de l'Etat. Ne serait-ce que parce qu'il devient de plus en plus difficile de le définir par des frontières territoriales où sont traditionnellement exposées les emblèmes de sa souveraineté. Aujourd'hui, ce sont les attaches territoriales des Etats qui font problème. L'époque n'est plus à la redistribution territoriale des Etats – même si de pareils mouvements peuvent encore avoir lieu –, mais à une certaine « déterritorialisation » de la forme étatique elle-même »¹⁸⁶.

En faisant tomber un certain nombre de frontières, la globalisation s'attaque non plus seulement à la figure de l'Etat-providence mais à la structure même de l'Etat-nation. Ces derniers sont donc contraints de trouver de nouveaux partenariats pour permettre un redéploiement de leur action sur des bases renouvelées. Ces nouveaux partenariats peuvent être le fruit d'alliances internationales, à l'instar de l'Union européenne. Il peut également s'agir de rénover des liens anciens en s'appuyant sur les structures existantes : c'est le cas de la décentralisation territoriale et de la forme nouvelle qu'elle connaît aujourd'hui par le développement de la technique contractuelle.

Cette dernière participe ainsi d'un mouvement plus large de territorialisation du droit qui peut être analysée comme la conséquence de la globalisation économique et juridique à laquelle l'Etat est confronté.

2. La technique contractuelle entre l'Etat et les collectivités territoriales amène à une territorialisation du droit

La territorialisation du droit peut être définie comme une adaptation spécifique du droit à tel ou tel territoire. Certains auteurs y voient ainsi une « loi d'Archimède de l'action publique locale » [...] qui se décrit de la manière suivante. Toute règle unique, tout principe d'action unique plongé dans des contextes territoriaux différents reçoit de la part de ces contextes des réactions qui en orientent l'application, qui en infléchissent

¹⁸⁶ J. Caillosse, *Les « mises en scène » juridiques de la décentralisation : sur la question du territoire en droit public français*,

même le contenu »¹⁸⁷. Ce phénomène de territorialisation du droit favorise le passage d'une logique égalitaire à logique d'équité : il conduit à remettre en cause l'égalité par l'uniformité de la norme législative.

Cela faisant, la territorialisation du droit est un mouvement qui renverse la problématique juridique traditionnelle du territoire. En effet : il ne s'agit plus uniquement de savoir comment le territoire s'adapte à la norme mais comment la norme s'adapte au territoire. Tel est le cas de l'emploi de la technique contractuelle dans la sphère des relations Etat-collectivités territoriales. L'expérimentation législative qui s'est développée de manière constante depuis la réforme constitutionnelle du 28 mars 2003 en est également une illustration.

Cette même réforme constitutionnelle du 28 mars 2003 affirmait que « l'organisation de la République est décentralisée », permettant ainsi d'ancrer constitutionnellement le concept de territorialisation du droit dans la mesure où : « là où il y a décentralisation, il y a nécessairement un certain degré de territorialisation du droit »¹⁸⁸. Il y a donc une appétence des collectivités territoriales à prétendre à une application différenciée du droit en fonction du territoire.

La territorialisation du droit apparaît ainsi comme une réponse de l'Etat aux défis qui lui sont lancés par la globalisation. La déstabilisation politique et économique de l'Etat-nation traditionnel oblige celui-ci à renouveler sa relation aux collectivités territoriales : il est contraint d'adapter tant la méthode que les outils juridiques de la décentralisation. La territorialisation du droit par le truchement de la technique contractuelle apparaît d'abord comme une nécessité pour l'Etat : « comme si l'Etat voulait, à travers son droit, assurer ses appuis sur un territoire qui tend à lui échapper aussi bien par le haut – du fait des mouvements déclenchés par la mondialisation – que par le bas – telle est la dynamique institutionnelle qu'entraîne la décentralisation »¹⁸⁹.

LGDJ 2009, p. 85

¹⁸⁷ J-B. Auby, *Réflexions sur une territorialisation du droit* in Mélanges J-C. Douence, *La profondeur du droit local*, Dalloz 2006, p. 2

¹⁸⁸ J-B. Auby, article précité, p. 3

¹⁸⁹ J. Caillosse, ouvrage précité, p. 90

La territorialisation du droit est également une conséquence de la multiplication des sources du droit qui s'appliquent sur un territoire : l'Etat n'a plus la seule maîtrise de son droit et il doit compter avec d'autres organismes qui développent, par la même occasion, une logique d'action spécifique. Cela faisant, la territorialisation du droit amène à repenser la dialectique centre-périphérie dans la mesure où il n'y a plus un centre mais des centres. Il s'agit assurément d'une conséquence majeure de la globalisation qui, en affaiblissant l'Etat, renforce les collectivités territoriales.

Les collectivités territoriales ne sont plus uniquement des objets et des sujets de droits de l'Etat. Celui-ci devient tributaire de celles-là dès lors qu'elles acquièrent une reconnaissance officielle d'autres « autorités », à l'instar de ce qui se produit aujourd'hui par le truchement de l'Union européenne. Là encore, l'un des principaux instruments de la territorialisation du droit demeure la technique contractuelle puisqu'elle a la faculté de coordonner les compétences et les logiques au sein d'un même corpus juridique. Ainsi, l'avènement de la technique contractuelle comme instrument des relations Etat-collectivités territoriales permet de consacrer une montée en puissance de ces dernières.

B. La technique contractuelle comme signe de la montée en puissance des collectivités territoriales

La globalisation est ainsi à l'origine de la modification en profondeur des règles de l'action publique et de la détermination des politiques publiques. La technique contractuelle apparaît non seulement comme un nouvel outil mais également comme une technique correspondant à une nouvelle manière d'envisager la relation Etat-collectivités territoriales en dépassant la dialectique habituelle centre-périphérie.

La technique contractuelle crée ainsi non plus un centre mais des centres de décision où la norme va être l'œuvre commune de l'Etat et des collectivités territoriales. Il faut donc considérer que la technique contractuelle aboutit à la participation des collectivités territoriales à la fabrique du droit (1). En renforçant la territorialisation du droit, la technique contractuelle aboutit à remettre en cause l'uniformité juridique du statut des collectivités territoriales (2).

1. La technique contractuelle associe les collectivités territoriales à la fabrique du droit

La technique contractuelle change radicalement le rapport à la norme tel qu'il était vécu traditionnellement par les collectivités territoriales dans le cadre de la décentralisation administrative.

En effet : dans le cadre classique des relations Etat-collectivités territoriales, le rapport à la norme est essentiellement vécu sur un mode unilatéral. Le droit est conçu par l'Etat et il est presque mécaniquement appliqué par la collectivité territoriale. Le développement de la territorialisation et de la technique contractuelle fait considérablement évoluer cette conception dans la mesure où le droit n'est plus seulement construit pour le territoire mais il l'est également par le territoire. Ainsi : « (...) l'affirmation des territoires change la donne : l'Etat n'est plus en situation de faire croire qu'il pourrait penser seul l'action publique. Lorsque le discours met le territoire en avant, il faut, on s'en doute, entendre autre chose : l'entrée sur les scènes politiques locales de nouveaux acteurs capables, le cas échéant, de dicter leurs conditions aux autorités investies par le droit du pouvoir décisionnel »¹⁹⁰.

La technique contractuelle aboutit à associer les collectivités territoriales à l'élaboration du droit qui leur est applicable. Elle participe pleinement de la territorialisation du droit qui implique de repenser dans une large mesure la conception du droit et de l'action publique dans un contexte de globalisation. La multiplication des acteurs et des sources de droit par la technique contractuelle aboutit à une situation où : « (...) l'action publique se recompose en se redéployant à travers un système permettant l'articulation de conventions multiples entre entités publiques et acteurs privés mais aussi entre personnes publiques : l'Etat contracte avec des collectivités territoriales qui contractent entre elles. (...) L'Etat n'ayant plus vraiment la pleine maîtrise du territoire – pour autant que l'on puisse en supposer une existence antérieure –, le champ de la décision, au sens que le droit donne à ces mots, ne peut que se réduire. Il faut alors compter, dit-

¹⁹⁰ J. Caillosse, ouvrage précité, p. 92

on, avec des *systèmes d'action* dans lesquels l'Etat n'apparaîtrait plus qu'à la façon d'un acteur parmi d'autres »¹⁹¹.

L'association des collectivités territoriales à la fabrique du droit qui leur est applicable apparaît comme le stade le plus avancé de la décentralisation territoriale et permet de donner aux collectivités territoriales une dimension institutionnelle bien plus conséquente et de leur transférer un poids politique conséquent. Il faut bien être conscient que cette évolution se fait au prix d'un déclin du jacobinisme et donc d'une conception centralisatrice de l'Etat. La mise en place d'une gouvernance multipolaire induite par la technique contractuelle ne peut que transformer la conception traditionnelle de l'intervention de l'Etat.

M. Caillosse explique cette évolution sous l'impulsion de trois facteurs. En premier lieu : « la suppression des tutelles de l'Etat. Voilà qui oblige le Centre à repenser tout le système de ses relations avec les collectivités territoriales sur un mode négocié. Le contrat prend ici logiquement la place qu'occupait l'ancienne procédure de décision unilatérale que manœuvrait le Centre ». En second lieu « il faut ensuite compter sur et avec les effets pervers du morcellement juridique des territoires administratifs dans un contexte de décentralisation. Du fait de leur propre montée en puissance, les collectivités et autres institutions locales sont vouées à s'organiser entre elles pour rendre plus performante l'offre de services publics. Il en résulte une situation favorable à la constitution contractuelle par réseau ». En troisième et dernier lieu « c'est tout simplement la force agissante de l'engouement contractuel qui fait bouger la substance du droit administratif. Rien n'empêche de parler ici de nécessité juridique : le marché auquel, sauf exception, les politiques publiques ne sauraient se soustraire, est pour le moins réfractaire au modèle de la décision unilatérale ; le contrat est bien la forme juridique normale de l'échange marchand »¹⁹².

La technique contractuelle apparaît ainsi tout à la fois comme le moyen et la nécessité de la globalisation. Son développement marque assurément un tournant majeur dans la relation Etat-collectivités territoriales dans la mesure où elle aboutit à remettre le dogme

¹⁹¹ J. Caillosse, ouvrage précité, p. 93

¹⁹² J. Caillosse, *Question sur l'identité juridique de la « gouvernance »*, op.cit., p. 56

de l'uniformité juridique du statut des collectivités territoriales. La technique contractuelle peut ainsi potentiellement le dogme français du « statut » des collectivités territoriales qui s'est construit jusqu'à présent par opposition au « contrat ».

2. La technique contractuelle remet en cause l'uniformité juridique du « statut » des collectivités territoriales

La conception classique des rapports Etat-collectivités territoriales est essentiellement basée sur des rapports verticaux où la loi fixe un « statut » uniforme censé assurer l'égalité juridique entre collectivités de même rang. Pourtant l'évolution du droit des collectivités territoriales va dans le sens d'une territorialisation du droit et donc d'une adaptation du droit aux spécificités du territoire : la technique contractuelle y concourt de manière considérable.

Partant, la technique contractuelle remet en cause dans sa conception même l'uniformité juridique du statut, c'est-à-dire de la loi, applicable aux collectivités territoriales. Si l'uniformité juridique est souvent rapprochée du principe d'égalité dans la mesure où « la généralité de la loi procède du refus de prendre en considération les situations particulières et, aucune administration locale ne pourra distinguer là où la loi ne distingue pas, que les conséquences soient bénéfiques pour l'une ou dommageables pour l'autre », ce n'est que dans la large mesure où « l'inégalité prohibée est surtout celle qui est incluse dans la règle dont les particuliers sont destinataires »¹⁹³.

Il en résulte que l'idée de statut uniforme applicable à une même catégorie de collectivités territoriales est davantage un dogme de l'Etat central qu'un principe de l'Etat unitaire. Pour M. Faure « il n'existe pas un principe général d'uniformité territoriale au sens où la loi doit être la même pour toute personne morale collectivité territoriale. Bien au contraire, la loi remplit son devoir vis-à-vis du principe d'égalité lorsqu'elle s'écarte de l'abstraction pour épouser les disparités concrètes entre collectivités »¹⁹⁴.

¹⁹³ B. Faure, *Une théorie de l'uniformité de la loi et ses effets sur le droit des collectivités territoriales* in Mélanges J-F. Lachaume, *Le droit administratif : permanence et convergences*, Dalloz 2007, p. 503

¹⁹⁴ B. Faure, *op.cit.*, p. 504

Il ne faudrait pour autant en déduire que la technique contractuelle remet en cause directement le statut des collectivités territoriales, qu'il soit légal et constitutionnel. Là n'est pas la question. En revanche, la remise en cause du dogme de l'uniformité juridique de statut par la technique contractuelle et la territorialisation peut concourir à la réalisation de l'égalité juridique qui peut ainsi être distinguée de l'uniformité.

La remise en cause de l'uniformité du statut – et non pas de l'existence du statut elle-même – induite par la technique contractuelle et la territorialisation du droit donne ainsi lieu à un renforcement institutionnel des collectivités territoriales qui s'affirment dans la production du droit qui leur est applicable. Ce n'est donc pas un hasard si les expérimentations qui sont mises en place par le législateur sont mise en œuvre par des techniques contractuelles.

La territorialisation du droit des collectivités territoriales aboutit à un repositionnement politique du rôle de l'Etat et des collectivités territoriales. Elle participe principalement de la dimension politique de la globalisation qui affecte la structure même de l'Etat. Le caractère diffus de la globalisation n'a toutefois pas qu'une dimension politique et économique. La territorialisation du droit des collectivités territoriales s'explique également par une dimension profondément juridique de la globalisation. En effet : le renforcement du rôle des collectivités territoriales et la réduction du poids de l'Etat s'explique dans une large mesure par la multiplication de sources du droit dont l'Etat n'a plus la seule maîtrise. Ici également, la technique contractuelle apparaît comme une solution permettant d'intégrer la dimension de la globalisation juridique.

Section 2 : La technique contractuelle entre l'Etat et les collectivités territoriales comme conséquence d'une globalisation juridique

La globalisation est également juridique dans la mesure où elle met à l'épreuve les systèmes juridiques des Etats. Elle les affecte d'une triple manière : en premier lieu, elle aboutit à une « perméabilisation des systèmes juridiques. La globalisation rend les systèmes juridiques plus vulnérables à la pénétration de normes externes » En second

lieu, elle entraîne « un mouvement de compétition des systèmes juridiques : la globalisation rend les différences et analogies entre systèmes juridiques, leurs avantages et leurs inconvénients, à la fois plus visibles, et plus sensibles aux yeux des acteurs de plus en plus nombreux qui se trouvent, ou peuvent se trouver, immergés dans des contextes juridiques différents ». En troisième, elle conduit à « un mouvement d'harmonisation des systèmes » où « confrontés, interpénétrés, les systèmes juridiques tendent à harmoniser leurs solutions concernant les activités et phénomènes touchés par la globalisation »¹⁹⁵.

Le droit européen *largo sensu* participe pleinement de cette globalisation juridique, qu'il s'agisse du droit de l'Union européenne ou du droit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Les structures internationales régionales sont ainsi le relai de la globalisation juridique : « elles sont un étage, un niveau de la globalisation, l'un des cadres dans lesquels elle se déploie, que s'observent en leur sein des mécanismes typiques en termes d'ouverture des marchés et des cultures, de désatialisation, en même temps qu'elles sont un étage de l'édifice mondial des appareils publics où les effets de la globalisation sont « travaillés », infléchis »¹⁹⁶.

La relation Etat-collectivités territoriales est assurément affectée par l'évolution et la mutation des sources du droit dans un contexte globalisé. L'intégration européenne y est pour beaucoup dans la mesure où, d'une part, elle participe à un renouvellement des sources du droit et, d'autre part, elle conduit à un changement de logique juridique dans la conduite de l'action publique. Ainsi, « la construction européenne a un impact sans doute plus fort sur le droit administratif français que celui que l'on peut percevoir instinctivement. Ce constat est notamment dû à la structure de la Communauté et plus précisément au principe de l'administration indirecte [...] qui entend régir la question de la mise en œuvre du droit communautaire. Une présentation de ce principe fondamental du système administratif communautaire est nécessaire afin de mettre en évidence l'utilisation, au profit de la puissance publique européenne, des règles administratives nationales, et ses conséquences. Il conduit à une européanisation de

¹⁹⁵ J-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'Etat*, op.cit., p. 41

¹⁹⁶ J-B. Auby, *préc.*, p. 43

l'objet du droit administratif français dont les conséquences ne toucheront pas seulement ses règles mais aussi, plus profondément, ses sources »¹⁹⁷.

Dans le champ de la relation Etat-collectivités territoriales, la mise en œuvre de l'intégration européenne se réalise par une politique régionale spécifique qui doit être intégrée dans l'élaboration des politiques publiques. Cette intégration induit la mise en œuvre de techniques contractuelles (§ 1). La stratégie poursuivie par l'Union européenne en matière de développement régional suppose une adaptation corrélative de la relation Etat-collectivités territoriales où la technique contractuelle est également sollicitée.

Il n'en demeure pas moins que la relation Etat-collectivités territoriales doit également faire face à un changement de logique qui ne ressort pas uniquement de la mise en œuvre de la politique régionale mais du changement de logique générale poursuivie par les politiques publiques (§ 2). Cette évolution se rattache plus globalement à un certain reflux du droit administratif : « l'affirmation de la spécificité du droit applicable à l'administration est moins assurée qu'auparavant : le bien-fondé de la perception dualiste du monde, sur laquelle en fin de compte celui-ci repose, tend à être remis en cause à travers une plus large soumission de l'administration au droit commun et à l'atténuation de ses aspects dérogatoires »¹⁹⁸. La technique contractuelle soumet potentiellement la relation Etat-collectivités territoriales à la concurrence.

§ 1 : La politique régionale de l'Union européenne comme source de développement de techniques contractuelles

La relation Etat-collectivités territoriales est profondément affectée par l'intégration européenne dans la mesure où non seulement elle aboutit à diversifier les sources du droit applicable aux collectivités territoriales mais, également, elle conduit à remettre en cause le jeu institutionnel traditionnel existant entre l'Etat et les collectivités territoriales.

¹⁹⁷ J. Sirinelli, *Les transformations du droit administratif par le droit de l'Union européenne*, LGDJ 2011, p. 11

En effet, l'intégration européenne si elle concerne essentiellement les Etats, n'ignore pas les collectivités territoriales : « si l'Union européenne demeure, plus que jamais avec les élargissements de 2004 et 2007 une Union d'Etats souverains, elle n'en est pas moins traversée d'une vaste dynamique qui partout tend à poser les régions en tension vis-à-vis des Centres étatiques »¹⁹⁹.

Il faut donc considérer que la prise en compte par l'Union européenne des collectivités territoriales est un nouveau paramètre de la relation Etat-collectivités territoriales (A) : elles sortent dotées d'une reconnaissance et de sortent renforcées de l'intégration européenne. Dans le même temps, la reconnaissance par le droit de l'Union européenne des collectivités territoriales a également un certain nombre de conséquences vis-à-vis de l'Etat dans la mesure où il se doit d'intégrer ces nouveaux paramètres. Un exemple parmi d'autres permet d'illustrer cette situation : il s'agit de l'intégration des aides de l'Union européenne dans la relation Etat-collectivités territoriales (B).

A. L'intégration européenne comme nouveau paramètre de la relation Etat-collectivités territoriales

La dynamique de l'intégration communautaire au sein de l'Union européenne est un nouveau paramètre de la relation Etat-collectivités territoriales pour deux séries de raisons.

En premier lieu, la logique induite par le droit de l'Union européenne n'est pas totalement identique à celle poursuivie par le droit administratif français : cela suppose une adaptation corrélative de ce dernier. Ainsi, la définition européenne de l'intérêt général affecte la relation Etat-collectivités territoriales dans la mesure où celle-ci doit intégrer ce nouveau paramètre dans la détermination des politiques publiques qui sont mises en œuvre (1).

¹⁹⁸ J. Chevallier, *L'Etat post-moderne*, op.cit., p. 76

¹⁹⁹ D. Hoorens (dir.), *Les collectivités territoriales dans l'Union européenne*, Dexia 2008, p. 9

En second lieu, la dynamique du droit de l'Union européenne est essentiellement régionale, même si elle repose sur l'intégration d'Etat membres. La logique régionale du droit de l'Union européenne est sans doute une ligne de force nouvelle qui affecte pleinement la relation Etat-collectivités territoriales dans la mesure où, ici encore, un nouveau paramètre est à intégrer dans la relation traditionnelle Etat-collectivités territoriales (2).

1. Le prisme européen de l'intérêt général affecte la relation Etat-collectivités territoriales

La confrontation des conceptions française²⁰⁰ et communautaire²⁰¹ de l'intérêt général²⁰², a un intérêt majeur : elle permet de tracer les nouvelles lignes de partage de l'action publique. La pertinence du recours à cette notion demeure remarquable²⁰³. Cela faisant, elle affecte nécessairement les rapports Etat-collectivités territoriales qui sont tributaires de ce débat sur le rôle et la dimension de l'intérêt général.

A titre préliminaire, il convient de rappeler l'opposition classique entre deux conceptions de l'intérêt général : une conception utilitariste et une conception volontariste.

La conception utilitariste envisage l'intérêt général comme l'agrégat d'intérêts individuels, à l'instar d'Aucoc qui envisage l'intérêt général comme « la collection des intérêts privés qui forme l'intérêt public »²⁰⁴. Cette conception découle directement de

²⁰⁰ V. ainsi : D. Linotte, *Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français*, thèse Bordeaux 1975 ; D. Truchet, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, LGDJ 1977 ; J. Caillosse, *L'intérêt général, la croissance et les avatars du droit administratif des biens*, thèse Rennes 1978

²⁰¹ Outre l'étude précitée de Mme Boutayeb, il faut mentionner les travaux suivants : E. Honorat, *La notion d'intérêt général dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes* in Conseil d'Etat, *Rapport public pour 1999*, La documentation française 1999, p. 387 ; T. Harmoniaux, *L'intérêt général et le droit communautaire*, LGDJ 2001 ; F. Kauff-Gazin, *La notion d'intérêt général*, thèse Strasbourg 2001 ;

²⁰² « (...) la pluralité des expressions de l'intérêt général en droit communautaire comme l'intérêt communautaire, l'intérêt commun, ou l'intérêt général communautaire trahit moins une densité de ses manifestations que la réelle difficulté à cerner un contenu au niveau communautaire sans trahir ou contredire les conceptions nationales » C. Boutayeb, *Une recherche sur la place et les fonctions de l'intérêt général en droit communautaire*, RTDE 2003,(oct.-déc.), p. 587

²⁰³ « Que l'intérêt général, avec ses « gros sabots », soit encore admis au Palais Royal a de quoi surprendre » D. Truchet, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat : retour aux sources et équilibre* in Conseil d'Etat, *Rapport public pour 1999*, op.cit., p. 361

²⁰⁴ L. Aucoc, *Conférences sur l'Administration et le Droit Administratif*, t. 1, 1869, p. 8, Réed. Hachette

l'analyse économique libérale d'Adam Smith²⁰⁵ et a pour conséquence de faire « prévaloir la solution économique du problème de l'intérêt sur la solution politique »²⁰⁶.

A l'opposé, la conception volontariste considère que, loin d'être la somme des volontés individuelles, l'intérêt général doit les transcender. Ainsi, pour qu'une société existe, ses membres doivent avoir comme mire un intérêt commun qui ne saurait être un agrégat de volontés individuelles ou un intérêt collectif mais un intérêt supérieur transcendant.

Cette conception part du postulat que l'Etat est animé d'une volonté propre – l'intérêt général – distincte de la somme des volontés individuelles qui s'impose à elles. Ainsi que le relève M. Carré de Malberg : « cette théorie de la volonté collective de l'Etat [...] forme la base de sa doctrine sur la personne morale Etat ».

Il apparaît clairement que tant la théorie française de l'Etat que la conception française du droit public obéissent à une vision utilitariste de l'intérêt général. Tel n'est pas exactement le cas du droit de l'Union européenne.

L'appréhension de l'intérêt général en droit public interne se rapproche indéniablement de la vision volontariste qui voit précisément dans l'intérêt général la transcendance des intérêts particuliers. Le droit public apparaît ainsi tant comme le mode privilégié de l'action de l'Etat (suprême garant de l'intérêt général puisque seul capable de l'imposer à l'ensemble des sujets de droit) que l'illustration d'une logique qui veut que l'intérêt général triomphe sur l'intérêt particulier. Elle se comprend dans la mesure où la construction de l'intérêt général en France est consubstantielle à celle de l'Etat.

Cette vision de l'intérêt général a structuré de manière durable la relation Etat-collectivités territoriales dans la mesure où elle impose que l'intérêt général national prime sur l'intérêt général local. Elle induit, en conséquence, une vision du local comme étant un objet subordonné.

²⁰⁵ « Ce n'est pas de la bienveillance du boucher, du marchand de bière ou du boulanger que nous attendons notre dîner, mais bien du soin qu'ils apportent à leurs intérêts. Nous ne nous adressons pas à leur humanité, mais à leur égoïsme ; et ce n'est jamais de nos besoins que nous leurs parlons, c'est toujours de leur avantage » A. Smith, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des Nations*, 1776

La problématique est différente pour ce qui concerne l'Union européenne et le droit de l'Union européenne. En effet : la base de la construction de la Communauté économique européenne est avant tout économique. L'intégration politique a réellement pris de l'ampleur depuis 1992 avec l'avènement de l'Union européenne. Sans dimension politique, l'intérêt général ne pouvait donc initialement qu'être conçu selon un prisme essentiellement utilitariste. Ceci se comprend aisément dans la mesure où l'Union européenne est essentiellement entendue comme un espace de libre-échange où les barrières douanières et les obstacles aux échanges résultant des législations des Etats membres doivent être levés²⁰⁷. Il y a donc une méfiance de départ quant au potentiel comportement anticoncurrentiel des états membres. Dans cette optique, la vision de l'intérêt général ainsi que les principes directeurs de l'Union européenne sont donc essentiellement fondés sur une conception utilitariste. D'où « la difficulté de savoir s'il existe au préalable un intérêt général en droit communautaire à la formation des actes normatifs, et cela précisément dans un contexte de forte libéralisation du marché unique »²⁰⁸.

Il n'en demeure pas moins que « la construction communautaire, dans son ensemble, repose sur la conviction qu'il existe un intérêt commun aux Etats membres, reconnu comme tel par ces derniers, qui va au-delà de la simple addition ou du simple ajustement de leurs intérêts respectifs »²⁰⁹. Néanmoins, une telle construction n'est possible qu'à partir du moment où l'on sort d'une seule logique de bon fonctionnement du marché. C'est-à-dire, dès l'instant où les missions confiées dépassent le strict cadre économique et tendent vers la construction d'un ensemble plus vaste : on ne parle alors plus seulement d'union économique mais d'union politique, ce qui n'allait pas nécessairement de soi à l'origine²¹⁰. Il faut également ajouter à cela que le

²⁰⁶ Conseil d'Etat, *Rapport public pour 1999*, op.cit., p. 253

²⁰⁷ V. par exemple : CJCE, 19 mars 1991, *République française c/ Commission*, n° C-202/88 : Rec. CJCE 1991 p. I-01223, 1991/03/19 ; AJDA 1991, p. 538 obs. Le Mire ; RFDA 1992, p. 291 note Nedjar : « un système de concurrence non faussée tel que celui prévu par le traité ne peut être garanti que si l'égalité des chances entre les différents opérateurs économiques est assurée »

²⁰⁸ C. Boutayeb, *op.cit.*

²⁰⁹ E. Honorat, *La notion d'intérêt général dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes* in Conseil d'Etat, *Rapport public pour 1999*, op.cit., p. 388

²¹⁰ « La méthode fonctionnelle à laquelle ont adhéré les fondateurs aura imprimé la place excessivement modeste de l'intérêt général dans la construction initiale. Face aux résistances des Etats membres quant à la perspective de voir leur souveraineté décliner, ces finalités seront marginalisées au profit d'objectifs plus économiques et dès lors plus immédiats » C. Boutayeb, *op.cit.*

fonctionnement de l'Union européenne – régi par le principe de subsidiarité – rend extrêmement difficile une définition communautaire de l'intérêt général.

A la différence de la conception française de l'intérêt général, l'Union européenne peine à dégager une notion qui aurait pour conséquence de s'imposer aux Etats membres sans préjudice du principe de subsidiarité.

La Cour de justice a pourtant eu l'occasion de faire prévaloir l'intérêt général selon une conception, cette fois, beaucoup plus proche d'une vision volontariste en considérant que l'intérêt commun visée par l'article 3 du traité CECA « ne se limite pas à la somme des intérêts particuliers des entreprises ou des catégories d'entreprises placées sous la juridiction ou excédait largement le cercle de ces intérêts particuliers et se définit par rapport aux buts généraux de cette Communauté »²¹¹. Toutefois, ainsi que le souligne Mme Boutayeb, « l'intérêt national a été érigé, par le juge communautaire, en intérêt communautaire dès l'instant qu'il pouvait être menacé par une mise en œuvre exclusive du droit communautaire sans considération aucune pour l'intérêt national des Etats membres »²¹². C'est donc toute la difficulté pour le droit communautaire de dégager un intérêt *purement* communautaire qui s'impose pleinement aux états membres.

Un rapprochement entre les conceptions française et communautaire s'opère lentement, de telle sorte qu'elles exercent l'une sur l'autre des influences réciproques. Au fur et à mesure que le principe de subsidiarité s'applique en droit interne dans la sphère des relations Etat-collectivités territoriales, l'Union européenne aboutit à concevoir que l'intérêt général puisse commander à l'ensemble des Etats membres, quitte à corseter les initiatives étatiques.

La politique régionale de l'Union européenne apparaît comme un compromis entre ces deux tendances en permettant de mettre en œuvre un intérêt général communautaire au niveau local. Cette politique a ainsi pour objectif de marquer de manière visible la

²¹¹ CE, 26 juin 1958, *Chambre syndicale de la sidérurgie française*, 9/57, Rec. p. 365 ; CE, 10 mai 1960, *Compagnie des Hauts-Fourneaux de Givors*, 27 à 29/58, Rec. p. 503, cités par E. Honorat, *La notion d'intérêt général dans la jurisprudence de la Cour de justices des communautés européennes*, op. cit., p. 389

²¹² C. Boutayeb, op.cit.

présence locale de l'Union et de répondre ainsi au souci de légitimité de son action. Elle tâche ainsi de pallier son déficit démocratique, dont les Etats membres portent une part de responsabilité²¹³.

Ainsi, une partie substantielle de la réflexion sur le développement des politiques communautaires se fait selon une logique régionale et se développe au niveau local. Non seulement ces politiques traduisent une vision volontariste de l'intérêt général, mais elles induisent une évolution majeure des rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales. D'une part, l'intégration de la logique européenne de développement régionale par l'Etat aboutit à donner son plein effet au principe de subsidiarité appliqué aux collectivités territoriales, d'autre part, cette logique de développement régional conduit à superposer aux intérêts de l'Etat ceux de l'Union européenne. Il y a là un changement institutionnel de taille dans la relation Etat-collectivités territoriales.

2. La régionalisation induite par le droit de l'Union européenne agit sur le rapport Etat-collectivités territoriales

Les principes libéraux sur lesquels se fonde le droit de l'Union européenne sont déjà mis en œuvre en France où la décentralisation territoriale a également pour ambition de répondre au défi de l'impératif démocratique qui dirige tout Etat de droit.

La politique régionale de l'Union européenne participe du phénomène de globalisation, à l'échelle régionale. La régionalisation qu'elle réalise peut donc être rapprochée dans une large mesure à un phénomène local de globalisation : « c'est par ailleurs le phénomène le plus caractéristique de la globalisation, soit le développement de réalités sociales, économiques...transnationales qui vient à la rencontre de la décentralisation »²¹⁴.

²¹³ V. ainsi : Livre blanc de la commission sur la gouvernance européenne, COM (2001) 428 final du 27 juillet 2001 : « Pourtant, malgré ces réussites, de nombreux Européens se sentent coupés de l'action de l'Union. (...) L'Union est perçue comme incapable d'agir efficacement là où le besoin s'en fait clairement sentir (...).Lorsque l'Union agit efficacement, il est rare que cette action soit dûment portée à son crédit (...).Les États membres blâment trop facilement "Bruxelles" pour des décisions difficiles qu'ils ont eux-mêmes adoptées en commun, voire réclamées.(...) »

²¹⁴ J-M. Auby, *La décentralisation et le droit*, LGDJ 2006, p. 75

La politique régionale de l'Union européenne a ainsi pour objectif de faire disparaître les frontières des Etats membres afin de mettre une dynamique propre à l'Union européenne qui passe par une logique de pluralité de centres. Comme son nom l'indique, la régionalisation développée par l'Union européenne a pour objectif de dessiner une Europe des régions qui n'est pas celle des Etats. La difficulté est la combinaison de cette logique avec celle des Etats membres : si « dans la plupart des pays, la régionalisation se poursuit en parallèle avec un processus de décentralisation vers les collectivités locales de niveau inférieur comme les municipalités ou les provinces (...), en France, les réformes décentralisatrices et de régionalisation s'effectuent toujours dans le cadre sacro-saint du principe de non-hiérarchie entre les collectivités territoriales, principe qui rend confuses et compliquées les relations entre les collectivités territoriales ».²¹⁵

Cela n'empêche néanmoins pas l'incorporation de principes inhérents au droit de l'Union européenne.

La loi constitutionnelle du 28 mars 2003²¹⁶ en consacrant l'organisation administrative de la France comme étant « décentralisée »²¹⁷ constitutionnalise dans le même temps un principe de subsidiarité²¹⁸ appliqué aux collectivités territoriales²¹⁹. Il est possible de considérer que l'intégration du principe de subsidiarité en droit interne est lié au développement du droit de l'Union européenne qui permet dès lors de considérer que « tout ce qui n'est pas contraire à l'intérêt national devient concevable sur le plan de l'intérêt local »²²⁰.

Même si la politique régionale de l'Union européenne est essentiellement présentée comme une politique d'investissement destinée à réduire les écarts entre « régions » de

²¹⁵ D. Hoorens (dir.) *Les collectivités territoriales dans l'Union européenne*, précité., pp. 11-12

²¹⁶ Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République, JORF n° 75 du 29 mars 2003, p. 5568

²¹⁷ Art. 1^{er} de la Constitution : « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. (...) Son organisation est décentralisée (...) » (nous soulignons)

²¹⁸ V. sur ce point : B. Faure, *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., p. 494-495, n°s 635 à 637 et M. Verpeaux, *Droit des collectivités territoriales*, op.cit., p. 243

²¹⁹ Art. 72 de la Constitution : « (...) Les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon ». Après avoir rappelé les dispositions précitées, le Conseil constitutionnel a pu juger « qu'il résulte de la généralité des termes retenus par le constituant que le choix du législateur d'attribuer une compétence à l'Etat plutôt qu'à une collectivité territoriale ne pourrait être remis en cause, sur le fondement de cette disposition, que s'il était manifeste qu'en égard à ses caractéristiques et aux intérêts concernés, cette compétence pouvait être mieux exercée par une collectivité territoriale » : Cons.const., déc. n° 2005-516 DC du 7 juillet 2005, *Loi de programme fixant les orientations pour la politique énergétique*, Rec. CC, p. 102 ; DA août-sept. 2005.21 comm. n° 14 note R. Fraisse ; D. 2006, SC. 826, obs. V. Ogier-Bernaud et C. Severino

l'Union européenne, il n'en demeure pas moins qu'elle repose sur une logique et sur une stratégie précisément définie par la Commission européenne.

Celle-ci veille en premier lieu à ce que les Etats s'y conforment : « l'initiative phare «Une Europe efficace dans l'utilisation des ressources» a permis de souligner combien il était important que les fonds de la politique régionale servent au financement d'une stratégie de financement cohérente mobilisant les fonds nationaux, publics et privés. L'élaboration de stratégies nationales claires sera désormais une condition préalable »²²¹.

La politique régionale de l'Union européenne repose précisément sur une logique de pluralité de centres à l'inverse d'une logique de centre. Il faut en déduire que l'Union européenne fait davantage confiance aux régions qu'aux Etats pour mettre en œuvre sa politique de développement économique et social et tisser ainsi une Europe « des régions » la plus homogène possible.

Cette logique régionale développée par le droit de l'Union européenne affecte inévitablement la relation Etat-collectivités territoriales dans la mesure où elle implique pour la première fois la prise en compte d'éléments hétérogènes à cette relation. Il faut donc considérer qu'il s'agit là d'une ouverture de la relation Etat-collectivités territoriales sur l'autel de la construction européenne.

La technique contractuelle apparaît comme le seul outil à même de coordonner ces différentes volontés. A cet égard, l'examen des aides européennes dans le cadre de la politique régionale de l'Union européenne montre clairement un réagencement des relations Etat-collectivités territoriales.

²²⁰ D. Bordier, op. cit., p. 1788

²²¹ Communication du 26 janvier 2011 de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions sur la contribution de la politique régionale à une croissance durable dans le contexte de la stratégie « Europe 2020 » COM (2011), 17 final (nous soulignons)

B. L'intégration des aides européennes comme source de réagencement des relations Etat-collectivités territoriales

L'intégration des aides européennes dans le cadre de la politique régionale doit être examinée en lien direct avec l'intégration du droit de l'Union européenne dans le cœur même du droit public interne. Elle aboutit à « la réfection des catégories conceptuelles du droit administratif découlant de l'appropriation, par les instances nationales, des propres notions du droit communautaire témoigne ainsi d'une intensité plus poussée de la communautarisation du droit administratif et d'une consolidation du droit administratif européen »²²².

Dès lors, l'intégration des aides européennes en lien avec le bouleversement des « catégories conceptuelles » du droit administratif affectent inévitablement les relations Etat-collectivités territoriales.

Si la politique régionale de l'Union européenne repose largement sur une vision régionale – et non pas étatique – de l'Europe, elle doit néanmoins respecter la dynamique régionale de chaque Etat membre, ce qui inclut son organisation administrative. L'intégration des aides régionales par l'Union européenne ne saurait ainsi s'affranchir de l'implication des Etats membres. Il faut donc considérer que la politique régionale de l'Union européenne est donc tripartite dans la mesure où elle associe à ses côtés tant les Etats que les régions. La mise en œuvre de cette politique régionale nécessite donc l'intervention de la technique contractuelle (2). Il n'en demeure pas moins que cette intervention se fait conformément aux principes guidant l'action régionale de l'Union européenne qui conduisent à considérer sur un même plan l'Etat membre et les régions, ce qui renforce le rôle des collectivités territoriales (1).

²²² J. Sirinelli, *Les transformations du droit administratif par le droit de l'Union européenne*, LGDJ 2011, p. 553

1. *La mise en œuvre des aides européennes ouvre la porte à un rééquilibrage des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales*

Si la politique de l'Union européenne tend à structurer, via les fonds structurels, l'ensemble de l'Union autour d'un schéma de développement « européen » dont les politiques d'aides sont censées être le premier moteur, elle se doit conserver comme premier référent l'Etat membre. Ainsi, « l'exécution des opérations retenues dans le cadre des fonds structurels repose sur une logique de cofinancement faisant intervenir largement les Etats membres. Il importe de rappeler que ces crédits communautaires figurent en loi de finances sous l'aspect de fonds de concours rattachés aux différents ministères impliqués, principalement aux ministères de l'Intérieur, de l'Agriculture et des Affaires sociales. S'agissant de l'exécution de la dépense, il faut souligner le rôle central tenu par le réseau des comptables du Trésor, en raison de la place conférée aux organes nationaux pour la conception, la réalisation et les contrôles des programmes »²²³.

Pourtant l'objectif de la politique régionale de l'Union européenne repose sur un renforcement du rôle et de la place des régions : les stratégies qui sont menées par l'Union européenne ont donc pour conséquence de renforcer le poids des régions dans la mise en œuvre des politiques publiques. L'Union européenne choisit ainsi comme échelon de « base » de sa stratégie de développement la région²²⁴.

Les fonds structurels (Fonds social européen, fonds européen de développement régional, fonds européen agricole pour le développement rural, fonds européen pour la pêche) sont ainsi les instruments de cette politique régionale. Deux d'entre eux retiennent l'attention dans la mesure où ils sont les seuls à être pleinement sollicités et organisés : il s'agit du fonds social européen (FEDER) et du fonds européen de développement régional (FSE).

²²³ J-P. Duprat, M. Simmony, M. Tubul, *Les fonds structurels européens en région*, LGDJ 2001, p. 3

²²⁴ V. ainsi : S. Rodrigues, *Politique régionale européenne et contractualisation territoriale*, in J-P. Brouant (dir.), *Contractualisation et territoires : les contrats d'agglomération*, Les cahiers du GRIDAUH, n° 12/2005, p. 239

- Ces deux fonds obéissent à une même logique d'organisation prévue par le règlement-cadre du 11 juillet 2006²²⁵ et se doit de respecter la stratégie de Lisbonne mais surtout la stratégie EUROPE 2020 visant à faire de l'Union européenne : « une économie intelligente, durable et inclusive avec des niveaux d'emploi, de productivité et de cohésion sociale élevés »²²⁶.

L'intervention de la politique structurelle de l'Union, si elle entend stimuler la force d'une « Europe des régions » en devenir n'en oublie pas pour autant l'Etat tout en tâchant de renforcer le rôle des régions qui sont constamment associées au même titre que l'Etat dans la mise en œuvre de ces politiques d'aides. Ceci est observable tant pour ce qui concerne le FSE que le FEDER.

Le fonds social européen est le plus ancien fonds structurel de l'Union européenne puisqu'il avait été préalablement mis en place par le Traité de Rome dans son article 3 afin de réduire les écarts de développement. Aujourd'hui ce fonds est principalement utilisé dans la politique de relance de l'emploi dans les différents Etats membres de l'Union européenne²²⁷. Les objectifs et le budget du fonds social européen sont discutés entre les Etats membres, le Parlement et la Commission européenne permettant de mettre en place pour une période de sept ans des « programmes opérationnels » (depuis 2007) planifiés en partenariat entre, d'une part, les Etats membres et, d'autre part, la Commission européenne. Le développement du fonds social européen est essentiellement tourné vers la stratégie EUROPE 2020.

Le règlement européen du 11 juillet 2006 fixe les conditions dans lesquelles l'évaluation des politiques poursuivies doit être entreprise, ainsi que les contrôles devant exister²²⁸. Ces contrôles sont opérés à la fois par l'Etat membre puis, ex post, par la Commission. Ainsi, l'article 47 précise-t-il dans son deuxième alinéa, à l'endroit des Etats membres

²²⁵ Règlement (CE) n° 1083/2006 du 11 juillet 2006 portant dispositions générales sur le Fonds européen de développement régional, le fonds social européen, le Fonds de cohésion et abrogeant le règlement (CE) n° 1260/1999, JOUE L210/25

²²⁶ *Europe 2020 : Une stratégie pour une croissance durable, intelligente et inclusive*, COM (2010) 2020 final, p. 5

²²⁷ « Le FSE joue un rôle-clé en promouvant la dimension sociale de la croissance économique et la participation actives des citoyens à la société et au marché du travail, favorisant ainsi l'égalité des chances pour tous, en tant que vecteur d'une solidarité sociale et intergénérationnelle, et la naissance d'une société davantage inclusive, dans le but de réduire la pauvreté », Résolution du Parlement européen du 7 octobre 2010 sur l'avenir du Fonds social européen, P7_TA-PROV (2010) 0357 – B7 0535/2010

²²⁸ Règlement (CE) n° 1083/2006 du 11 juillet 2006 portant dispositions générales sur le Fonds européen de développement régional, le fonds social européen, le Fonds de cohésion et abrogeant le règlement (CE) n° 1260/1999, JOUE L210/25

que : « Les évaluations peuvent être de nature stratégique, afin d'étudier l'évolution d'un programme ou d'un groupe de programmes par rapport aux priorités communautaires et nationales. Elles peuvent être de nature opérationnelle, afin d'étayer le suivi d'un programme opérationnel. Elles interviennent avant, pendant et après la période de programmation ». L'évaluation, annuelle, est donc envisagée dans le cadre même du plan opérationnel national : ont ainsi été mises en place deux structures chargées de l'évaluation. La première, le comité scientifique de l'évaluation (CSE) et le comité national de suivi (CNS) qui est informé des résultats de ladite évaluation. Il ne faut pas perdre de vue que la Commission européenne est chargée d'une évaluation *ex post* reposant sur le point de situation annuel adressé par chaque Etat membre²²⁹.

Il faut donc comprendre, logiquement, que s'agissant d'orientations stratégiques décidées par la Commission européenne conjointement avec les Etats membres, ces derniers sont dès lors amenés à élaborer les programmes nécessaires à la mise en œuvre de la stratégie de l'Union européenne, sous le contrôle final de la Commission qui va adresser ses observations aux Etats et, le cas échéant réduire les aides du fonds social européen. Il en va de même pour ce qui concerne les aides du fonds européen de développement régional.

Les procédures mises en place tendent ainsi à développer une contractualisation, ne serait-ce que pour permettre de mettre en œuvre les processus d'évaluations exigés par la Commission européenne.

Le fonds européen de développement régional (FEDER) est une initiative plus récente que le fonds social européen puisqu'il remonte aux premiers élargissements, à l'époque de la communauté économie européenne. Le FEDER est né du règlement du 18 mars 1975²³⁰ avec pour vocation, d'une part, de permettre un meilleur développement des

²²⁹ Art. 68 du Règlement (CE) n° 1083/2006 du 11 juillet 2006 précité : « 1. À la suite de la présentation du rapport annuel d'exécution visé à l'article 67, la Commission et l'autorité de gestion examinent les progrès accomplis dans la mise en œuvre du programme opérationnel, les principaux résultats de l'année précédente, l'exécution financière ainsi que d'autres aspects visant à améliorer la mise en œuvre. Les aspects relatifs au fonctionnement du système de gestion et de contrôle soulevés dans le dernier rapport annuel de contrôle visé à l'article 62, paragraphe 1, point d) i), peuvent également être examinés.

2. À la suite de l'examen visé au paragraphe 1, la Commission peut adresser des observations à l'Etat membre et à l'autorité de gestion, qui en informent le comité de suivi. L'Etat membre informe la Commission des suites données à ces observations.

3. Lorsque les évaluations *ex post* des interventions de la période de programmation 2000-2006 sont, le cas échéant, disponibles, leurs résultats globaux peuvent être examinés à l'occasion du prochain examen annuel »

²³⁰ Règlement (CE) n° 724/75 du 18 mars 1975 portant création du FEDER.

régions en Europe mais également, d'autre part, de lancer une véritable et ambitieuse politique européenne régionale ou « Europe des régions » dont la réalité laisse toutefois perplexe²³¹. L'acte unique européen de 1986, dans son article 130c précise les attributions de FEDER en indiquant que ce dernier est « destiné à contribuer à la correction des principaux déséquilibres régionaux dans la Communauté par une participation au développement et à l'ajustement structurel des régions en retard de développement et à la reconversion des régions industrielles en déclin ». Il crée en outre le « comité des régions », principal organe de la politique régionale de l'Union européenne. Ainsi que le précise M. Kada, ce comité des régions a été créé afin de répondre à un double problème : « En premier lieu, environ trois quarts de la législation communautaire sont mis en œuvre au niveau local ou régional. Il était donc logique que les représentants des collectivités locales et régionales aient leur mot à dire dans l'élaboration des nouvelles lois communautaires. En second lieu, l'on craignait à l'époque que les citoyens ne soient laissés à l'écart de la construction de l'Union. Dans cette perspective, associer le niveau de gouvernement élu le plus proche du citoyen était l'une des manières de combler ce fossé »²³².

Le FEDER est aujourd'hui organisé par le règlement du 5 juillet 2006²³³ et s'aligne sur la stratégie EUROPE 2020 précédemment mentionnée. Le FEDER a ainsi pour vocation de structurer le développement régional au sein de l'Union européenne et, de même que pour le FSE, se définit dans le cadre des programmes opérationnels établis par l'Etat. A la différence du FSE, le FEDER est une structure qui s'est développée, originellement en dehors des compétences strictement dévolues par les traités fondateurs. Se combinent alors trois strates différentes d'intérêt général : intérêt communautaire, intérêt national et local.

Dans la logique de mise en œuvre des aides régionales et des dispositifs d'évaluation qui sont mis en œuvre, c'est à la technique contractuelle qu'il va être fait appel pour

²³¹ Ainsi que le précise M. Marcou, il faut rester prudent dans l'utilisation de cette expression : « Bien que certains auteurs continuent de s'y référer, l'Europe des régions a perdu aujourd'hui une grande partie de son crédit et n'est plus soutenue, en raison des problèmes de définition que soulève la notion de région et de la position que conservent les Etats, dont, notamment continue de dépendre l'essentiel des moyens dont disposent les collectivités territoriales, y compris les régions les plus fortes et les Etats fédérés ». G. Marcou, *La régionalisation en Europe – Rapport au Parlement européen* (ref. PE. 168.498). Paris, GRALE, 1999, 170 p. cité par N. Kada, *Les collectivités territoriales dans l'Union européenne*, op.cit., p. 26

²³² N. Kada, *op.cit.*, p. 37

²³³ Règlement (CE) n° 1080/2006 du 5 juillet 2006 relatif au Fonds européen de développement régional et abrogeant le règlement (CE) n° 1783/1999, JOCE du 31 juillet 2007, I. 21/01

coordonner l'ensemble des procédures. Il ne s'agit donc pas d'un hasard si l'ensemble des aides européennes sont coordonnées par les contrats de projets Etat-région : ce cadre spécifique obéit aux différents objectifs de suivi et d'évaluation posés par la Commission européenne.

2. La mise en place des aides européennes suppose le recours à la technique contractuelle entre l'Etat et les collectivités territoriales

La stratégie régionale de l'Union européenne et de ses dispositifs d'aides structurelles reposent totalement sur l'idée de « partenariat » ou encore de « contrat ». Ainsi, les articles 23 et 24 du règlement du 11 juillet 2006 disposent- ils : « ⁽²³⁾ L'action de la Communauté devrait être complémentaire de celle menée par les États membres ou viser à y contribuer. Il convient de renforcer le partenariat en prévoyant des modalités de participation de différents types de partenaires, en particulier les autorités régionales et locales, dans le plein respect de la structure institutionnelle des États membres. ⁽²⁴⁾La programmation pluriannuelle devrait viser à réaliser les objectifs des Fonds en veillant à la disponibilité des ressources financières nécessaires, à la cohérence et à la continuité de l'action conjointe de la Communauté et des États membres »²³⁴.

L'idée de « partenariat », si elle concerne essentiellement la concertation et la coordination entre les différents échelons administratifs de la procédure (Commission européenne, Etat, collectivités territoriales), à travers un comité de suivi se traduit également par l'association étroite entre les fonds structurels européens et les contrats de plan Etat-région²³⁵. Ainsi, les périodes de programmation entre fonds structurels et contrats de plan sont-elles identiques.

Le contrat est également présent une fois le dossier accepté car conforme au programme opérationnel tel qu'il a été défini au niveau régional : « un projet de convention et ses annexes techniques et financières sont adressés, pour signature, par le service unique au porteur de projet et/ou maître d'ouvrage. Ce projet de convention précise la durée et les

²³⁴ Règlement n° 1083/2006 (CE) du 11 juillet 2006, précité.

²³⁵ V. ainsi : D. Lamarque et G. Miller, *Les contrôles des fonds européens par les chambres régionales des comptes*, AJDA 2002, p. 25 et également J-M. Pontier : *Des CPER aux contrats de projets : les contrats de projets 2007-2013*, AJDA 2008, p. 1653

modalités d'exécution du projet ou de l'action financée par les fonds structurels européens, l'assiette éligible des dépenses, les dispositions financières et les obligations auxquelles s'engage le porteur du projet et/ou le maître d'ouvrage. (...) Pour les subventions inférieures ou égales à 23 000 euros pour les organismes privés et 100 000 euros pour les organismes publics, les conventions sont remplacées par des arrêtés types attributifs de subvention »²³⁶.

Des obligations vont être imposées au porteur du projet, notamment pour ce qui concerne le contrôle qui pourra être opéré par le préfet de région, ou bien par toute structure d'inspection, qu'il s'agisse d'autorités de contrôle nationales ou communautaire. Ainsi, « en cas de non-respect des clauses de la convention et, en particulier, de la non exécution totale ou partielle de l'opération, de l'utilisation des fonds non conforme à l'objet de la convention signée pour les parties ou du refus de se soumettre aux contrôles, le préfet de région peut décider de mettre fin à l'aide et exiger le reversement partiel ou total des sommes versées »²³⁷. Il existe ainsi des modèles de conventions qui sont établis par la direction générale à l'emploi et la formation professionnelle pour ce qui concerne la mise en œuvre de programmes du fonds social européen²³⁸ à destination des organismes intermédiaires (c'est-à-dire principalement les communes), eux-mêmes tenus de conclure d'autres conventions avec les bénéficiaires directs.

Il est ainsi possible de parler d'une quasi « chaîne de contrats » induite par les politiques structurelles, depuis l'Etat et les régions vers les communes. Il est également possible de s'interroger quant au rôle joué par les régions. En effet, celles-ci sont obligatoirement associées à la définition des programmes opérationnels qui sont négociés avec l'Etat : en dehors de ce cadre tout bénéfice des fonds structurels est exclu pour les communes qui ne sont, en principe, pas associées à ces discussions. Si l'Etat reste le principal pilote des opérations, conformément aux orientations fixées par la Commission européenne, c'est également pour éviter un risque de tutelle indirecte entre collectivités qui pourrait vicier l'opération contractuelle.

²³⁶ J-P. Duprat, M. Simmony, M. Tubul, *Les fonds structurels européens en région*, op.cit., p. 81, n°2.45

²³⁷ J-P. Duprat, M. Simmony et M. Tubul, op.cit., p. 82, n° 2.46

Les récentes orientations de la Commission européenne relatives au futur des politiques structurelles ont mis en exergue, de manière très forte, le recours au contrat comme instrument central de mise en œuvre de ces politiques. Ainsi, dans une communication du 11 septembre 2010²³⁹, la Commission européenne prévoit-elle un mécanisme contractuel à double détente : «La communication sur le réexamen du budget de l'Union propose une nouvelle programmation stratégique de la politique de cohésion, le but étant d'associer plus étroitement toutes les politiques de l'Union et, partant, de traduire dans les faits la stratégie «Europe 2020» et les lignes directrices intégrées. Cette réorganisation impliquerait :

- un **cadre stratégique commun** (CSC) adopté par la Commission, qui traduirait les objectifs et les ambitions d'*Europe 2020* en priorités d'investissement. Il engloberait le Fonds de cohésion, le Fonds européen de développement régional, le Fonds social européen, le Fonds européen agricole pour le développement rural et le Fonds européen pour la pêche;
- un **contrat de partenariat pour le développement et l'investissement** qui, sur la base du CSC, établirait les priorités en matière d'investissement, la répartition des ressources nationales et de l'Union entre les programmes et les domaines prioritaires, les conditions convenues et les objectifs à atteindre. Ce contrat s'appliquerait à la politique de cohésion, mais il pourrait être utile d'étendre son champ d'application à d'autres politiques et à d'autres instruments de financement de l'Union pour promouvoir la cohésion économique, sociale et territoriale de manière cohérente et intégrée. Le contrat serait l'aboutissement des négociations entre la Commission et les États membres sur la stratégie de développement présentée dans le programme national de réforme de ces derniers. Il décrirait également le mode de coordination des Fonds de l'Union à l'échelon national;
- des **programmes opérationnels** (PO) qui, comme actuellement, seraient les principaux instruments de gestion et transposeraient le contenu des documents stratégiques en priorités concrètes d'investissement, assorties d'objectifs clairs et mesurables, ce qui devrait permettre d'atteindre les objectifs nationaux fixés dans le cadre de la stratégie «Europe 2020» ».

²³⁸ http://www.europeidf.fr/fileadmin/documents_fse/instructions/Inst_DGEFP_n_2010-05_conv_sub_globale_FSE.pdf

Il faut en déduire, d'une part, que l'organisation de la politique structurelle tend à devenir pour la Commission un modèle du genre quant à la coordination nécessaire à mettre en œuvre entre instances communautaires et Etats membres. D'autre part, l'existence de tels contrats de « partenariat pour la recherche et l'investissement » aurait pour conséquence d'assister à un renforcement du rôle de l'Etat alors même qu'il n'est nulle part fait mention d'une éventuelle consultation des collectivités finalement destinataires de ces fonds.

La réponse de la France²⁴⁰ aux questions de la Commission dans la communication précitée est tout à fait intéressante dans la mesure où elle considère que le futur *contrat national de partenariat pour le développement et l'investissement* « pourrait être le cadre dans lequel seront définies les priorités nationales en matière d'intervention des fonds structurels, déclinant la stratégie Europe 2020 et explicitant les priorités territoriales de l'Etat en prenant en compte les différents contextes régionaux. Ce contrat, élaboré en concertation étroite entre l'Etat et les collectivités territoriales, servira de cadre aux divers programmes opérationnels qui doivent rester les seuls documents juridiques vis-à-vis de la Commission européenne. Ces programmes devront, ainsi, répondre aux orientations nationales et aux enjeux propres à chaque région ».

Si l'idée d'une concertation entre l'Etat, les collectivités territoriales et l'Union européenne est bien présente, la perspective de conférer une valeur impérative à ces « contrats » inquiète l'Etat qui préfère voir dans les programmes opérationnels les « seuls documents juridiques vis-à-vis de la Commission européenne », c'est-à-dire les seuls éléments sur lesquels, juridiquement, la Commission pourrait asseoir un quelconque contrôle et fonder un certain nombre d'exigences. Ainsi, pour la France, « l'élaboration du contrat national et des programmes opérationnels devra garantir que, d'une part, les priorités nationales seront bien traduites au niveau régional (top-down) et, d'autre part que la stratégie et les objectifs nationaux reflèteront bien les attentes, les besoins et les engagements du niveau régional (bottom-down). Cela suppose que l'élaboration et la négociation de ces documents s'effectuent de manière concomitante et non pas successive ».

²³⁹ Conclusions du cinquième rapport sur la cohésion économique, sociale et territoriale : l'avenir de la politique la cohésion, COM (2010) 642 final

²⁴⁰ http://ec.europa.eu/regional_policy/consultation/5cr/pdf/answers/national/france_government_contribution_2011_01_11.pdf

Les collectivités territoriales ne s'y sont pas trompées : ainsi la région Languedoc-Roussillon met elle en exergue dans sa contribution au débat sur le cinquième rapport sur la cohésion économique, sociale et territoriale la nécessaire précision des « modalités d'élaboration et de technique contractuelle des « contrats de partenariat », et notamment l'implication des Régions, autorités locales. Ces contrats doivent laisser suffisamment de marge de manœuvre au niveau régional pour permettre une adaptation aisée des programmes opérationnels aux spécificités territoriales »²⁴¹. Les associations des maires des grandes villes de France et des communautés urbaines de France s'interrogent quant aux « modalités de mise en œuvre des contrats de partenariat pour le développement et l'investissement, qui ne pourront être négociés uniquement entre l'Etat et les régions. A ce titre, elles demandent à la Commission de s'assurer de la réalité d'un partenariat multi niveaux dans l'écriture de ces contrats »²⁴². Il est ainsi intéressant de constater, à travers ces deux exemples, que les collectivités comptent sur les institutions de l'Union européenne pour garantir leurs compétences dans cette matière des fonds structurels, inextricablement liée à la négociation des contrats de projets Etat-région. La difficulté supplémentaire étant, précisément, que seule la région est à ce stade sollicitée.

Néanmoins, les initiatives tendant précisément à conférer une réelle place aux collectivités territoriales dans l'élaboration des programmes de développement régionaux de l'Union, et partant un véritable statut juridique sont réelles. Ainsi dans son livre blanc de 2001 sur la gouvernance européenne²⁴³, la Commission souhaitait mettre en place des contrats tripartites d'objectifs pour « les législations et les programmes à fort impact territoriale ». Il ne faut néanmoins perdre de vue que ces contrats ne sauraient être valablement conclus que « (...) pour autant que soit maintenue l'égalité de concurrence au sein du marché intérieur ».

Il en résulte que la dynamique régionale de l'Union européenne ne peut être pensée en dehors de sa dynamique économique et concurrentielle : l'intégration européenne implique également un changement de logique de l'action publique qui ne peut laisser totalement intact la conception traditionnelle de la relation Etat-collectivités territoriales. Celle-ci pourrait être saisie par le droit de la concurrence.

http://ec.europa.eu/regional_policy/consultation/5cr/pdf/answers/local_authorities/languedoc_roussillon_region_2011_01_28.pdf

²⁴² http://ec.europa.eu/regional_policy/consultation/5cr/pdf/answers/local_authorities/association_maires_france.pdf

§ 2 : La relation Etat-collectivités territoriales saisie par le droit de la concurrence ?

A priori, seules les activités économiques des personnes publiques sont susceptibles d'entraîner l'application corrélative des règles de concurrence²⁴⁴. Ainsi, l'aspect institutionnel de la relation Etat-collectivités territoriales devrait demeurer soustrait à l'application des règles de concurrence en raison de son caractère éminemment régalién²⁴⁵.

La mutation de l'action publique et des relations Etat-collectivités territoriales par le recours à la technique contractuelle est susceptible d'importer un certain nombre de réflexes « concurrentiels » dans une relation qui en était jusqu'à présent exempte. Cette situation est également une conséquence de la globalisation et, plus particulièrement, une conséquence du développement extraordinaire du droit de la concurrence dans la sphère des activités des personnes publiques. Ce développement est dû, plus spécifiquement, à l'intégration européenne.

Le droit de l'Union européenne se développe selon des principes et des dynamiques qui lui sont propres. Concernant la sphère des relations Etat-collectivités territoriales, la prise en compte de la dynamique régionale de l'Union européenne apparaît déjà comme une modification majeure. En effet : elle intègre un élément extérieur – la dynamique régionale – aux termes habituels de l'équation Etat-collectivités territoriales.

La seconde dynamique propre au droit de l'Union européenne est la dynamique concurrentielle, propre à favoriser le bon fonctionnement des échanges dans une économie de marché, conformément aux principes de l'économie libérale. L'intégration de cette logique concurrentielle par le droit de l'Union européenne au sein du droit administratif français a considérablement fait évoluer la conception traditionnelle de l'intervention dans l'économie des personnes publiques.

²⁴³ Livre blanc de la commission sur la gouvernance européenne, COM (2001) 428 final du 27 juillet 2001, précité

²⁴⁴ F. Tesson, *La notion française d'activité économique des personnes publiques*, AJDA 2013, p. 1675

²⁴⁵ V. ainsi : CJCE, 19 janvier 1994, *Eurocontrol*, aff. C-364/92, Rec. CJCE, p. I-43 ; CJCE, 26 mars 2009, *Selex sistemi integrati SPA*, aff. C-113/07

De prime abord, il apparaît difficile de considérer que la relation institutionnelle Etat-collectivités territoriales puisse être saisie d'une quelconque manière par le prisme du droit de la concurrence. En effet : le cadre éminemment régalién de cette relation conduirait à exclure définitivement cette hypothèse dans la mesure où elle n'atteint pas, en principe, la sphère économique.

Toutefois, deux éléments concurrents permettent d'envisager l'hypothèse d'une « concurrentialisation » des relations Etat-collectivités territoriales par la technique contractuelle.

En premier lieu, le recours à la technique contractuelle est susceptible d'introduire une concurrence entre collectivités territoriales dans leurs rapports avec l'Etat : la recherche de financements, la raréfaction des finances publiques sont autant de facteurs qui expliquent la nécessité d'obtenir le « contrat » avec l'Etat. Ainsi, il serait possible d'évoquer une certaine « mise en concurrence » de la relation Etat-collectivités territoriales par l'exacerbation des rivalités entre collectivités territoriales (A).

En second lieu, la dimension procédurale de la technique contractuelle rappelle inévitablement d'autres procédures mises en place relatives à la passation de contrats nommés, à l'instar des règles existantes, de manière globale, en matière de commande publique. Bien que la relation Etat-collectivités territoriales et le recours à la technique contractuelle ne renvoie pas à la notion de commande publique, il y a cependant lieu de s'interroger sur l'importation de principes propres à la commande publique dans le cadre du recours à la technique contractuelle dans la relation Etat/collectivités territoriales, à l'instar du principe de transparence. Cette réflexion est motivée par la forte « concurrence » qui existe aujourd'hui entre collectivités territoriales afin de contracter avec l'Etat. Cette dimension pourrait demain venir encadrer de manière très forte le recours à la technique contractuelle entre l'Etat et les collectivités territoriales (B).

A. La technique contractuelle entre l'Etat et les collectivités territoriales comme source de concurrence entre collectivités territoriales

Le développement de la technique contractuelle entre l'Etat et les collectivités territoriales a pour conséquence de développer une véritable concurrence entre collectivités territoriales, avec le risque, à terme, de développer un phénomène de judiciarisation des rapports Etat-collectivités territoriales.

La technique contractuelle entre l'Etat et les collectivités territoriales devenant aujourd'hui l'incontournable du financement des politiques publiques, il faut admettre qu'il existe une grande concurrence entre collectivités afin de défendre leurs projets et d'emporter la conclusion du contrat avec l'Etat et permettre d'obtenir ainsi des financements. Le caractère diffus de la technique contractuelle aidant, plusieurs niveaux de collectivités territoriales se retrouvent en concurrence sur des projets similaires.

L'exemple des contrats de territoire est à cet égard instructif : il s'agit d'un instrument permettant d'associer l'Etat, les régions, les départements, les communes, des établissements publics de coopération intercommunales et même certains acteurs économiques. Ces contrats « sont un pacte de développement. En s'efforçant d'autoriser le sur-mesure, ils sont une réponse aux exigences de la nouvelle donne institutionnelle. L'objectif est de mieux appréhender la réalité de chaque territoire, d'organiser son développement dans le respect de son identité, tout en veillant à la cohérence de l'action publique. (...) Les contrats de territoire doivent être le prolongement naturel des schémas d'organisation des compétences et de mutualisation des services. Ils permettent d'aborder les politiques publiques à la bonne échelle, celle qui conjugue distance et proximité. Ils constituent un trait d'union entre le rural et l'urbain »²⁴⁶.

Le caractère multipolaire de cet instrument instaure une forte concurrence entre collectivités territoriales, ce qui affecte bien évidemment leurs relations avec l'Etat dans la mesure où celui-ci est partie à la convention. Ainsi que le relève M. le sénateur

²⁴⁶ P. Heintz, *Clarification des compétences territoriales entre départements et régions : « de l'autre côté du miroir »*, AJCT 2012, p. 408

Bélot : « en ce qui concerne la solidarité territoriale, il existe une sorte de rivalité entre les départements et les régions au travers des contrats de territoire - ou de politiques plus parcellisées des départements parce qu'elles sont historiques- pour aider le territoire. La vérité des chiffres, même si elle ne se voit pas, est que les départements apportent à peu près 10 quand les régions apportent 1. Il faut éviter toute surenchère entre les différentes collectivités territoriales dans leur appui à un projet qui conduit finalement à des aides qui en dépassent le coût »²⁴⁷.

Il y a donc un risque de contamination de la relation Etat-collectivités territoriales par le développement des politiques contractuelles : « cette diversification des politiques contractuelles en France (et dans bien des pays de l'Union européenne) alimente une multiplication des projets locaux parfois redondants et de montages souvent opaques aux yeux du non-spécialiste. Elle encourage également la structuration de coalitions concurrentes d'acteurs à tous les niveaux, qui consacrent des rivalités politiques avec l'Etat ou entre collectivités territoriales au moins autant qu'elles traduisent des complémentarités dans les actions des porteurs de projets d'intérêt général »²⁴⁸.

Si la concurrence entre collectivités territoriales s'exacerbe sur le terrain du recours aux techniques contractuelles entre l'Etat et les collectivités territoriales, il est possible de s'interroger sur l'importation éventuelle de principes directement tirés du droit de la commande publique. Tel serait le cas d'une application du principe de transparence qui pourrait être, à terme, invoqué par les collectivités territoriales afin de clarifier une situation d'opacité quant aux critères de choix qui sont mis en œuvre par l'Etat dans sa politique contractuelle avec les collectivités territoriales.

²⁴⁷ Compte-rendu de la délégation aux collectivités territoriales du 1^{er} mars 2011, Mise en œuvre de la réforme des collectivités territoriales, audition de M. Jean-Jacques de Peretti, Conseiller d'Etat, disponible sur : <http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20110228/colter.html>

B. Vers l'application du principe de transparence dans la mise en œuvre de la technique contractuelle entre l'Etat et les collectivités territoriales ?

Le rapport « Agir ensemble ? » mettant en œuvre vingt-cinq propositions pour penser l'avenir de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales souligne notamment la nécessité d'établir une « transparence sur les instances de négociation en limitant l'existence d'instances parallèles et informelles »²⁴⁹. S'il existe une demande de plus de transparence dans la procédure de mise en œuvre des techniques contractuelles, il faut tout d'abord définir ce que recouvre le principe juridique de transparence dans la sphère de la commande publique.

Ce principe a tout d'abord été érigé par la jurisprudence européenne dans le cadre des marchés publics²⁵⁰. Il énonce une « obligation de transparence » liée au « principe de non discrimination » inhérent au droit de l'Union européenne. Ainsi « la transparence n'est qu'un moyen au service de la non discrimination, elle permet de ménager la preuve de l'absence de discrimination dans l'attribution du contrat. (...) La Cour considère que le meilleur moyen d'établir la non-discrimination est de mettre en place une procédure transparente consistant « à garantir en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture des marchés de services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication »²⁵¹.

Il est intéressant de voir de quelle manière ce principe a été incorporé en droit interne. Le Conseil constitutionnel a rattaché ce principe de transparence aux « principes qui découlent des articles 6 et 14 de la Déclaration de 1789 et qui sont rappelés par l'article 1er du nouveau code des marchés publics, aux termes duquel : "Les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. - L'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics sont assurées par la

²⁴⁸ J.-P. Gaudin, *La contractualisation des politiques et la nouvelle action publique* in Y. Luchaire (dir.), *Collectivités territoriales et gouvernance contractuelle*, L'Harmattan 2006, p. 26

²⁴⁹ « Agir ensemble ? 25 actions pour penser l'avenir de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités », La documentation française 2013, p. 49

²⁵⁰ CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GMBH, Telefonadress GMBH, affaire C-324/98*, AJDA 2001, p. 106 note Richer

²⁵¹ L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ 2012, 8^e éd., p. 33

définition préalable des besoins, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence ainsi que par le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse »²⁵².

Si ces principes sont pour le moment réservés à la sphère de la commande publique, leur rattachement aux articles 6 et 14 de la DDHC²⁵³ – c'est-à-dire au principe d'égalité et au principe du contrôle de l'emploi de la contribution publique – pourrait permettre une extension à l'ensemble des contrats ou conventions conclues par les personnes publiques. Ainsi, des collectivités se retrouvant exclues du recours au procédé contractuel pourraient être tentées de faire valoir leurs droits en invoquant le principe de transparence. Ceci pourrait conduire à la mise en œuvre d'un véritable encadrement procédural « concurrentiel » entourant le recours au procédé contractuel.

La technique contractuelle pourrait ainsi amener à importer dans la relation Etat-collectivités territoriales des principes issus du droit de la concurrence. Cette évolution ne serait pas tellement étonnante, eu égard aux enjeux en présence dans le cadre des relations Etat-collectivités territoriales. Il s'agit ni plus ni moins, pour ces dernières, que d'obtenir des subsides de l'Etat. Dans un contexte de raréfaction de l'argent public, il est logique d'imaginer que le combat sera âpre. La conquête d'une véritable procédure encadrant la passation des instruments produits par la technique contractuelle sera indéniablement un enjeu de pouvoir majeur, demain. D'où la nécessité de fixer le cadre au sein duquel la technique contractuelle entre l'Etat et les collectivités territoriales peut évoluer.

CONCLUSION DU TITRE 1

La relation Etat-collectivités territoriales s'est construite non pas dans l'ignorance mais à rebours de l'idée de contrat. Le « contrat » dans la relation Etat-collectivités

²⁵² Cons.const., déc. n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, Rec. CC, p. 382 ; RFDC 2003, p. 772 note Fatôme et Richer ; RDP 2003, p. 1163 note Lichère

²⁵³ Article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen : « La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents » ; Article 14 de la même Déclaration : « Tous les Citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée ».

territoriales a surtout servi de repoussoir tant il était associé à une situation de morcellement territorial et synonyme de négation de l'idée de l'Etat.

Pourtant, l'antinomie de principe entre l'idée de contrat et celle de statut a pu être surmontée dès lors que les effets du « contrat » ont pu être encadrés par le statut des collectivités territoriales. A ce moment, la technique contractuelle trouve un intérêt certain dès lors qu'elle ne s'affiche plus comme un élément d'opposition au rôle central de l'Etat.

La technique contractuelle apparaît comme une solution à un besoin de coordination par l'Etat des politiques publiques qui sont mises en œuvre à l'échelon local : elles s'intègrent sans difficulté à la volonté de l'Etat-dirigiste puis de l'Etat-planificateur. Teintée de consensualisme, la technique contractuelle sert également les intérêts de l'Etat décentralisateur : elle devient à ce titre l'instrument de la décentralisation territoriale au début des années 1980.

La technique contractuelle correspond ainsi à un besoin de coordination de l'action publique : elle permet d'associer les différents acteurs des politiques qui se sont multipliés à la faveur du mouvement de globalisation qui affecte profondément la relation Etat-collectivités territoriales. La nature diffuse du mouvement de globalisation – tout à la fois politique, économique et juridique – fait entrer la relation Etat-collectivités territoriales dans un environnement multipolaire où la technique contractuelle apparaît comme l'un des rares mécanismes capables d'absorber les nouveaux termes de cette relation Etat-collectivités territoriales.

La technique contractuelle est aujourd'hui, en définitive, autant voulue que subie dans la mesure où est devenue incontournable dans la relation Etat-collectivités territoriales. A telle enseigne que l'intégration de la technique contractuelle dans la relation Etat-collectivités territoriales a atteint une telle consécration qu'elle apparaît comme l'une des dynamiques propres à la décentralisation administrative et s'identifie comme un mouvement à part entière.

La contractualisation apparaît ainsi comme le stade le plus avancé de la technique contractuelle dans la mesure où elle jouit d'une consécration institutionnelle, même si celle-ci n'apparaît pas encore comme ayant été clairement définie.

En effet : la contractualisation demeure à définir tant dans son principe que dans son étendue. Elle doit être conforme aux principes décentralisateurs, au premier rang desquels figurent le principe de libre-administration, le principe d'égalité et le principe de subsidiarité.

Néanmoins, l'outil nouveau que représente la contractualisation n'est pas sans conséquence tant sur la conception de la décentralisation territoriale que sur celle des principes sur lesquels elle repose.

*

TITRE 2. UN OUTIL NOUVEAU : DU CONTRAT A LA CONTRACTUALISATION

Le développement spectaculaire de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales conduit à un profond bouleversement du droit administratif. Il concerne tant les catégories juridiques du droit administratif que l'exercice par les personnes publiques de leurs compétences.

Le glissement sémantique du « contrat » à la « contractualisation » trouve ainsi une traduction juridique : l'implosion de la notion de contrat pour donner naissance à une nouvelle catégorie juridique : celle de convention d'administration²⁵⁴. D'un point de vue historique et politique, la contractualisation est nouvelle dans la mesure où elle vient transformer une relation profondément unilatérale pour lui substituer une relation teintée de consensualisme. Il faut y voir une évidente volonté politique. Toutefois, la contractualisation territoriale s'intègre difficilement au sein d'une conception classique du droit administratif qui repose essentiellement sur des catégories clairement identifiées, que sont notamment le contrat ou encore l'acte administratif unilatéral.

En premier lieu, la banalisation de l'usage de la contractualisation conduit à la multiplication d'instruments dont les contours juridiques ne sont pas toujours aisément identifiables. Il en va d'autant plus ainsi que l'inadaptation de la classification traditionnelle des actes administratifs est patente à plusieurs titres. D'une part, une nouvelle catégorie juridique, celle des conventions d'administration ne trouve, par définition, sa place nulle part. D'autre part, la logique consensuelle n'est pas compatible avec certaines catégories traditionnelles du droit administratif fondées sur l'unilatéralisme. La notion de convention d'administration transforme et enrichit les bases habituelles du droit administratif et conduit à reconsidérer en profondeur les matières contractuelles, c'est-à-dire, en l'espèce, les matières pouvant faire l'objet d'une contractualisation (Chapitre 1).

En second lieu, la définition des matières pouvant faire l'objet de la contractualisation ne suffit pas à circonscrire le champ d'application de cette dernière. S'il apparaît possible de considérer que la contractualisation remet en cause la classification traditionnelle des actes administratifs, elle se heurte néanmoins au statut constitutionnel des collectivités territoriales (Chapitre 2) et aux principes du droit public fondant l'exercice des compétences. Il faut donc considérer que la contractualisation des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales trouve ses limites dans l'examen du principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales et ses nombreux corollaires, à l'instar du principe de liberté contractuelle des collectivités territoriales. En effet, par définition, c'est le cadre constitutionnel et légal de la décentralisation territoriale qui détermine le champ des possibles.

Chapitre 1 : Une remise en question des catégories traditionnelles du droit administratif

La classification des actes administratifs ainsi que la définition des « matières contractuelles » apparaissent inadaptées au développement exponentiel de la contractualisation et, plus précisément, au foisonnement des instruments de la contractualisation.

Il faut donc distinguer le mouvement de contractualisation qui consiste dans l'utilisation d'une procédure consensuelle pour régler et organiser les relations Etat-collectivités territoriales des instruments juridiques venant mettre en œuvre cette procédure. Cette distinction implique de catégoriser ces instruments de la contractualisation. Leur caractère profondément hétérogène et spécifique ne permet pas une classification naturelle au sein des différentes catégories juridiques préexistantes du droit administratif. C'est la raison pour laquelle il y a lieu de réexaminer ces catégories à la lumière du phénomène de la contractualisation territoriale.

²⁵⁴ S. Hourson, *Les conventions d'administration*, LGDJ 2014

En réalité, le recours massif à la contractualisation des relations entre l'État et les collectivités locales transforme l'un et l'autre. D'une part, sur le plan des instruments juridiques, il y a lieu d'évoquer un profond renouvellement des catégories juridiques du droit administratif (Section 1). Ce renouvellement se caractérise en particulier du fait de l'émergence de la nouvelle catégorie qui rassemble la majorité des instruments de la contractualisation : la convention d'administration. D'autre part, sur le plan du mouvement de contractualisation lui-même – c'est-à-dire de la procédure consensuelle – c'est l'espace même offert à la contractualisation qui est transformé (Section deux) puisque nombre de barrières prohibant le recours à des procédés conventionnels tombent du fait du caractère attractif de la contractualisation.

Section 1 : Le renouvellement par la contractualisation des catégories juridiques du droit administratif

Le développement des instruments de la contractualisation sème le trouble dans la classification des actes administratifs dans la mesure où celle-ci établit dans son principe une *summa divisio* entre les actes administratifs unilatéraux et les contrats. Seuls ces derniers, en principe, reposent sur leur caractère consensuel, à l'inverse des premiers.

Précisément, le consensualisme affiché de la contractualisation ne préjuge en rien de son appartenance à une catégorie juridique identifiée. En d'autres termes, contractualisation ne signifie évidemment pas systématiquement contrat voir même accord de volontés. Il faut ajouter à cela que les effets juridiques produits par ces instruments de la contractualisation sont extrêmement variés. Dès lors, l'examen des instruments de la contractualisation implique de scinder d'une part, la procédure d'élaboration de l'acte et, d'autre part, les effets juridiques qu'il est censé déployer. Il y a donc lieu de redéfinir profondément la vision traditionnelle des catégories juridiques en droit administratif (§1).

Ce réexamen ne permet toutefois pas d'aboutir à une identification complète des instruments de la contractualisation territoriale dans la mesure où la classification traditionnelle des actes administratifs repose essentiellement sur le caractère impératif

de ces derniers. Or, la majorité des instruments de la contractualisation en sont dépourvus. Ils n'en sont pas moins des objets juridiques qui sont saisis par le droit, même s'ils ne sont pas catégorisables au sein des catégories traditionnelles du droit administratif. La notion de convention d'administration est une nouvelle catégorie juridique qui permet de prendre en considération l'ensemble de ces instruments dépourvus de portée impérative mais dotés d'une portée directive (§2). Cette nouvelle catégorie juridique autonome apparaît ainsi comme la principale conséquence juridique de la contractualisation territoriale.

§ 1 : La contractualisation amène à réexaminer les catégories traditionnelles d'actes administratifs

La contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales par les instruments qu'elle développe heurtent profondément la conception traditionnelle des actes administratifs en droit administratif français dans la mesure où cette dernière est avant tout fondée sur le caractère impératif des actes en cause.

Le caractère consensuel de la procédure de contractualisation donne naissance à des instruments hybrides, révélant par la même occasion leur inadaptation aux catégories traditionnelles du droit administratif. Ceci explique que leur développement conduit à remettre en cause la classification traditionnelle des actes administratifs (A).

Le dénominateur commun des instruments de la contractualisation demeure le consensualisme permettant de parler, souvent par abus de langage, de « contrat » alors même qu'une telle qualification juridique fait parfois défaut, faute pour l'instrument en cause de reposer réellement sur un consensus entre parties et d'être juridiquement obligatoire. Ainsi, la contractualisation renouvelle en profondeur la distinction classique entre l'acte administratif unilatéral et le contrat (B) pour finalement se matérialiser le plus souvent par un instrument juridique qui lui est spécifique : la convention d'administration.

A. La remise en cause par la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales des catégories traditionnelles du droit administratif

L'apparence consensuelle de la contractualisation territoriale perturbe en profondeur l'analyse juridique dans la mesure où elle ne permet pas d'identifier sereinement la catégorie juridique de chaque instrument qu'elle crée, lorsqu'il est fait référence à la classification traditionnelle des actes administratifs.

Il apparaît ainsi, en premier lieu, que la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales conduit à reconsidérer cette classification traditionnelle dans la mesure où elle ne lui est pas adaptée (1). En second lieu, la contractualisation repose davantage sur l'idée de convention que sur l'idée de contrat : il ne s'agit pas seulement d'une question de sémantique ; il s'agit bien d'un problème de fond qui draine un certain nombre de conséquences juridiques (2).

1. La contractualisation territoriale remet en cause la distinction classique entre actes administratifs unilatéraux et contrats

Par hypothèse, la contractualisation territoriale est fondée sur l'idée de contrat c'est-à-dire sur une base consensuelle. Dès lors qu'il s'agit de qualifier juridiquement un instrument de la contractualisation, l'existence d'un certain consensualisme peut prêter à confusion quant à la qualification de l'acte en cause. Aussi bien, les catégories classiques du droit administratif, s'agissant des actes administratifs, apparaissent inadaptées aux instruments de la contractualisation.

La procédure essentiellement consensuelle véhiculée par la contractualisation semble a priori exclure d'office la qualification d'acte administratif unilatéral. En effet, cette qualification implique la production d'effets de droit impératifs par un acte émanant

d'une autorité administrative et mettant en œuvre, en principe, des prérogatives de puissance publique. Il est toutefois possible de considérer que certains actes d'apparence contractuelle pourraient être requalifiés comme actes administratifs unilatéraux dès lors que l'autonomie de la volonté du cocontractant est niée et si des obligations sont imposées unilatéralement, il ne saurait y avoir contrat²⁵⁵. Il s'agirait alors d'actes administratifs « négociés », à condition, bien entendu, qu'il y ait production d'effets de droit impératifs. Précisément, la plupart des instruments de la contractualisation en sont dépourvus.

A la frontière de l'acte administratif unilatéral et du contrat, la catégorie de l'acte mixte²⁵⁶ pourrait représenter un intérêt quand bien même elle n'a jamais été reconnue clairement par la jurisprudence. L'acte mixte se définit comme : « l'acte passé entre une ou plusieurs personnes privées et l'administration et qui associe, par fusion ou par juxtaposition des éléments contractuels à des éléments réglementaires »²⁵⁷. Il n'en demeure pas moins que ces actes sont en grande partie assimilés à des contrats par la jurisprudence même si l'effet de l'insertion d'éléments réglementaires en modifie singulièrement le régime contentieux. Pour ce qui concerne cette catégorie particulière d'actes d'apparence contractuelle mais à contenu réglementaire, il apparaît qu'il faille leur réserver le traitement des contrats entre personnes publiques même si, conceptuellement, ils ne sauraient être assimilés à d'authentiques contrats. La qualification d'acte mixte repose également sur la présence d'effets de droit impératifs produits par l'instrument en cause : la contractualisation territoriale, une fois encore, en est souvent dépourvue.

S'agissant des contrats, la matière particulière du droit administratif conduit à considérer que lorsque deux personnes publiques décident de contracter, la force du critère organique (la présence d'une personne publique) l'emporte en principe sur la considération matérielle (l'objet ou le contenu du contrat). La jurisprudence considère ainsi : « qu'un contrat conclu entre deux personnes publiques revêt en principe un caractère administratif, impliquant la compétence des juridictions administratives pour

²⁵⁵ CE, 2 janvier 1959, *Lecomte*, Rec. CE, p. 4

²⁵⁶ V. Y. Madiot, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, LGDJ 1971.

²⁵⁷ Y. Madiot, *thèse précitée*, p. 243

connaître des litiges portant sur les manquements aux obligations en découlant, sauf dans les cas où, eu égard à son objet, il fait naître entre les parties que des rapports de droit privé »²⁵⁸. Si cette présomption n'est pas irréfragable – la preuve contraire étant apportée par l'existence de rapports de droit privé entre les personnes publiques – elle permet néanmoins de régler de manière simple mais efficace le sort des contrats entre personnes publiques en faisant prévaloir le critère organique sur le critère matériel : « le critère organique (présence de deux personnes publiques) établit une présomption d'administrativité du contrat et s'avère à cet égard d'un maniement remarquable (...). La solution du Tribunal des conflits a le mérite incontestable d'éviter le recours à un raisonnement qui pouvait se trouver en porte-à-faux et de correspondre au sentiment général que l'on éprouvait confusément devant cette catégorie de contrats »²⁵⁹.

Cette présomption repose sur la considération qu' « un contrat entre deux personnes publiques doit être présumé administratif car il est normalement à la rencontre de deux gestions publiques ». Cette présomption cède dès lors que « l'existence de rapports de droit privé est liée à l'objet du contrat »²⁶⁰. Cette présomption peut également s'expliquer par la circonstance que les critères traditionnels du contrat administratif, notamment celui de la clause ou du régime exorbitant paraissent inadaptés aux contrats entre personnes publiques²⁶¹ car « il est indispensable que *l'égalitarisme* soit la règle dans les contrats entre collectivités publiques, faute de quoi le procédé conventionnel perdrait tout son sens »²⁶². Cet « égalitarisme » impliquerait ainsi d'exclure le critère de la clause exorbitante pour qualifier d'administratifs les contrats conclus entre l'Etat et les collectivités territoriales ainsi que le relèvent MM. Auby et Hubrecht : « les contrats qui se développent actuellement entre personnes de droit public ne contiennent pas le plus souvent de clauses exorbitantes. La situation paraît particulièrement claire en ce qui concerne les conventions conclues entre l'Etat et les collectivités locales »²⁶³.

C'est davantage les effets de l'acte qui posent ici problème : le contrat est essentiellement un accord de volontés destinés à produire des effets juridiques

²⁵⁸ TC, 21 mars 1983, *UAP c/ Ministre des P. et T.*, Rec. CE, p. 537 ; AJDA 1983, p. 356, concl. Labetoulle ; D. 1984, V, p. 33, note Auby et Hubrecht

²⁵⁹ F. Moderne, *Les conventions entre personnes publiques*, RFDA 1984, p. 18

²⁶⁰ D. Labetoulle, *concl. précitées*, p. 358

²⁶¹ V. dans ce sens la note précitée de MM. Auby et Hubrecht, not. p. 35

²⁶² J-D. Dreyfus, *op.cit.*, p. 164

²⁶³ J-F. Auby et H-G. Hubrecht, *note précitée*, p. 35

impératifs pour des sujets de droit déterminés. La contractualisation n'a pas pour vocation première de produire des effets de droit impératifs dans la mesure où elle est avant tout un instrument d'orientation de l'action administrative. Il serait donc plus justifié de parler de « convention » ou encore de « conventionnalisation » des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales même si le caractère administratif de ces instruments ne fait guère de doute.

2. *Contractualiser n'est pas contracter*

Si la contractualisation repose sur une logique contractuelle ou, plus précisément, sur une logique consensuelle elle n'aboutit pas – loin s'en faut – à créer systématiquement d'authentiques contrats administratifs. C'est donc davantage sur l'idée de « convention » que sur celle de « contrat » que repose la contractualisation territoriale.

Plus qu'un problème sémantique, la distinction entre convention et contrat a des conséquences juridiques majeures dans la mesure où elle réalise la bascule entre deux catégories d'actes. Si la convention, à l'instar du contrat, intègre la rencontre de volonté(s), elle n'aboutit pas nécessairement à la création d'effets de droit impératifs subjectifs, c'est-à-dire essentiellement à la création d'une obligation propre ou commune aux parties. Il faut opposer deux visions du « contrat ». Une vision *lato sensu* du contrat permet de reconnaître comme « contrat » toute rencontre de volontés. La vision *stricto sensu* ne considère le contrat que sous l'angle d'un accord de volontés ayant force obligatoire auprès des parties qui l'ont conclu. Ainsi, c'est la vision *stricto sensu* qui doit prédominer dès lors qu'est évoquée la notion de contrat puisqu'elle a des conséquences juridiques précises et connues. Pour évoquer une vision *lato sensu*, c'est à l'idée de convention qu'il faut se référer. Néanmoins, il n'existe pas d'étanchéité totale entre ces deux notions dans la mesure où le contrat naît de la convention et que la convention peut devenir un contrat.

Il est alors possible de regrouper derrière la notion de « convention » l'ensemble des procédés d'action publique négociés ou concertés qui n'acquièrent pas nécessairement

juridiquement force obligatoire de contrat ou valeur impérative : c'est le plus souvent le cas des instruments de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales. L'accord de volontés, s'il est nécessaire à l'existence d'une convention, ne permet pas à lui seul de réaliser un contrat : « certaines procédures – qui sont devenues récemment plus fréquentes – semblent en effet faire apparaître des « accords donnés à un acte unilatéral » qui n'enlèvent pas à celui-ci son unilatéralité »²⁶⁴. Dès lors, l'existence d'un contrat repose sur la reconnaissance ou la réunion de volontés qui fait la « loi des parties » selon l'expression de l'article 1134 du Code civil.

Cette conception postule ainsi une égalité des parties, ce qui peut soulever des difficultés dès lors qu'est évoquée des « contrat » entre personnes publiques et plus spécifiquement les « contrats » conclus entre l'Etat et les collectivités territoriales. Ces derniers sont souvent présentés comme des contrats d'adhésion, c'est-à-dire des contrats dont le contenu « n'est pas le résultat de la libre discussion des deux parties placées sur un pied d'égalité ; il a été rédigé à l'avance et *ne varietur* par l'une des parties qui, plus puissante économiquement ou socialement, le propose à l'adhésion de ses multiples cocontractants »²⁶⁵.

Certains auteurs ont pu décrire de cette façon les contrats de plan conclus en vertu de la loi du 29 juillet 1982 : « en réalité on devrait au moins parler de « contrats d'adhésion », parce qu'ils ont avant tout pour objet de concourir à l'exécution du Plan de la nation et que les régions, en quête de financement étatiques, n'ont à vrai dire guère le choix »²⁶⁶. Il apparaît que trois conditions doivent être réunies pour décider s'il y a ou pas contrat d'adhésion : celui-ci postule tout d'abord une inégalité entre les cocontractants « telle que l'un d'eux est plus ou moins maître des biens ou des services que l'autre peut désirer » puis, en second lieu, un rôle mineur de l'*intuitu personae* de telle sorte que « l'offre de contrat est adressée non à une personne déterminée mais au public en

²⁶⁴ A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats*, op.cit., t.1 p. 29, n° 15

²⁶⁵ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil : Les obligations*, op.cit., p. 196

²⁶⁶ D. Turpin, note sous TA, Montpellier, 8 juillet 1985, *Demeglio*, AJDA 1986, p. 109

général » et enfin, en troisième et dernier lieu, l'absence de discussion du contenu du contrat de telle sorte que celui-ci est « l'œuvre exclusive d'une partie »²⁶⁷.

Le fait que certains instruments de la contractualisation territoriale constituent de véritables contrats d'adhésion ou encore de contrats-types ne peut toutefois conduire à exclure définitivement toute idée de contrat. D'une part, pour reprendre l'exemple des contrats de plan, la circonstance que l'Etat puisse directement ou indirectement imposer son point de vue – si elle est une réalité – ne peut occulter le fait que ces actes sont considérés comme de véritables contrats par la loi, quand bien même toutes ses stipulations n'ont pas nécessairement de valeur impérative. D'autre part, et de manière plus générale, le contrat d'adhésion ne cesse pas pour autant d'être reconnu comme un contrat dans la mesure où « le contrat administratif est souvent un contrat d'adhésion, dont le contenu est peu ou prou dicté par l'administration »²⁶⁸.

L'existence d'un authentique contrat administratif se vérifie lorsqu'est recherché la production d'effets de droit.

C'est l'existence de dispositions impératives créant une situation juridique subjective qui caractérise le contrat. Ainsi que le relèvent les auteurs du *Traité des contrats administratifs*, ceci exclu « par ailleurs de la catégorie du contrat les accords dont il apparaît qu'ils ne contiennent pas des engagements fermes des parties, mais seulement des promesses ou engagements moraux ; des engagements juridiques, nécessaires pour qu'il y ait contrat, on distingue aussi les simples déclarations d'intentions »²⁶⁹. C'est donc, après l'accord de volontés, l'existence d'engagements juridiques destinés à organiser une situation juridique subjective. C'est en cela que le contrat diffère fondamentalement, en droit administratif, de l'acte administratif unilatéral : le premier a pour objet et pour effet d'organiser une situation de droit *subjective* alors que le second met en place nécessairement une situation de droit *objective*. Cette distinction majeure permet de réaffirmer la distinction existant entre le contrat et la convention et oblige à revenir sur la classification des actes juridiques.

²⁶⁷ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil : Les obligations*, op.cit., p. 197-198

²⁶⁸ L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, op.cit., p. 158, n° 219

Afin de mener à bien l'entreprise de clarification des instruments de la contractualisation, il convient donc de retenir une définition restreinte du contrat comme l'accord de volontés déployant des effets de droit impératifs ayant pour effet de créer une situation juridique subjective. L'accord de volontés intervenant dans le cadre d'une situation juridique objective, comme l'est la relation juridique Etat-collectivités territoriales, ne saurait être qualifié de contrat.

Cette situation pourrait être rapprochée du « gentleman's agreement » du droit international qui se caractérise par la quasi impossibilité de recourir au juge pour obtenir la sanction du respect des engagements ainsi souscrits qui s'explique « parce que les parties ont accepté de contracter un engagement mais n'ont pas admis que leur responsabilité internationale puisse être mise en cause en cas de défaut »²⁷⁰. Dès lors, « il faudrait distinguer entre l'engagement initial pris par les parties qui existe bien – et qui a véritablement valeur d'engagement – et la mise en jeu de la responsabilité contractuelle en cas de non respect de cet engagement qui, elle, n'existerait pas »²⁷¹.

Il n'est pas pour autant possible ni satisfaisant de considérer que la plupart des instruments de la contractualisation constitueraient une catégorie d'accord de volontés sans caractère sanctionnable. Il faut donc considérer que l'accord de volontés intervenant entre l'Etat et les collectivités territoriales pour organiser leurs relations intervient dans une situation juridique objective selon une procédure conçue pour créer une situation juridique subjective. Il y a là un véritable challenge conceptuel qui implique de reconsidérer la méthode d'identification des catégories traditionnelles des actes administratifs.

²⁶⁹ A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvovlé, *op.cit.*, t.I, p. 35, n°17

²⁷⁰ P.-M. Eisemann, *Le gentlemen's agreement comme source du droit international*, RGDIP 1979, p. 347

²⁷¹ J.-D. Dreyfus, thèse précitée, p. 113

B. Le renouvellement par la contractualisation de la méthode d'identification des actes administratifs

La spécificité des instruments de la contractualisation territoriale oblige à renouveler la méthode traditionnelle d'identification des actes administratifs qui est essentiellement fondée sur un critère organique et matériel.

Si ces deux éléments sont importants afin de permettre une identification des catégories juridiques, la contractualisation territoriale oblige à considérer l'élément de finalité dans l'adoption de l'acte, à côté du critère organique (1). Dès lors, la contractualisation territoriale implique d'envisager une nouvelle *summa divisio* de la classification des actes administratifs fondée davantage sur la finalité et sur les effets de droits produit par l'acte en cause (2).

1. La contractualisation suppose d'adopter une méthode d'identification fondée sur la combinaison des critères organique, matériel et téléologique

« S'agissant de *produire du droit*, des règles juridiques, des actes juridiques, des droits et des obligations, des situations juridiques, etc., une alternative fondamentale se présente : ou bien le droit est « voulu » par ceux auxquels il s'applique et puise sa valeur dans ce consentement, ou bien, il existe malgré eux, en dehors de leur volonté, indépendamment de leur accord »²⁷². Cette citation révèle la difficulté de l'analyse juridique à saisir précisément la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales tant la situation juridique de l'un et de l'autre relèvent du droit objectif alors même que les instruments qui sont adoptés relèvent davantage de la constitution de situation de droit subjectif.

²⁷² G. Dupuis, *Définition de l'acte unilatéral*, in Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann, Editions Cujas 1975, p. 206

La contractualisation suggère en premier lieu l'idée de consentement. Or, cette idée renvoie intrinsèquement à la notion de contrat quant bien même la situation juridique en cause n'est pas, à la base, une situation de droit subjectif. Il faut donc examiner le but de l'acte. Cet élément téléologique s'il prend nécessairement en considération la notion de consentement doit nécessairement inclure les effets juridiques de l'acte car « l'acte juridique *stricto sensu* est toute manifestation de volonté conforme au droit objectif, donnant naissance à une situation de droit subjectif ou conditionnant la naissance d'une situation de droit objectif »²⁷³. Ainsi, l'élément téléologique d'un acte administratif s'entend à la fois du consentement ou non des intéressés à la règle édictée mais également aux effets juridiques de cette règle. Que ces effets de droit soient objectifs et ils autoriseront davantage une qualification d'acte administratif unilatéral ; qu'ils soient subjectifs et ils autoriseront davantage une qualification de contrat.

C'est sur cette base qu'est essentiellement fondée la classification opérée par Léon Duguit²⁷⁴ qui distingue tout d'abord les actes-règles qui ont pour objet, de manière générale et impersonnelle, de mettre en œuvre des situations juridiques objectives des actes-subjectifs qui créent au profit de sujets de droit identifiés une situation de droit subjective et, enfin, des actes-condition qui identifient un sujet qui se voit conférer une situation de droit objective. C'est donc l'intention, le but, de l'acte qui est pris en considération aussi bien que son contenu qui en est l'expression directe. C'est avant tout cet élément caractéristique qui donne l'orientation majeure permettant la qualification juridique adéquate : l'élément organique s'il est nécessaire n'est pas suffisant. Il est nécessaire de considérer l'élément téléologique.

La prise en compte du critère téléologique, parfois laissé de côté, est une étape importante dans l'identification d'un acte juridique. Cette étape implique, en premier lieu, de prendre en considération la volonté de l'auteur de l'acte : vient-il organiser une situation de droit objectif ou s'agit-il d'organiser une situation subjective ? Selon M. Chapus, il faut considérer l'alternative suivante : « ou bien il est tel que l'acte est destiné à régir le comportement de personnes qui sont étrangères à son édicition, c'est dire qui sont des tiers par rapport à lui. Ou bien il est tel que l'acte est destiné à régir les

²⁷³ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, op.cit., p. 101, n°s 32-33

relations réciproques de ses auteurs »²⁷⁵. La notion de droit objectif fait ainsi référence à une situation générale et impersonnelle régie par des conditions qui ne dépendent pas de volontés individuelles mais qui les dépassent pour les transcender et assurer ainsi l'intérêt général. A l'inverse, celle de droit subjectif suppose la réalisation d'une situation juridique propre à un sujet de droit qui ne se réalise que parce qu'elle est conforme au droit objectif dans lequel elle trouve sa source. Ainsi, « tant qu'aucune manifestation individuelle ne s'est produite, nous nous trouvons en présence uniquement de la règle de droit, et, si les volontés individuelles ont certains pouvoirs, on ne peut les qualifier que de pouvoirs *objectifs*, puisqu'ils dérivent directement de la règle objective. Quand au contraire, un acte de volonté individuelle intervient, une situation nouvelle peut être créée par cet acte de volonté individuelle. A cette situation seulement on peut donner le nom de situation *subjective*, parce qu'elle naît de la volonté d'un sujet. Mais encore faut-il que cette volonté d'un sujet soit déterminée par un but conforme à la règle de droit »²⁷⁶. C'est à ce stade que l'élément organique intervient, puisqu'il permet d'établir une distinction fondamentale entre l'auteur d'un acte et son destinataire. S'il y a un ou des auteurs d'un acte, ceux-ci se trouveront alors sur un plan d'égalité juridique quant à la détermination de son contenu alors que le destinataire joue un rôle essentiellement passif puisqu'il est tributaire d'une situation juridique dont la détermination lui échappe.

Le critère organique joue un rôle nécessaire et important mais qui ne peut prendre son sens qu'en examinant le critère téléologique qui permet de prendre en considération les effets de droits qui ont été conférés à l'acte. Le critère organique se subdivise puisqu'il concerne à la fois l'auteur ou les auteurs de l'acte et l'identification du ou des destinataires. Cette distinction entre auteur et destinataire de l'acte est majeure car elle n'emporte pas les mêmes conséquences. Ainsi la notion d'auteur désigne la ou les personne(s) compétente(s) pour prendre l'acte : elle a un sens juridique profondément actif. La notion de destinataire, en revanche, est essentiellement passive dans la mesure

²⁷⁴ V. ainsi : L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, op.cit., p. 140 et s. ; *Traité de droit constitutionnel*, 3^e éd. 1927, I, § 38.

²⁷⁵ R. Chapus, *Droit administratif général*, précité, T.I, p. 492

²⁷⁶ L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, précité, p. 139-140

où elle désigne un sujet de droit qui, s'il est le plus souvent le bénéficiaire ou en tout cas le récipiendaire d'un acte.

L'identification juridique des instruments de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales implique de prendre en compte l'ensemble de ces éléments organiques et téléologiques : elle ne peut se fonder uniquement sur le critère organique qui est bien souvent le seul mis en avant. Ainsi, il y a lieu de reconsidérer la *summa divisio* de la classification des actes administratifs à l'aune de la contractualisation territoriale.

2. La contractualisation aboutit à poser une nouvelle summa divisio de la classification des actes administratifs

Afin d'identifier clairement les différents instruments de la contractualisation, il y a lieu tout d'abord de circonscrire les effets produits par l'acte vis-à-vis de ses destinataires.

Cette identification peut être réalisée, tout d'abord, selon une dichotomie « simple », c'est-à-dire reposant davantage sur la distinction entre les effets produits par l'acte que sur le critère organique. Il faut donc distinguer les actes créant une situation de droit objective des actes créant une situation de droit subjective.

Cette première catégorie d'actes, si elle repose essentiellement sur la production d'effets de droit objectifs ne saurait pourtant s'émanciper d'une référence au critère organique, c'est-à-dire sur l'identification de ses auteurs. Cela implique donc d'envisager successivement l'acte objectif unilatéral de l'acte objectif plurilatéral.

Les actes administratifs unilatéraux réglementaires, tel qu'ils sont traditionnellement décrits, relèvent essentiellement de ce premier cas de l'acte objectif unilatéral. Emanant d'un seul auteur, ils ont pour effet de s'imposer au(x) destinataire(s) en édictant « une norme générale et une telle norme se reconnaît au fait qu'elle s'adresse à une ou

plusieurs personnes désignées de manière abstraite »²⁷⁷. L'acte objectif plurilatéral règle également de manière abstraite et générale une situation juridique tout en ayant plusieurs auteurs : il peut s'agir, le cas échéant, d'actes administratifs règlementaires qui sont pris dans un domaine où plusieurs autorités exercent leur compétence de manière conjointe et expriment donc leur consentement à l'édiction de la norme²⁷⁸.

Le point déterminant est d'identifier *juridiquement* l'auteur de l'acte, c'est-à-dire l'autorité ou les autorités compétentes pour l'adopter : il est ici fait référence à la notion de co-auteurs²⁷⁹. La circonstance que plusieurs personnes aient été consultées préalablement à l'élaboration d'un acte ne signifie assurément pas qu'elles en soient les co-auteurs : encore faut-il qu'elles disposent de la compétence qui conditionne la qualité d'auteur ou de co-auteur d'un acte. Seule l'absence ou l'obsolescence du concours d'une autorité compétente pour adopter l'acte doit aboutir à la censure sur le terrain de l'incompétence²⁸⁰. Ce qui n'est pas le cas du défaut de consultation d'une autorité dont le concours est procéduralement exigé, qui est censuré sur le terrain du vice de forme.

La seconde catégorie qui concerne les actes produisant des effets de droit subjectifs se subdivise également selon que l'acte en cause est unilatéral ou plurilatéral. L'acte subjectif unilatéral repose ainsi sur la réalisation d'une situation juridique subjective – donc liée à un ou plusieurs destinataires nommément identifiés – de par la volonté d'un seul auteur. Or, les actes administratifs individuels se caractérisent simplement par l'identification « d'une ou plusieurs personnes *nominativement* désignées »²⁸¹. C'est donc le caractère *subjectif* de la norme qui l'emporte, c'est-à-dire l'identification du ou des destinataires de l'acte qui vient organiser leur situation personnelle. Le caractère unilatéral de l'acte révèle l'absence de consentement à la norme puisqu'un seul auteur en est à l'origine. Cela n'est pas le cas lorsqu'il s'agit d'un d'acte subjectif plurilatéral puisque plusieurs auteurs sont à l'origine d'un même acte ayant pour objet de régir et d'organiser une situation de droit subjective à laquelle ils ont également consenti.

²⁷⁷ R. Chapus, *Droit administratif général*, précité, t. 1, p. 526, n° 699

²⁷⁸ C'est le cas des arrêtés interministériels. V. par exemple : CE, Sect. 28 octobre 1983, *Association des producteurs maraîchers libres*, req. n° 23280

²⁷⁹ P. Ferrari, *Essai sur la notion de co-auteurs d'un acte administratif*, Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann, précité, p. 215

²⁸⁰ V. par exemple : CE, 9 juin 1978, *SCI du Boulevard Arago*, Rec. CE., p. 237

²⁸¹ R. Chapus, *Droit administratif général*, T.1, précité, p. 525

Cette distinction « simple » se double néanmoins d'une distinction plus complexe qui prend en considération davantage le critère organique que le critère téléologique.

L'hypothèse évoquée ici concerne des actes produisant simultanément des effets de droits objectifs et subjectifs. Leur identification relève davantage de ce que le doyen Duguit avait appelé « actes-condition ». Il faut toutefois analyser cette dernière catégorie d'actes en relation directe avec le nombre de leurs auteurs, marquant ainsi la prédominance, pour cette seconde et dernière dichotomie, du critère organique.

S'agissant des actes unilatéraux produisant à la fois des effets de droit subjectifs et objectifs, il s'agit là d'actes administratifs qui ne relèvent ni du champ de l'acte réglementaire ni de celui de l'acte individuel mais pourtant qui empruntent à l'un et à l'autre. Il s'agit d'« actes qui permettent l'application d'une norme générale préexistante à un ensemble de personnes ou de biens et qui soumettent ces personnes ou ces biens à un régime juridique entièrement fixé par la loi ou par décret [qui] ne peuvent être considérés comme ayant par eux-mêmes un caractère normatif et ne sont pas des actes règlementaires dès lors qu'ils ne contiennent aucune règle autonome »²⁸². On retrouve dans cette définition celle de la décision d'espèce, « acte particulier » ou encore « acte intermédiaire » dont l'exemple-type est la déclaration d'utilité publique²⁸³.

S'agissant des actes plurilatéraux produisant à la fois des effets de droit subjectifs et objectifs, il s'agit d'actes qui résultent du consentement de plusieurs auteurs mais dont le contenu n'a pas uniquement pour effet d'organiser une situation subjective. Il s'agit d'actes « aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral », ou de contrats « produisant des effets règlementaires »²⁸⁴. Ces actes sont appelés « actes mixtes » car « dans le même acte, on pourrait dire dans le même contenant (« instrumentum ») ont été incluses des dispositions qui sont l'expression de la volonté de l'administration et d'autres qui concrétisent l'existence d'un accord contractuel »²⁸⁵.

²⁸² M. Gentot, conclusions sur CE, 22 février 1974, *Association des propriétaires des Communes de Saclas et autres*, Rec. CE, p. 134

²⁸³ V. ainsi : CE, Ass. 22 février 1974, *Adam*, Rec. CE, p. 145

²⁸⁴ Y. Madiot, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : Recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, LGDJ 1971, n° 41, p. 29

²⁸⁵ R. Chapus, *Droit administratif général*, T.1, précité, p. 496, n° 661

La spécificité de la classification ainsi proposé permettra ultérieurement d'envisager spécifiquement le régime juridique de chaque catégorie de manière homogène, en considération, d'une part, des effets de droits produits et, d'autre part, du nombre d'auteurs de l'acte.

La présentation qui vient d'être faite repose sur un préalable incontournable : les effets de droits produits par les instruments de la contractualisation – qu'ils soient objectifs ou subjectifs – doivent être impératifs. Ce présupposé conduirait ainsi à exclure *ipso facto* les actes n'ayant pas cette caractéristique. Précisément, dans la plupart des cas, les instruments de la contractualisation territoriale peuvent présenter toutes les caractéristiques d'un contrat sans toutefois être dotés d'effets de droit impératifs : ceci pourrait conduire à considérer qu'ils ne sont pas des objets juridiques. Or, les instruments de la contractualisation sont des objets de la science juridique et la circonstance qu'ils soient inadaptés à la classification traditionnelle des actes administratifs conduit à considérer une nouvelle notion afin de les caractériser. Il s'agit de la convention d'administration.

§ 2 : La création par la contractualisation d'une nouvelle catégorie juridique : la convention d'administration

La spécificité d'un grand nombre d'instruments de la contractualisation territoriale tant par rapport à leur identification matérielle que par rapport aux effets qu'ils produisent nécessite de dégager une notion juridique capable de les englober.

Certains auteurs, à l'instar de M. Gaudin, évoquent des « contrats d'action publique ». Le caractère juridiquement ambigu de cette dénomination justifie le recours à une autre appellation : celle de convention d'administration retenue par M. Hourson dans sa thèse²⁸⁶. Il s'agit de regrouper ici l'ensemble des instruments programmatiques de

²⁸⁶ S. Hourson, *Les conventions d'administration*, LGDJ 2014

l'action publique qui constituent la majorité des instruments de la contractualisation territoriale.

La notion de convention d'administration n'est pas une notion contingente ni une notion tributaire d'autres concepts. La convention d'administration est une notion juridiquement autonome (A) qui se développe indépendamment des autres catégories du droit administratif quand bien même elle ne soit pas encore officiellement consacrée par la jurisprudence administrative.

Cette notion se caractérise essentiellement par ses effets directifs (B) : la convention d'administration est ainsi un acte programmatique de l'action publique qui ne produit pas, par elle-même d'effet impératif. Cette circonstance ne doit pas toutefois pas l'exclure du champ des actes juridiques dans la mesure où elle produit des effets de droit quand bien même ceux-ci n'auraient pas nécessairement de caractère immédiat.

A. L'autonomie juridique de la notion de convention d'administration

La notion de convention d'administration est une notion relativement récente dans le paysage du droit administratif français. Si elle peut être considérée comme autonome, il n'en demeure pas moins qu'elle présente un certain nombre de difficultés d'identification.

En premier lieu, la notion de convention d'administration – si elle est indépendante – se confronte tout d'abord aux catégories existantes du droit administratif desquelles elle se distingue. L'identification de la notion de convention d'administration s'effectue tout d'abord a contrario de ces catégories traditionnelles : c'est dans cette mesure qu'il est possible de considérer que la convention d'administration est d'abord une notion juridique négative (1).

Néanmoins, en second lieu, il ne faudrait en déduire qu'elle n'ait aucune caractéristique propre qui permette de la définir positivement, en elle-même. La convention d'administration est une notion juridique positive dans la mesure où elle se caractérise de manière spécifique comme un acte plurilatéral produisant essentiellement des effets de droits directifs (2)

*1. La convention d'administration : une notion juridique
« négative »*

La convention d'administration est une catégorie juridique hétérogène dans la mesure où elle emprunte beaucoup au contrat administratif sans pourtant s'en approprier les caractéristiques tout en reprenant certaines des actes administratifs unilatéraux.

La convention d'administration repose beaucoup sur la technique contractuelle dans la mesure où elle peut tout d'abord être définie comme un accord de volontés. En matière de convention d'administration, la rencontre des volontés peut s'émanciper d'une négociation dans la mesure où « les parties peuvent se contenter d'accepter le contenu d'un texte pour constituer l'acte. D'un point de vue théorique, la négociation n'est jamais une phase indispensable aux actes conventionnels »²⁸⁷. La négociation apparaît comme une méthode d'élaboration parmi d'autres sans pour autant être désignée comme le seul élément permettant d'établir qu'il y a effectivement rencontre de volontés et donc, acceptation réciproque.

Toutefois, la seule circonstance qu'il y ait accord de volontés ne permet pas d'établir que l'accord ainsi conclu emporte des effets de droit subjectifs. En effet, la convention d'administration se distingue du contrat dans la mesure où elle ne vient ni régler ni établir une situation de droit subjective entre les parties à l'acte.

Cette situation s'explique par deux raisons : en premier lieu en raison de la nature de la convention d'administration et en second lieu en raison de son objet.

²⁸⁷ S. Hourson, *op.cit.*, p. 86

En raison de sa nature, la convention d'administration ne saurait constituer de situation de droit subjective dans la mesure où, contrairement au contrat, elle ne suppose pas de *negotium* ayant une portée impérative. Il s'agit là d'une caractéristique essentielle de la convention d'administration : les stipulations qu'elle contient ont une portée directive et non pas impérative. Cette distinction est présentée par M. Hourson qui considère que « seule l'impérativité des stipulations commande ici la qualification de l'acte. Soit celles-ci sont dotées de ce caractère et l'acte les contenant doit être qualifié de contrat. Soit elles apparaissent simplement directive et l'acte les contenant doit être qualifiée de convention d'administration »²⁸⁸. C'est donc à travers l'étude des stipulations de l'acte en cause, en étudiant leur précision que le juge en déduit ou non leur impérativité, c'est-à-dire leur aptitude essentielle à produire notamment du droit subjectif qui s'applique donc aux parties au contrat.

Selon M. Hourson, la circonstance que la convention d'administration n'ait qu'une portée directive n'est pas de nature à lui conférer une simple valeur de déclaration d'intention : la convention d'administration recouvre alors « une teneur *infra-impérative* et *supra-déclaratoire* »²⁸⁹. Dès lors, il apparaît que la notion de convention d'administration semble bien loin d'être qualifiée de contrat dans la mesure où elle n'aboutit pas à créer une situation de droit subjective. Les mêmes causes produisant les mêmes effets, l'absence d'impérativité de la notion de convention d'administration aboutit également à lui dénier la possibilité d'instaurer une situation de droit objective.

Ceci se déduit, en premier lieu, aisément de son absence d'impérativité : la circonstance que les stipulations d'une convention d'administration n'aient qu'une portée directive et non impérative est de nature à lui ôter, *de facto*, toute portée objective.

En second lieu, il n'est pas, en principe, dans la nature d'un contrat de produire du droit objectif dans la mesure où « le contrat a force obligatoire parce que le droit objectif lui confère un tel effet juridique, et il ne peut le faire que parce que l'intérêt général,

²⁸⁸ S. Hourson, *op.cit.*, p. 133

²⁸⁹ S. Hourson, *op.cit.* p. 161

d'autres diront le bien commun impose de sanctionner les contrats utiles et justes »²⁹⁰. Il est donc possible de considérer que, par hypothèse, un contrat repose sur le droit objectif sans – en principe – avoir pour effet de créer du droit objectif. La convention d'administration, précisément, n'a pas pour objet ni pour effet de créer du droit objectif : il s'agit d'une notion juridique dont les effets sont limités à des fonctions purement directives dont l'effet impératif est exclu. Ainsi, il n'est pas possible d'envisager que la convention d'administration soit à même de produire des effets de droits subjectifs.

Il faut donc en conclure que la convention d'administration n'est ni un acte créateur de droits subjectifs ni un acte créateur de droit objectif. Si la convention d'administration ne déploie pas, par elle-même, d'effets de droits impératifs il faut considérer qu'elle agit comme un intermédiaire fasse à d'autres sources de droit objectif, qu'il s'agisse de la loi ou du règlement. Dès lors, si la convention d'administration est une catégorie juridique autonome, il n'en demeure pas moins qu'elle ne déploie des effets de droits que de manière médiate et non pas immédiate. Elle agit davantage comme une sorte de « convention-cadre » d'application de règles de droit objectif.

Dès lors, il devient possible de considérer que la convention d'administration peut se définir positivement : il s'agit d'un acte administratif plurilatéral produisant de manière médiate des effets de droit directs.

2. La convention d'administration : une notion juridique « positive »

Ainsi que le relève M. Hourson, la difficulté que présente la notion de convention d'administration se situe dans l'identification de l'espace juridique non pas en terme de normativité (c'est-à-dire en analysant la règle de droit par rapport à la sanction juridique qui lui est propre) mais en terme de juridicité (c'est-à-dire en analysant la règle de droit en elle-même, pour ce qu'elle est). M. Hourson, dans sa thèse précitée, considère-t-il qu'en dépit de l'absence de portée impérative des conventions d'administration, l'*instrumentum* en lui-même permet d'envisager des conséquences juridiques dès lors que sont envisagées les

²⁹⁰ J. Ghestin, « Contrat » in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF 2003, p. 279

conséquences de l'acte non pas d'un point de vue purement normatif mais au regard de son insertion dans l'environnement administratif.

Les effets juridiques de la convention d'administration s'analysent en définitive au regard de leur impact institutionnel, c'est-à-dire du changement de rapports dans les structures administratives traditionnelles. Il s'agit donc d'une novation considérable.

Dans son rapport consacré au contrat « mode d'action publique et de production de normes »²⁹¹, le Conseil d'Etat explique que le contrat est devenu « un outil de clarification de la norme publique et de l'action publique », mais aussi « un outil de pilotage de l'action publique » jouant ainsi « un rôle symbolique de légitimation politique ou sociale, nationale, régionale ou locale ». Et le Conseil d'Etat d'en conclure que « l'étalon de mesure du contrat administratif, tel qu'il résulte de la jurisprudence est devenu trop court pour rendre compte d'une extension du champ contractuel et offrir un cadre juridique adéquat à cet usage multifonctionnel du contrat »²⁹².

Le Conseil d'Etat a fini par consacrer dans son étude relative au « droit souple » une définition de celui-ci qui engloberait les conventions d'administration. Pour le Conseil d'Etat, le droit souple réunit les instruments présentant les trois caractéristiques suivantes : en premier lieu « ils ont pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant, dans la mesure du possible, leur adhésion », en second lieu « ils ne créent pas par eux-mêmes de droits ou d'obligations pour leur destinataires » enfin en troisième et dernier lieu « ils présentent, par leur contenu et leur mode d'élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit »²⁹³. Les conventions d'administration reposent également sur cette définition : la question de leur intégration à l'environnement juridique ne devrait ainsi, à terme, ne plus faire débat.

Il n'en demeure pas moins que l'incorporation des conventions d'administration dans le paysage juridique du droit administratif relève d'une quasi « révolution juridique » dans

²⁹¹ Conseil d'Etat, *Rapport public pour 2008 : Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, La documentation française 2008

²⁹² Conseil d'Etat, *Rapport public pour 2008*, op.cit., p. 138 à 141

²⁹³ Conseil d'Etat, *Etude annuelle pour 2013 : Le droit souple*, La documentation française 2013, p. 61

la mesure où la notion de convention d'administration renouvelle la vision traditionnelle de la fonction et de l'effet que la norme produit au sein d'un système juridique donné. La conception de la norme ne peut qu'évoluer dans la mesure où la finalité de celle-ci a changé.

Dès lors, ce n'est pas tant uniquement aux effets de droits qu'il faut s'attacher mais d'abord aux énoncés des actes, c'est-à-dire à l'*instrumentum* qui peut comporter tant des énoncés à caractère impératif que des énoncés qui relèvent davantage du droit souple ou, pour reprendre le vocable de M. Hourson, de stipulations directives.

Une vision du droit qui se bornerait à analyser uniquement les énoncés à caractère impératifs, dénierait aux conventions d'administration le caractère d'acte juridique.

Il faut donc admettre que le droit peut également intégrer des techniques souples, notamment en matière de gestion des rapports entre personnes publiques. Dans cette optique, il est possible d'admettre que les conventions d'administration sont d'authentiques objets juridiques. Il devient alors nécessaire de considérer les actes en fonction de leurs effets, directs, indirects, médiats et immédiats. Ainsi, un acte qui ne produit pas, en lui-même, d'effet direct peut néanmoins apparaître comme un acte médiate qui produit indirectement des effets de droit. La convention d'administration semble répondre à cette définition.

La convention d'administration apparaît également comme un objet des rapports administratifs en ce qu'elle sert de support aux relations qu'entretiennent les différentes strates de l'administration, ici l'Etat et les collectivités territoriales. L'apparition de la catégorie de la convention d'administration traduit un nouveau mode d'exercice des compétences et également de la pratique des relations administratives, en particulier dans la sphère de la décentralisation territoriale.

La convention d'administration peut ainsi être définie comme un acte juridique médiat permettant d'organiser les rapports entre deux personnes morales distinctes. Ce procédé trouve un écho tout particulier dans le champ des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales. Il permet de renouveler les termes traditionnels du débat sur la contractualisation des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales et de bien distinguer les cadres respectifs de la convention d'administration et du contrat.

Le renouvellement de la conception de la norme conduit à admettre que la convention d'administration est « un mode de production de normes ». En effet : devenant l'outil privilégié de coordination des politiques publiques entre l'Etat et les collectivités territoriales elle renouvelle le traditionnel rapport de « tutelle ».

A priori, le système de la convention d'administration apparaît plus souple que celui du contrôle de légalité. Les conventions d'administration iraient ainsi dans le sens d'une reconnaissance plus importante de la « liberté » des collectivités territoriales qui leur est reconnue au travers du principe de libre-administration des collectivités territoriales. Cette vision toute théorique ne doit toutefois pas occulter la possibilité que la convention d'administration ne devienne une tutelle supplémentaire de l'Etat.

C'est donc sur le terrain des effets de droits produits par les conventions d'administration qu'il faut se placer. Ces dernières constituent ainsi des actes d'application ou conditionnant la mise en œuvre de situations juridiques objectives préexistantes. Toutefois, leur caractéristique première – en tant qu'acte coordinateur de l'action publique – demeure d'être un acte directif. L'analyse des effets directifs de la convention d'administration est toutefois très récente et il convient d'en esquisser les principes.

B. L'identification de la convention d'administration par ses effets directs

L'analyse des effets directs de la convention d'administration apparaît complexe dans la mesure où ceux-ci ne sont que très peu ou pas pris en compte par la jurisprudence et la doctrine.

La caractéristique première de la convention d'administration est de produire des effets de droits directs à partir d'une situation de droit objectif préexistante. Elle est donc avant tout un acte juridique *médiat* et à ce titre, il est possible de considérer, dans un premier temps, que la convention d'administration est une résurgence de « l'acte-condition » (1).

Le caractère juridiquement médiat de la convention d'administration fait de cet instrument le cadre nouveau de l'action administrative. Il faut donc identifier la convention d'administration comme étant avant tout une convention cadre de l'action publique (2) destinée à coordonner les politiques publiques entre l'Etat et les collectivités territoriales.

1. La convention d'administration est une résurgence de « l'acte-condition »

Dans sa thèse, M. Hourson insiste sur la possibilité pour les conventions d'administration de produire des effets de droit directs si l'on considère que ces effets relèvent de « la fonction institutionnelle des conventions d'administration »²⁹⁴. Ainsi, la convention d'administration recèlerait un « effet déclencheur » permettant l'application d'un régime juridique : on se trouverait alors, ainsi que le souligne l'auteur, dans une situation proche de l'acte-condition décrite par le Doyen Duguit.

²⁹⁴ S. Hourson, *op.cit.*, p. 339

Les auteurs du *Traité des contrats administratifs* soulignent le caractère mixte des relations contractuelles aboutissant à regarder « les conventions qui leur donnent naissance (...) plus ou moins comme des « actes-condition »²⁹⁵. Ces auteurs citent ainsi, en guise d'illustration de l'acte condition, le contrat d'abonnement téléphonique qui – à l'époque – liait l'utilisateur au service public administratif et qui n'était en somme « qu'un acte condition rendant applicable l'acte-règle qu'est la loi du service public »²⁹⁶. Ces accords apparaissaient ainsi comme des « accords de volontés non contractuels » au sujet desquels les auteurs du *Traité des contrats administratifs* invitaient la doctrine à investiguer davantage.

En l'espèce, ainsi que le relève M. Hourson, le seul effet de droit immédiat de la convention d'administration serait un effet déclencheur. Toutefois, celui-ci se rapproche davantage d'un effet de droit médiat ou indirect dans la mesure où il conditionne l'intervention d'un certains nombres d'actes juridiques. Dès lors, la convention d'administration se rapproche davantage d'une convention-cadre.

Cette convention-cadre peut se conclure selon le modèle suivant.

En premier lieu, il apparaît nécessaire de considérer que la loi ou le règlement vont envisager l'intervention ultérieure d'une convention destinée à aménager les conditions dans lesquelles la situation de droit objective va entrer en vigueur. Ainsi, cette dernière apparaît conditionnée par l'adoption de la convention d'administration : tel est le sens précis de l'acte-condition tel que l'a défini le doyen Duguit. Toutefois, faut-il envisager cette catégorie de manière stricte comme n'étant que l'application mécanique à un sujet de droit d'une situation de droit objectif préexistante ?

Le doyen Duguit ne semblait pas l'entendre ainsi en considérant que « certaines règles du droit objectif, quoique étant certainement des dispositions par voie générale et abstraite, ne s'appliquent pas indistinctement à tous les membres du groupement social mais seulement à ceux qui se trouvent dans certaines conditions à ceux qui seront déterminés par un acte fait conformément à la règle elle-même (...). A leur suite, une

²⁹⁵ A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, op. cit., T.1, p. 76

modification est apportée à l'ordonnement juridique existant, puisqu'une règle de droit objectif, s'appliquera désormais à un individu auquel elle ne s'appliquait pas ou, inversement, puisqu'un statut individuel apparaît qui n'existait pas auparavant. L'acte est objectif en ce sens qu'il n'a d'autre résultat que de conditionner l'application de certaines dispositions du droit objectif. Mais il a quelque chose de subjectif puisqu'il conditionne l'application à un sujet déterminé de la norme considérée »²⁹⁷.

A la lumière de ce qui précède, il n'est pas nécessaire – pour admettre la qualification d'acte-condition – d'exiger que la convention d'administration ne soit qu'un instrument d'application de la loi. Il est possible d'admettre qu'elle ait une portée plus large dès lors que la loi le prévoit et autorise les parties à la convention à déterminer de manière partielle ou totale les conditions dans lesquelles la situation de droit objective va s'appliquer à elles.

Il faut donc en déduire que les effets de droits seront bien différents dès lors que les parties auront plus ou moins de liberté de consentement dans l'adoption de la convention d'administration. Dès lors, il devient important de distinguer entre les conventions d'administration à strict effet déclencheur d'une situation de droit objectif et dont le contenu serait quasi totalement dicté par l'acte objectif en question d'autres conventions d'administration qui, certes, conditionnent l'entrée en vigueur d'une situation de droit objectif mais laissent une liberté dans la détermination de ses conditions d'entrée en vigueur.

Pour autant, il n'y a pas lieu de remettre en cause le caractère principal de la convention d'administration à savoir un acte médiateur conditionnant l'application d'une situation de droit objective préexistante. La seule variable de la convention d'administration résiderait dans la faculté que le destinataire de la norme a d'en négocier l'application éventuelle : tout dépend ainsi de la part de liberté de consentement laissée par le législateur (ce qui sera davantage le cas en matière de droit des collectivités territoriales) ou le pouvoir réglementaire. Cela ne signifie pas que cette « variable » de la convention d'administration soit susceptible d'ouvrir lieu à la reconnaissance d'une authentique situation de droit subjective dans la mesure où le

²⁹⁶ CE, 29 juin 1979, *Mme Bourgeois*, concl inédites P. Dondoux cité par A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, op. cit., T.1, p. 81

fond du droit applicable apparaît largement déterminé par la règle de droit objectif préexistante.

C'est notamment ce qui se produit en matière de transfert de compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales. Ainsi, l'article 30 de la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 prévoit-il l'intervention d'une convention en matière de transfert des ports non autonomes relevant de l'Etat au profit des collectivités territoriales : « Pour chaque port transféré, une convention conclue entre l'Etat et la collectivité territoriale ou le groupement intéressé, ou, à défaut, un arrêté du ministre chargé des ports maritimes dresse un diagnostic de l'état du port, définit les modalités du transfert et fixe sa date d'entrée en vigueur. La collectivité ou le groupement bénéficiaire du transfert succède à l'Etat dans l'ensemble de ses droits et obligations à l'égard des tiers. La convention, ou à défaut l'arrêté, précise les conditions dans lesquelles le bénéficiaire met gratuitement à la disposition de l'Etat les installations et aménagements nécessaires au fonctionnement des services chargés de la police et de la sécurité ».

Cet exemple permet de bien prendre conscience du caractère hybride de la convention d'administration qui, tout en n'organisant pas une situation de droit subjective, laisse néanmoins le cas échéant une marge de négociation non pas du fond du droit applicable mais des modalités d'application des conditions de droit objectif préexistantes. Toutefois, s'agissant des collectivités territoriales, l'examen de ces fameuses « modalités » a une importance capitale dans la mesure où les relations Etat-collectivités territoriales sont essentiellement fixées par la Constitution. Dès lors, il convient d'apprécier dans quelle mesure les conventions d'administration peuvent venir s'immiscer dans une relation relevant en principe exclusivement du contrôle administratif, aujourd'hui contrôle de légalité.

« Le problème est que le contrat prospère dans un système administratif bureaucratique trop complexe qui, sans son recours, ne pourrait se maintenir. Il se fait, malgré lui, l'instrument d'un certain conservatisme institutionnel (...) »²⁹⁸. La convention d'administration évolue ainsi dans un cadre juridique et institutionnel ancien dont les contours sont fixés depuis longtemps : si le phénomène de « l'administration contractuelle » est loin d'être un phénomène récent, en revanche le recours à la

²⁹⁷ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Ed. Fontemoing, T.1, p. 328, 3 éd. 1927

²⁹⁸ B. Faure, *Droit des collectivités territoriales*, op.cit., p. 446, n° 568

convention d'administration en matière de relation Etat-collectivités territoriale induit une transformation profonde de cette relation et risque potentiellement d'accroître indirectement le pouvoir de contrôle de l'Etat sur les collectivités territoriales

Le phénomène juridique de la convention d'administration a tout d'abord atteint la sphère étatique, c'est-à-dire les propres services et personnes morales liées à l'Etat. Il y a donc une certaine philosophie de la convention d'administration intrinsèquement liée à une conception des relations qui se rapproche davantage du schéma des relations hiérarchiques que de celui des relations décentralisées. Originellement, la relation instaurée entre l'Etat et les collectivités territoriales apparaît essentiellement comme « asymétrique » : l'intégration de la contractualisation sans réexamen de cette situation risque de créer une tutelle par la contractualisation. Dès lors, le caractère souple la convention d'administration qui se définit essentiellement comme une convention-cadre de l'action publique entre l'Etat et les collectivités territoriales pourrait souffrir de cette situation.

2. La convention d'administration est une convention-cadre de l'action publique

Le caractère directeur de la convention d'administration traduit ainsi, certes l'absence d'impérativité de la convention d'administration mais également le fait qu'elle organise institutionnellement les relations entre l'Etat et les collectivités territoriales, mettant progressivement en œuvre des techniques et des structures parallèles aux organes traditionnels.

Le but premier de la convention d'administration est essentiellement structurant et organisationnel : la convention d'administration n'a donc pas pour but de fixer une situation juridique subjective mais de fixer un cadre institutionnel de rapports qui peuvent, également, donner lieu à l'adoption d'actes juridiques unilatéraux ou conventionnels ultérieurs. La convention d'administration peut donc être, en quelque sorte, une « matriochka » juridique au sein de laquelle s'empilerait différentes strates d'actes que la convention exigerait.

La fonction directrice de la convention d'administration conduit à créer un nouveau cadre institutionnel de rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales. L'effet directeur de la convention d'administration ne lui confère pas un effet impératif ainsi qu'a pu le juger le juge administratif à propos des contrats de plan²⁹⁹, des contrats de ville³⁰⁰ ou encore des contrats de rivière³⁰¹.

Il est intéressant de constater que les collectivités territoriales elles-mêmes se trouvent en position de demandeur : même si la contractualisation demeure critiquée, le procédé « plait » indéniablement en ce qu'il apparaît véritablement comme une manière d'associer les différents acteurs en sortant du cadre traditionnel des rapports Etat/collectivités territoriales. Les grandes lois de décentralisation ont modifié sensiblement ces rapports en ce qu'elles ont conduit, indirectement, à isoler les collectivités territoriales de l'Etat. La contractualisation et donc la convention d'administration, permet *in fine* d'assurer un rapprochement entre les acteurs sans toutefois satisfaire pleinement les collectivités territoriales. Il n'en demeure pas moins que la convention d'administration devient une sorte de *vade-mecum* des relations Etat-collectivités territoriales dans un domaine déterminé. Ainsi, la convention d'administration offre un cadre privilégié des relations entretenues entre l'Etat et les collectivités territoriales, sortant ainsi du cadre strict et rigide que constitue la relation dite « de tutelle » ou de contrôle de légalité qui ne vise, en réalité, que l'action *a posteriori* des collectivités territoriales.

La convention d'administration permet, en amont, de réfléchir sur un domaine précis aux modalités d'action des collectivités en liaison avec l'Etat et de prévoir, le cas échéant, des structures *ad hoc* chargées soit de régler tel aspect de la convention ou, pourquoi pas, de prévoir un mécanisme de prévention des litiges spécifique dès lors, bien entendu, que tout ceci ne contrevient pas aux règles de compétences de la juridiction administrative et donc, par extension, à l'ensemble des règles d'ordre public. On voit donc se développer, parallèlement aux organes traditionnels des structures

²⁹⁹ CE, 25 octobre 1996, *Association Estuaire-Ecologie*, Rec. CE, p. 415 : RFDA 1997, p. 339, concl. J-H. Stahl, note Madiot, D. 1997, p. jur., p. 441, note C. Le Noan

³⁰⁰ CAA Douai, 17 mai 2000, *Commune d'Hautmont*, Rec. CE., T. p. 862 et 1142

spécifiques qui permettent de lier de nouvelles relations entre l'Etat et les collectivités traditionnelles, permettant non pas d'entretenir un mythe de l'égalité de traitement entre Etat et collectivités territoriales mais d'établir des relations plus directes et permettant de penser l'action administrative plus en amont. Deux éléments viennent toutefois tempérer ce qui pourrait être un certain optimisme quelque peu idéaliste.

Eu égard à son caractère médiat, le contenu de la convention d'administration peut être déterminé au préalable par la norme de droit objectif dont elle est souvent issue de telle sorte qu'elle ne pourrait constituer qu'une sorte de contrat d'adhésion. De surcroît, les directives qui sont adoptées au sein des conventions d'administration ont intrinsèquement un caractère aléatoire et il n'est donc pas juridiquement ni politiquement certain d'obtenir une quelconque sanction des stipulations qu'elles contiennent. La dyssymétrie de la relation réapparaît ainsi, de telle sorte que les collectivités territoriales se retrouvent bien évidemment subordonnées la plupart du temps au bon vouloir de l'Etat.

Ensuite, il ne faut toutefois pas perdre de vue le fait que la convention d'administration apparaît – en elle-même – comme étant dépourvue d'effet impératif : elle a été qualifiée, à ce titre, d'acte médiat dans la mesure où elle assurait l'application d'une norme qui la précède. Elle est également médiante dans la mesure où elle ne va déployer réellement des effets de droit que dans la mesure où d'autres actes juridiques vont intervenir. Ainsi, la convention d'administration exige la plupart du temps des actes subséquents qui, quant à eux, vont déployer des effets de droit impératifs.

Il n'en demeure pas moins que le développement par la contractualisation territoriale de conventions d'administrations transforme en profondeur la relation Etat-collectivités territoriales. Ainsi, de nouveaux instruments de gouvernance sont mis en place mais, de plus, ces instruments bouleversent les lignes traditionnelles du droit administratif. La mise en œuvre de ces nouveaux instruments conduit ainsi à ouvrir le champ de la contractualisation et donc, aboutit à redéfinir profondément l'espace contractuel.

³⁰¹ V. ainsi : TA Bordeaux, 7 novembre 2006, *Association des propriétaires et riverains exploitants agricoles de la Dordogne et autres*, req. n° 0301268

Section 2 : La redéfinition de l'espace contractuel par le développement de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales

La contractualisation des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales conduit à esquisser les traits d'un véritable statut de la contractualisation territoriale qui s'affirme de manière spécifique.

La construction de ce « statut » de la contractualisation territoriale conduit à réexaminer la vision traditionnelle de l'espace contractuel, c'est-à-dire de l'ensemble des matières qui peuvent ou non faire l'objet de conventions (§ 1). En effet : le développement spectaculaire de la contractualisation territoriale conduit à ouvrir au contrat ou à la convention des domaines qui en excluaient toute application. Il faut donc considérer qu'il existe un mouvement de remise en cause des prohibitions traditionnelles du recours au contrat. Cette remise en cause est d'autant plus profonde que les conventions d'administration en sont un indéniable accélérateur.

Cette évolution de l'espace contractuel liée à la contractualisation territoriale est lentement prise en considération par les juges administratif et constitutionnel qui élaborent progressivement un véritable statut de la contractualisation territoriale (§ 2). Ce statut est élaboré conjointement par le juge constitutionnel et la jurisprudence administrative qui prennent en considération non seulement le rôle prééminent de la loi qui détermine les domaines de la contractualisation territoriale et, dans une moindre mesure, les droits des tiers qui pourraient être affectés par celle-ci.

§ 1 : La redéfinition des matières contractuelles par la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales

L'irruption de la contractualisation territoriale conduit à reconsidérer la définition traditionnelle des matières contractuelles. Le développement tous azimuts des

instruments de la contractualisation territoriale et particulièrement des conventions d'administration conduit à remettre en cause un certain nombre d'éléments tout en imposant une définition plus précise du domaine de la contractualisation.

La contractualisation territoriale conduit tout d'abord à remettre en cause l'idée selon laquelle certaines compétences seraient « par nature » rétives à la contractualisation (A). Cette évolution conduit à reconsidérer l'analyse de l'espace contractuel pour adopter une vision plus stricte des éventuelles prohibitions contractuelles fondée sur une analyse *rationae materiae* et *rationae personae* (B).

A. L'absence de compétences rétives « par nature » à la contractualisation territoriale

La contractualisation territoriale conduit, en effet, à réexaminer la prohibition traditionnelle du contrat appliquée à certaines matières qui seraient, par nature, exclusives de l'idée de contrat.

Cette assertion trouve sa source d'une part dans l'atténuation jurisprudentielle des prohibitions traditionnelles en matière de contrat (1), d'autre part dans la remise en cause de la définition classique de l'espace contractuel du fait du développement de la convention d'administration (2).

1. L'atténuation par le juge administratif des prohibitions traditionnelles en matière de contrat

Les auteurs du *Traité des contrats administratifs* ont souligné que « la soustraction d'une matière au contrat par l'effet de la loi peut également résulter indirectement de dispositions de celle-ci. Il arrive en effet que ces dispositions prévoient l'emploi par les autorités administratives, dans tel ou tel domaine, de procédés d'action unilatéraux sans proscrire expressément le recours au contrat ; il n'en est pas moins interdit implicitement aux autorités compétentes de substituer le contrat à l'action unilatérale

prévue par la loi »³⁰². Par exemple, les procédés du contrôle de légalité sont énumérés par le Code général des collectivités territoriales³⁰³ qui prévoit uniquement l'action unilatérale du préfet : il ne saurait y avoir présence d'instruments contractuels dans cette relation de type unilatérale. De la même manière, la loi instituant le contrôle de légalité en prévoit, en principe, les modalités. Dès lors s'appliquent les principes traditionnels de l'institution de la tutelle administrative : pas de tutelle sans texte ni au-delà des textes. Cela implique que l'autorité de contrôle ne puisse agir autrement que par prescription unilatérale.

Il serait également possible de considérer que par nature, l'institution d'un contrôle de l'Etat sur les collectivités territoriales est une prérogative régaliennne qui ne peut faire l'objet d'un contrat : « dans l'exercice de leurs compétences régaliennes, les collectivités publiques doivent utiliser la technique de l'acte unilatéral. Le recours au contrat n'est régulier que s'il est autorisé par la loi. Quant au fondement de la solution de principe, il résulte d'une sorte de principe général de droit, qui pourtant n'a jamais été proclamé comme tel par le Conseil d'Etat, mais auquel font référence certaines conclusions de commissaires du gouvernement »³⁰⁴.

Les auteurs du *Traité des contrats administratifs* soulignent qu'il n'est « pas aisé de déterminer les compétences qui sont ainsi réfractaires au contrat. Il s'agit de matières dans lesquelles la souveraineté de l'Etat est traditionnellement regardée comme comportant des exigences qui les font échapper à toute participation privée (matière volontiers appelées régaliennes), telles que la protection de l'ordre public, la monnaie, le contrôle du commerce extérieur et des changes, l'exercice du pouvoir réglementaire mais il ne paraît pas possible de fournir un critère »³⁰⁵. Pour reprendre l'exemple du contrôle de légalité, il apparaît difficile de lui dénier le caractère de « pouvoir régalien » tant il est évident qu'il s'agit d'une prérogative purement étatique que la Constitution prohibe entre collectivités de même rang³⁰⁶. Il semble donc, à première vue, que le

³⁰² A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *op.cit.*, p. 52

³⁰³ Art. L. 2131-1 et s. du Code général des collectivités territoriales pour la commune ; L. 3131-1 et s. pour le département ; L. 4141-1 et s. pour la région

³⁰⁴ J. Moreau, *Les « matières contractuelles »*, AJDA 1998, p. 747

³⁰⁵ A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *op. cit.*, p. 47 n° 29

³⁰⁶ Article 72, al. 5 : « Aucune collectivité territoriale ne peut exercer une tutelle sur une autre »

contrôle de légalité serait exclusif de l'idée de contrat, par nature : il s'agit d'une matière « non contractuelle ».

A y regarder de plus près, l'exclusion du champ contractuel en matière de contrôle de légalité ne concerne pas tout contrôle ou toute tutelle. Elle concerne avant tout l'exclusion de toute délégation à un tiers du contrôle « administratif » tel qu'il résulte de l'article 72 de la Constitution dans la mesure où il s'agit d'une prérogative régaliennne. Le Conseil constitutionnel a ainsi eu l'occasion de souligner « *que si la loi peut fixer les conditions de la libre administration des collectivités territoriales, c'est sous la réserve qu'elle respecte les prérogatives de l'Etat (...); que ces prérogatives ne peuvent être ni restreintes ni privées d'effet, même temporairement; que l'intervention du législateur est donc subordonnée à la condition que le contrôle administratif prévu par l'article 72, alinéa 3, permette d'assurer le respect des lois et, plus généralement, la sauvegarde des intérêts nationaux auxquels, de surcroît, se rattache l'application des engagements internationaux contractés à cette fin* »³⁰⁷. Le Conseil constitutionnel, même s'il veille au respect du principe de libre administration des collectivités territoriales ne prend pas moins soin des prérogatives étatiques. La République française demeure un état unitaire dont les principes fondamentaux s'opposent à ce que soient reconnus des droits collectifs à quelque groupe que ce soit, qu'il s'agisse d'une appartenance à une communauté d'origine, une culture, une langue ou à une religion³⁰⁸.

Dès lors, le respect des intérêts nationaux doit prévaloir sur l'ensemble du territoire. Hormis les cas où a lieu une expérimentation locale, le Conseil constitutionnel considère que le principe à valeur constitutionnelle de libre administration des collectivités territoriales ne saurait conduire à ce que les conditions essentielles d'application d'une loi organisant l'exercice d'une liberté publique dépendent de décisions des collectivités territoriales et, ainsi, puissent ne pas être les mêmes sur l'ensemble du territoire³⁰⁹. C'est pour cette raison que le juge constitutionnel impose au législateur, lorsqu'il crée une

³⁰⁷ Cons.const., déc. n° 82-137 DC du 25 février 1982, Rec. CC., p. 38, cons. n° 4 ; AJDA 1982, p. 303 note Boulouis ; JCP 1983 note Franck ; RDP 1982 p. 1259, chron. Favoreu

³⁰⁸ Cons.const., déc. DC, 15 juin 1999, Rec. p. 7 ; RFDA 1999, p. 594 note Verpeaux ; RDP 1999, p. 985 note Mélin-Soucramanien

³⁰⁹ Cons.const. déc. n° 84-185 DC, 18 janvier 1985, *Loi modifiant et complétant la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 et portant dispositions diverses relatives aux rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales*, Rec. p. 36 ; RFDA 1985, p. 624 obs. Delvolvé ; RFDA 1985 p. 600, obs. Favoreu

nouvelle catégorie de collectivité territoriale, de s'assurer du respect des prérogatives de l'État dont fait partie le contrôle de légalité³¹⁰. Tout ceci ne règle évidemment pas la question de savoir si, en dehors du cadre constitutionnel et légal, une tutelle *supplémentaire* peut résulter du contrat conclu entre l'Etat et les collectivités territoriales.

Il faut en déduire qu'il n'existe pas réellement de compétence qui soit « par nature » exclue de la sphère contractuelle : « il n'y a pas, d'un point de vue positiviste, de matière qui soit intrinsèquement allergique au contrat »³¹¹. En faisant une application positive du principe d'indisponibilité des compétences, il faut en déduire que l'autorité titulaire d'une compétence – donc d'un pouvoir de décision – doit l'épuiser. Il s'agit, avant tout, de protéger les règles de compétences auxquelles sont liées l'ensemble des personnes publiques : même si la plupart des décisions juridictionnelles concernent avant tout des hypothèses de délégations entre une personne publique et une personne privée³¹². Il faudrait considérer qu'en cas de contrat entre personnes publiques la solution serait identique. La raison d'être de cette jurisprudence réside ainsi dans l'obligation incombant à l'autorité titulaire d'exercer et donc d'épuiser sa compétence. Ainsi, l'interdiction de contracter en matière de police administrative ou encore de contrôle de légalité repose sur la nécessité d'exercer cette compétence ou ce pouvoir de décision : la personne publique ne peut ni déléguer cette compétence à une personne privée ou encore une personne publique, ni lier pour l'avenir son pouvoir de décision.

En réalité, la détermination des matières contractuelles ou des compétences qui peuvent faire l'objet d'un contrat ou d'une convention dépend plus spécifiquement de la volonté du législateur mais également de la personne publique en cause. L'identification de la compétence contractuelle est donc tant *intuitu personae* qu'*intuitu materiae*.

³¹⁰ Cons.const., déc. n° 91-290 DC, 9 mai 1991, *Loi relative au congé de représentation en faveur des associations et des mutuelles et au contrôle des comptes des organismes faisant appel à la générosité publique*, Rec. p. 50 ; LPA 1991 p. 20 note Carpentier, RFDC 1991 p. 305 et 487 note Favoreu ; RFDA 1991 p. 407 obs. Genevois ; RFDC 1991 p. 484 note Luchoire ; L. Favoreu et L. Philip, *Grandes décisions du conseil constitutionnel*, Dalloz 2009, p. 595-609

³¹¹ S. Hourson, *thèse précitée*, p. 297, n° 440

³¹² V. ainsi, parmi une jurisprudence très fournie : CE, Ass. 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, Rec. 595 ; CE, Sect. 23 mai 1958, *Consorts Amoudruz*, Rec. 301, chron. Fournier et Combarrous, *AJDA* 1958, 2, p. 309 ; CE, 8 mars 1985, *Association les amis de la terre*, Rec. 73, note Moreau ADJA 1985 p. 382, concl. Jeanneney RFDA 1985 p. 363

Certains principes spécifiques au droit des collectivités viennent ainsi s'ajouter à cette application traditionnelle du principe d'indisponibilité des compétences qui vient restreindre *matériellement* le champ de la compétence contractuelle. D'une part, il existe un certain nombre de compétences qui ne peuvent être dévolues aux collectivités territoriales parce que la Constitution prévoit soit qu'elles relèvent du domaine de la loi (hormis le cas de l'expérimentation et le cas spécifique des collectivités d'outre-mer) soit de la compétence du Premier ministre ou du Président de la République³¹³. D'autre part, les collectivités territoriales disposent d'une protection constitutionnelle qui résulte de la lecture combinée des articles 34 et 72. Ainsi, les conditions de mise en œuvre du principe de libre administration des collectivités territoriales implique l'obligation de recourir à la loi dès lors que, de manière générale, sont en cause les compétences des collectivités territoriales et de manière plus précise la répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales.

Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion d'appliquer ces principes à la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales. Ainsi, lorsqu'une convention vient régler les conditions d'exercice d'une compétence par une collectivité territoriale, il faut qu'elle soit prévue préalablement par la loi. C'est ce qu'a pu juger le Conseil constitutionnel dans sa décision précitée du 26 janvier 1995, à propos de la loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire du 4 février 1995. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel censure l'incompétence négative du législateur qui ne peut renvoyer à une convention le soin de déterminer les droits et obligations de la « collectivité chef de file » qu'il doit lui-même déterminer préalablement³¹⁴. Le Conseil constitutionnel avait déjà pu exiger par le passé que tout transfert de compétences de l'Etat vers les collectivités territoriales fasse l'objet d'une loi³¹⁵. Il s'agit, d'une part, de respecter la compétence du législateur telle qu'elle résulte de l'article 34 de la Constitution³¹⁶ : c'est ce qui apparaît explicitement dans la décision.

³¹³ V. ainsi : J.-B. Auby, J.-F. Auby et R. Noguellou, *op.cit.*, p. 73. Ces auteurs citent le cas de la négociation des traités et de la coopération transfrontalière qui ne peut intervenir que dans les conditions prévues par la loi.

³¹⁴ « que par suite, il ne saurait renvoyer à une convention conclue entre des collectivités territoriales le soin de désigner l'une d'entre elles comme chef de file pour l'exercice d'une compétence ou d'un groupe de compétences relevant des autres sans définir les pouvoirs et les responsabilités afférents à cette fonction » cons.57

³¹⁵ Cons.const. déc., n° 70-63L du 9 juillet 1970, Rec. CC, p. 41 ; CC, n°71-70L du 23 avril 1971, Rec. CC, p. 39

³¹⁶ Art. 34 : « La loi détermine les principes fondamentaux (...) de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources (...)»

Mais il s'agit, d'autre part, de garantir le principe de libre administration des collectivités territoriales et particulièrement l'égalité de traitement juridique entre collectivités qui résulte, notamment, de l'interdiction de tutelle entre collectivités.

La contractualisation renouvelle ainsi la vision traditionnelle de la sphère contractuelle en permettant de dépasser l'idée selon laquelle certaines matières s'en verraient exclure « par nature ». Le développement de nouveaux instruments, à l'instar de la convention d'administration conduisent à réexaminer la définition classique de l'espace contractuel.

2. La catégorie de la convention d'administration conduit à réexaminer l'étendue de l'espace contractuel

L'absence d'effet impératif des conventions d'administration ne les empêche cependant pas d'être analysées comme des mesures d'orientation, ainsi que l'explique M. Hourson dans sa thèse précitée. Dès lors, les conventions d'administration peuvent être assimilées dans leur esprit aux directives de la jurisprudence *Crédit Foncier de France*³¹⁷. Il n'est toutefois pas possible de transposer le régime juridique qui découle de cette jurisprudence dans la mesure où la convention d'administration est essentiellement un acte médiat : elle l'est parce que, d'une part, son existence est justifiée par un texte qui la précède et, d'autre part, parce qu'elle déclenche des effets juridiques par l'adoption ultérieure d'actes juridiques qu'elle exige afin de réellement déclencher des effets de droit.

En effet, dans une décision précitée rendue à propos des contrats de ville, le juge administratif évoque : « Si l'Etat s'est engagé par ledit contrat à financer à hauteur de 35200000 francs les actions ou opérations qui viendraient à être entreprises et si les collectivités territoriales concernées se sont engagées, selon un plan de financement prévisionnel [...], sur des sommes représentant, [...] le minimum que chacune entend

³¹⁷ CE, Sect. 11 décembre 1970, *Crédit foncier de France* Rec. CE., p. 750, *GAJA*, 18^e éd., p. 574, n° 84

affecter aux actions de développement social urbain, en inscrivant prioritairement à leur budget les crédits correspondants aux actions prévues par le contrat, ces engagements restent cependant subordonnés à la définition et à l'adoption, par les différents organismes créés par le contrat, de projets d'action ou d'opérations, finalisés, individualisés et financés par l'inscription de crédits au budget, tant de l'Etat que des collectivités territoriales concernées, de chacune des années couvertes par le contrat ; qu'ainsi, le contrat de ville [...] n'emporte par lui-même aucune conséquence directe quant à la réalisation effective des actions ou des opérations qu'il prévoit »³¹⁸. Ainsi, on voit bien les liens qui unissent la convention d'administration à l'acte consécutif : « Ceux-ci tiennent à leur contenu respectif, c'est-à-dire à la teneur de leurs énoncés juridiques. L'un sert de référence à l'élaboration de l'autre ; et inversement, l'un réalise l'autre. Il s'ensuit que le rapport est double et correspond aux deux facettes d'un même phénomène »³¹⁹. Dès lors, les conventions d'administration apparaissent comme des matriochkas juridiques dans la mesure où il est possible de concevoir une norme mère d'où émane la convention d'administration qui va elle-même donner ultérieurement naissance à un troisième acte qui, cette fois, déploiera des effets de droits impératifs. Il va de soi que l'ensemble ainsi formé demeure fondamentalement uni dans la mesure où toutes ces strates juridiques successives se tiennent les unes les autres.

Les contrats de rivière donnent lieu à l'adoption d'arrêtés préfectoraux permettant la constitution de « comité de rivière ». Le juge administratif a eu l'occasion de juger que ce type de contrat constitue « une directive que l'administration s'est donnée à elle-même »³²⁰. Cet exemple permet de bien cerner la convention d'administration comme étant la base ou le ferment d'actes subséquents destinés à la rendre effective.

La convention d'administration est un objet juridique en devenir dans la mesure où elle n'est que *potentiellement* créatrice de droit. Elle est donc une sorte de convention cadre au caractère potestatif et aléatoire.

Ainsi, les actes censés découler de la convention d'administration peuvent n'être jamais adoptés dans la mesure où leur adoption peut relever que d'une seule partie, par hypothèse l'Etat. Si la réalisation des directives contenues dans la convention d'administration est

³¹⁸ CAA Douai, 17 mai 2000, *Commune d'Hautmont*, préc.

³¹⁹ S. Hourson, *Les conventions d'administration*, op.cit., p. 365

entièrement liée aux actes subséquents qu'elle appelle, alors on peut douter fortement de son effectivité et de son impact réel sur les relations Etat-collectivités territoriales. Dès lors, le caractère aléatoire des actes subséquents peuvent totalement neutraliser les effets de droits susceptibles d'être produits par les conventions d'administration. Il faut, avec M. Hourson, en tirer les conclusions suivantes : « les conventions d'administration recouvrent une position intermédiaire. Elles empruntent à la fois au contrat et à l'institution. Les auteurs de ces actes ne cherchent pas véritablement à assurer la stabilité du droit. Il s'agit plutôt de tenir compte d'une situation et de prévoir l'action administrative sur une période donnée »³²¹.

Cette situation aboutit, inévitablement, à faire évoluer les lignes de partages de l'espace contractuel dans la mesure où l'effet directif des conventions d'administration ne pose pas du tout les mêmes difficultés que le contrat dans la mesure où elles n'aboutissent ni à un transfert ou encore à une délégation de compétences. Ainsi, les prohibitions traditionnelles liées au contrat disparaissent dans une très large mesure car l'intervention d'une convention d'administration ne prive absolument pas d'effet l'exercice ultérieur d'une compétence. Dès lors, c'est à une vision *rationae materiae* de l'espace contractuel que la contractualisation conduit ; l'espace contractuel devenant ainsi beaucoup plus vaste.

B. Une définition rationae materiae et rationae personae du domaine de la contractualisation

La remise en cause d'une exclusion par nature du domaine du contrat pour certaines matières conduit nécessairement à adopter une définition *rationae materiae et rationae personae* du domaine de la contractualisation.

Cette vision des choses est renforcée par les nombreux textes en vigueur qui conduisent nécessairement à adopter une telle distinction (1) mais également par la circonstance que l'exclusion du domaine du contrat ne tient pas à la matière en cause mais bel et bien à

³²⁰ TA Lyon, 10 décembre 1989, *Revue juridique de l'environnement* 1990, p. 119

l'exercice d'un pouvoir de décision unilatéral par l'autorité compétente (2). Seule cette dernière considération conduit à exclure de la sphère contractuelle une matière spécifique, non pas par nature mais par rapport à son objet.

1. Les textes en vigueur développent les matières contractuelles en fonction des personnes publiques compétentes

Il faut tout d'abord relever que le législateur est relativement libre de déterminer quelles matières peuvent faire l'objet de contractualisation. En matière de droit des collectivités territoriales, ce qui est d'ordinaire une faculté devient une obligation dans la mesure où la Constitution exige l'intervention du législateur dès lors que les compétences des collectivités territoriales sont concernées. Tout ceci s'organise sous le contrôle du juge.

Ainsi, lorsque le législateur décide de mettre en place des contrats entre l'Etat et les collectivités territoriales, le Conseil constitutionnel fixe un certain nombre de conditions à respecter. Ces conditions, si elles lient le législateur, lient également le pouvoir réglementaire.

Le principe même de la convention conclue entre l'Etat et les collectivités territoriales est admis par le juge constitutionnel dans la mesure où, d'une part, « aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne s'oppose à ce que l'Etat passe des conventions avec les diverses collectivités territoriales de la République telles que les communes, les départements, les régions ou les territoires d'outre-mer » et que, d'autre part, « aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne s'oppose à ce que de telles conventions aient pour objet d'harmoniser l'action des administrations respectives de l'Etat ». Toutefois, « de telles conventions, de pur droit interne, puisent leur force obligatoire à l'égard du Gouvernement, des administrations et des juridictions dans la loi française en vigueur », ainsi « le législateur, qui n'est soumis qu'à l'autorité de la Constitution, ne peut s'interdire lui-même, que ce soit unilatéralement ou conventionnellement, de modifier la loi en vigueur ; (...) par suite, de telles conventions ne peuvent avoir ni pour

³²¹ S. Hourson, op.cit., p. 371

objet ni pour effet de restreindre l'exercice des compétences conférées au législateur par la Constitution »³²².

Si l'exigence d'une loi est certes un préalable incontournable, il est intéressant de constater que le Conseil constitutionnel assortit la faculté pour le législateur d'organiser la répartition des compétences ou encore une action commune entre l'Etat et les collectivités territoriales à un certain nombre de garanties. Si certaines de ces garanties visent la protection du statut constitutionnel des collectivités territoriales, il faut toutefois souligner que la jurisprudence du Conseil constitutionnel tend davantage à protéger les prérogatives de l'Etat unitaire et, partant, les pouvoirs de l'Etat.

Le prisme du contrôle des « contrats » conclus entre l'Etat et les collectivités territoriales se trouve établi par la dimension constitutionnelle qui encadre la conclusion des contrats entre l'Etat et les collectivités territoriales. Ainsi, lorsque le juge administratif a à connaître de contentieux liés à l'exécution des contrats dont s'agit, son contrôle a tendance à s'aligner sur les principes fixés par le conseil constitutionnel.

Le législateur a ainsi multiplié les procédés contractuels, s'agissant aussi bien de contrats que de conventions d'administration avec pour limite le statut constitutionnel des collectivités territoriales. Il faut toutefois mentionner une limite supplémentaire qui est rappelée par la jurisprudence administrative : l'impossibilité de contracter lorsqu'un pouvoir de décision unilatéral est concerné.

2. L'existence d'une prohibition conventionnelle tenant essentiellement au pouvoir de décision unilatéral

Il semble que la considération dominante de la prohibition du recours au procédé conventionnel se retrouve dans l'impossibilité de déléguer ou de transférer par la voie du contrat un pouvoir de décision unilatéral. Comme l'explique M. Hourson dans sa

³²² Cons.const, déc. n° 83-160 DC du 19 juillet 1983, AJDA 1984, p. 28 note Jarnevic ; cons. 4 et 5

thèse « l'interdiction est moins celle d'un procédé juridique que des effets produits par un acte. En d'autres termes, il s'agit d'une affaire de fins et non de moyens »³²³.

La matière fiscale est un exemple intéressant.

La Cour de cassation avait déjà eu très tôt l'occasion de juger que « la perception des impôts intéresse essentiellement l'ordre public, elle ne peut donc être la matière d'un contrat »³²⁴. Le Conseil d'Etat a également eu l'occasion de rejeter l'idée même du recours en contrat en mettant en avant la circonstance que de tels accords étaient contraires aux dispositions législatives ou réglementaires en vigueur³²⁵. Ainsi, l'existence d'une prohibition en matière fiscale – comme d'ailleurs en matière de police administrative – tiendrait davantage à l'impossibilité existante de substituer le contrat à l'acte administratif unilatéral qui demeure le seul exigé par le droit positif en vigueur : « les contrats en cause sont illégaux parce que l'autorité signataire n'est pas compétente pour les signer. Elle n'est pas compétente pour les signer parce que la réglementation en vigueur prévoit seulement une décision unilatérale »³²⁶. Il en va ainsi des agréments en matière fiscale dont le juge administratif n'a jamais admis le caractère contractuel³²⁷. Lors de l'examen de la loi de finances pour 1988 qui prévoyait la possibilité pour le ministre des finances de délivrer un agrément fiscal, les saisissants critiquaient cette disposition en arguant qu'elle consistait en une subdélégation par le législateur de son pouvoir fiscal. En l'espèce, le Conseil constitutionnel considère que : « l'exigence de l'agrément confère seulement au ministre chargé du budget le pouvoir de s'assurer, conformément à l'objectif poursuivi par le législateur, que l'opération de restructuration, de regroupement ou d'apport en cause satisfait aux conditions fixées par la loi ; qu'ainsi, les dispositions contestées par les députés auteurs de la saisine qui tendent seulement à charger l'autorité ministérielle de prendre les mesures individuelles nécessaires à l'application de la loi ne méconnaissent pas l'article 34 de la Constitution qui réserve au législateur la fixation des règles concernant l'assiette, le taux et les modalités de

³²³ S. Hourson, *thèse précitée*, p. 300, n° 448

³²⁴ Cass. Civ. 13 mars 1895, *Dreyfus*, S. 1895.1.465, note Wahl

³²⁵ V. ainsi : CE, 24 mars 1956, *Etablissements Motte et Porisse*, Rec. CE, p. 144 ; CE, 28 juin 1961, *Compagnie générale*, Rec. CE, p. 443

³²⁶ L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, 8^e éd. 2012, p. 64 n°79

³²⁷ CE. Sect. 10 mars 1967, *Ministre de l'économie et des finances c/ Société Samat*, AJDA 1967, p. 280 concl. Galmot

recouvrement des impositions de toutes natures »³²⁸. En d'autres termes, il s'agit là d'une mesure unilatérale individuelle et non pas d'un éventuel contrat : celui-ci ne peut – eu égard aux dispositions en vigueur – se substituer au pouvoir de décision unilatéral.

Pour ce qui concerne la police administrative, la jurisprudence et la doctrine avaient consacré l'interdiction de principe de conclure des conventions intéressant cette prérogative régaliennne³²⁹. Ainsi, M. Moreau avait-il pu souligner que « l'unilatéralité des décisions de police a toujours été un dogme. Elle demeure conforme à la vérité si l'on n'y voit non plus seulement un privilège reconnu à l'administration mais aussi une sujétion à elle imposée. Par la réglementation ou l'injonction de police, les autorités compétentes imposent aux administrés une modification unilatérale de leur situation juridique mais c'est là la seule voie qu'il leur est loisible d'emprunter ; la négociation bilatérale sous forme d'accord contractuel leur est formellement interdite »³³⁰.

Toutefois, il ne s'agit pas d'une prohibition générale de tout usage du contrat en matière de police administrative³³¹. La prohibition vise, en premier lieu, la délégation d'une activité de police par le contrat, l'intervention du contrat en lieu et place de l'acte unilatéral et enfin l'impossibilité pour l'autorité compétente de promettre une mesure de police par le contrat. Ainsi, « ce qui est interdit aux autorités détentrices du pouvoir de police c'est de tenter d'assurer l'ordre public par la voie du contrat. Elle ne peut qu'édicter des règlements et prendre des décisions unilatérales. En revanche, des opérations matérielles, comme les secours en montagne, peuvent être confiées à un délégataire »³³².

Eu égard à leurs effets directifs, les objections pouvant être opposées au contrat (transfert de compétences) ne peuvent l'être à l'égard des conventions d'administration.

³²⁸ Cons.const., déc. n° 87-237 DC du 30 décembre 1987, *Loi de finances pour 1988*, cons. 11, Rec. CC, p. 63 ; O. Fouquet, *Les agréments fiscaux*, JCP Cahiers du droit de l'entreprise, 1991, I, 86

³²⁹ V. ainsi : G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif* (t.II), PUF 1990 11^e ed., p. 692 ; Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, LGDJ 2001, p. 725 n° 1506 ; L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ 2006, 5^e éd., p. 55 n° 72 ; P.-L. Frier et J. Petit, *Précis de droit administratif*, Montchrestien 2008, 5^e éd. p. 261 n° 425 ; J. Petit, *Nouvelles d'une antinomie : contrat et police*, in Mél. Moreau, *Economica* 2002, p. 353 ; J.-D. Dreyfus, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, L'Harmattan 1997, p. 255 ;

³³⁰ J. Moreau, *De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel*, AJDA 1965, p. 17

³³¹ J. Petit, *op. cit.*, p. 348

³³² R. Denoix de Saint Marc, *La question de l'administration contractuelle*, AJDA 2003, p. 970

Le juge constitutionnel n'a pas les mêmes réserves et approuve le recours à la convention d'administration tout en prenant soin d'en encadrer les conditions dans le strict respect des compétences du législateur³³³. Les auteurs du traité des contrats administratifs soulignaient déjà que l'agrément fiscal « ne fait que placer le bénéficiaire sous un régime légal, celui du statut privilégié ; ce n'est pas un accord mais un « acte-condition » »³³⁴. L'intervention des conventions d'administration, qu'il est possible de rapprocher des actes-conditions conservent la compétence et le pouvoir de décision unilatéral. Tel est le cas des « conventions de coordination »³³⁵ conclues entre un maire et le préfet (et/ou le cas échéant avec le président d'un établissement public de coopération intercommunale) afin de préciser « la nature et les lieux des interventions des agents de police municipale. Elle détermine les modalités selon lesquelles ces interventions sont coordonnées avec celles de la police et de la gendarmerie nationales ». La convention-type adoptée par décret ne fait que renvoyer matériellement aux interventions des forces de l'ordre sans réellement imposer d'obligation hormis l'existence de réunions de coordination de l'action des forces de l'ordre³³⁶. Il faut ainsi en déduire que la convention d'administration agit comme un instrument-cadre de coordination de l'action administrative : il n'y a pas lieu de considérer qu'il puisse y avoir transfert ou délégation d'une quelconque compétence.

L'espace contractuel est donc tout entier modelé par les décisions jurisprudentielles et les évolutions textuelles, principalement législatives s'agissant des collectivités territoriales. La définition matérielle de l'espace contractuel s'élabore progressivement et lentement par le juge et le législateur. Il faut également considérer que l'intervention de la convention d'administration crée une distorsion considérable de cet espace contractuel, obligeant par la même occasion les juges à élaborer un véritable statut de la contractualisation territoriale.

³³³ V. ainsi : Cons.const., déc. n° 2007-547 DC du 15 février 2007, cons. 45 et 49, Rec. CC, p. 60 ; Cons.const, déc. n° 2009-597 DC du 21 janvier 2010, cons. 5, Rec. 47 ; Cons.const., déc. n° 2009-598 DC du 21 janvier 2010, cons. 6, Rec. CC, p. 50 ;

³³⁴ A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, op.cit., T.1 p. 50, n° 32

³³⁵ Article L. 2212-6 du code général des collectivités territoriales

³³⁶ Décret n° 2000-275 du 24 mars 2000 déterminant les clauses de la convention-type de coordination prévue à l'article L. 2212-6 du code général des collectivités territoriales

§ 2 : La construction progressive d'un véritable statut de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales

L'évolution des matières contractuelles suscitée par la contractualisation territoriale a conduit les différents juges constitutionnel et administratif à prendre en considération ce phénomène nouveau.

Progressivement, la contractualisation acquière un véritable statut par les décisions qui sont rendues. S'agissant du champ spécifique du droit des collectivités territoriales, il y a tout d'abord lieu d'examiner les sources constitutionnelles (A) de ce statut. Il s'agit là de la dimension positive de ce statut. Celui-ci contient également une dimension négative dans la mesure où il est limité par la compétence du législateur et, le cas échéant, par le droit des tiers (B).

A. Les sources constitutionnelles de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales

Les sources constitutionnelles constituent la base du statut de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales. Les prémisses ont été élaborées tout d'abord par le juge constitutionnel (1) puis le juge administratif a conforté cette jurisprudence par ses décisions (2).

1. Les prémisses du statut posées par le juge constitutionnel

Le principe même de la convention conclue entre l'Etat et les collectivités territoriales est admis par le juge constitutionnel dans la mesure où, d'une part, « aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne s'oppose à ce que l'Etat passe des conventions avec

les diverses collectivités territoriales de la République telles que les communes, les départements, les régions ou les territoires d'outre-mer » et que, d'autre part, « aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne s'oppose à ce que de telles conventions aient pour objet d'harmoniser l'action des administrations respectives de l'Etat ». Toutefois, « de telles conventions, de pur droit interne, puisent leur force obligatoire à l'égard du Gouvernement, des administrations et des juridictions dans la loi française en vigueur ». Ainsi « le législateur, qui n'est soumis qu'à l'autorité de la Constitution, ne peut s'interdire lui-même, que ce soit unilatéralement ou conventionnellement, de modifier la loi en vigueur ; que, par suite, de telles conventions ne peuvent avoir ni pour objet ni pour effet de restreindre l'exercice des compétences conférées au législateur par la Constitution »³³⁷.

Si l'exigence d'une loi est certes un préalable incontournable, il est intéressant de constater que le Conseil constitutionnel assortit la faculté pour le législateur d'organiser la répartition des compétences ou encore une action commune entre l'Etat et les collectivités territoriales à un certain nombre de garanties. Si certaines de ces garanties visent la protection du statut constitutionnel des collectivités territoriales, il faut toutefois souligner que la jurisprudence du Conseil constitutionnel tend davantage à protéger les prérogatives de l'Etat unitaire et, partant, les pouvoirs de l'Etat. Dans tous les cas c'est bien évidemment le texte constitutionnel qui prime et même si ce dernier fait de « l'organisation décentralisée de la République » un principe constitutionnel, il apparaît nettement que ce sont les caractéristiques de l'Etat unitaire qui dominent. Ces principes ont par la suite été repris, puis amplifiés par la jurisprudence administrative.

2. La protection juridictionnelle du juge administratif

Le prisme du contrôle des « contrats » conclus entre l'Etat et les collectivités territoriales se trouve établi par la dimension constitutionnelle qui encadre la conclusion des contrats entre l'Etat et les collectivités territoriales. Ainsi, lorsque le juge

³³⁷ Cons.const, déc. n° 83-160 DC du 19 juillet 1983, AJDA 1984, p. 28 note Jarnevic ; cons. 4 et 5

administratif a à connaître de contentieux liés à l'exécution des contrats dont s'agit, son contrôle a tendance à s'aligner sur les principes fixés par le conseil constitutionnel.

Il convient néanmoins de rappeler que le juge administratif est lié par les qualifications législatives : une fois que le législateur a qualifié l'acte de contractuel il ne revient pas sur cette qualification. Le Conseil d'Etat a eu l'occasion d'en juger ainsi très tôt, dès les premiers contentieux liés aux premiers contrats de plan conclus en vertu de la loi du 29 juillet 1982 portant réforme de la planification par sa décision précitée *Communauté urbaine de Strasbourg*³³⁸. Il a pu également en juger de même à propos de « contrats particuliers » conclus en vertu de la loi du 29 juillet 1982 : « la cour administrative d'appel de Nantes a souverainement apprécié, sans dénaturer les pièces du dossier, d'une part la nature contractuelle du protocole d'accord du 13 février 1986 précité et de la charte du 6 juillet 1994 qui l'a complété, et, d'autre part, que ces engagements ont été fixés par un contrat de plan impliquant toutes les régions traversées par la Loire, conclu dans le cadre du IXème Plan, afin de permettre la réalisation des actions qu'il avait prévues ; que la cour n'a pas commis d'erreur de droit ni en qualifiant le protocole d'accord et la charte ultérieure, de contrats particuliers, au sens des dispositions précitées de l'article 11 de la loi du 29 juillet 1982 portant réforme de la planification, lesquels peuvent être conclus avec plusieurs régions, ni en jugeant que l'EPALA pouvait, par voie de conséquence, rechercher la responsabilité contractuelle de l'Etat pour manquement à ses obligations découlant de ces contrats particuliers »³³⁹.

Ainsi, une fois que la qualification contractuelle est admise le juge administratif en tire toutes les conséquences sur le plan de la responsabilité et n'hésitant pas à engager, par exemple, la responsabilité de l'Etat dès lors « qu'aucune stipulation contractuelle n'y fait obstacle »³⁴⁰. Il va de soi que cette position n'est possible que dans la mesure où le contrat dont s'agit mis en œuvre par une loi et qu'il répond aux conditions fixées par la jurisprudence constitutionnelle. Ces conditions se trouvent également fixées par deux considérations majeures : le respect, le cas échéant du droit des tiers et le respect de la compétence du législateur.

³³⁸ CE, Ass. 8 janvier 1988, *Ministre chargé du plan et de l'aménagement du territoire c/ Communauté urbaine de Strasbourg*, Rec. CE., p. 2 ; chron. Azibert et de Boisdeffre AJDA 1988, p. 137 ; concl. Daël, RFDA 1988, p. 25 ; V. également implicitement : CE, 4 juillet 1997, *Région Rhône-Alpes*, req. n° 161380

³³⁹ CE, 7 mars 2008, *Ministre de l'écologie et du développement durable*, req. n° 290259

B. Un statut de la contractualisation conditionné par la loi et le droit des tiers

Si la contractualisation territoriale connaît un développement remarquable elle trouve également un certain nombre de limites qui ne tiennent pas, spécifiquement, à la présence des collectivités territoriales elles-mêmes.

En premier lieu, s'agissant d'une matière spécifique, la contractualisation trouve ses limites dès lors qu'il est question de compétence du législateur (1). Ce dernier reste maître du processus et de sa détermination. En second lieu, de manière peut être paradoxale, la contractualisation trouve ses limites dès lors que les droits des tiers peuvent être concernés (2).

1. La protection de la compétence du législateur

Dans les décisions que le Conseil constitutionnel a pu rendre à propos de la contractualisation territoriale, il convient de relever que sa préoccupation principale réside davantage dans la protection des prérogatives étatiques, ainsi à propos de la passation d'une convention fiscale entre la France et la Nouvelle-Calédonie, le Conseil constitutionnel relève : « qu'aucune des stipulations de la convention ne reconnaît au territoire la qualité d'autorité souveraine ou de personne du droit international » et que si « rien ne s'oppose à ce que, dans le cadre de la convention de droit interne passée par les autorités compétentes au titre de chacune des personnes morales contractantes, soient définis des droits et des obligations réciproques ; que, comme il a été dit plus haut, la définition de ces droits et obligations par la voie contractuelle ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de priver le législateur français des compétences que lui confère la Constitution ni d'attribuer aux autorités du territoire des prérogatives contraires à la Constitution »³⁴¹. Cette décision appelle plusieurs remarques.

³⁴⁰ CE, 21 décembre 2007, *Région du Limousin*, req. n° 293260, note Dreyfus, AJDA 2008, p. 481

³⁴¹ Cons.const, déc. n° 83-160 DC du 19 juillet 1983, op.cit. cons. 9

En premier lieu, selon la définition que donne le Conseil constitutionnel de la « convention » en cause il ne semble pas qu'il s'éloigne d'une définition classique du contrat dans la mesure où il reconnaît la possibilité d'ériger au sein de ces conventions « des droits et des obligations réciproques ». Donc ce n'est pas tant la seule possibilité de la convention qui est admise mais la possibilité de conclure d'authentiques contrats générateurs de droits et obligations réciproques. Toutefois, ces « contrats » trouvent leur limite dans la liberté que détient le législateur de modifier la loi en vigueur. En d'autres termes, à l'inverse, on pourrait considérer que les « contrats » en cause se trouveraient exclus du bénéfice du principe de sécurité juridique, s'agissant de contrats portant sur l'exercice de compétences. Ainsi, en second lieu, ces « contrats » semblent donc liés à des considérations extraordinaires dans la mesure où leurs effets sont subordonnés non pas au seul maintien en vigueur des dispositions qui les établissent mais également à la faculté pour le législateur – donc de l'Etat – de revenir éventuellement sur sa parole. C'est ainsi selon un cadre strict que le contrat entre l'Etat et les collectivités territoriales peut se comprendre. Et c'est donc conformément aux principes qui ont été énoncés que le juge administratif va construire son contrôle lorsque le pouvoir réglementaire mettra en œuvre les « contrats » en cause.

Ce contrôle va se trouver renforcé dès lors que la contractualisation territoriale dépasse le cadre strict de la relation Etat-collectivités territoriales. Cette considération peut apparaître paradoxale dans la mesure où cette étude est relative à la contractualisation Etat-collectivités territoriales. Il n'en est toutefois rien dans la mesure où l'ampleur de la contractualisation actuelle peut tout d'abord avoir une influence sur la situation de tiers : qu'il s'agisse d'usagers du service public ou encore de contribuables locaux. Elle peut également avoir un lien important avec des tiers qui sont associés de manière directe ou indirecte aux instruments de la contractualisation et dont la situation peut être affectée.

2. La protection des droits des tiers

Deux séries d'hypothèses doivent être successivement examinées. La première, plus rare, réside dans la possibilité pour un tiers d'être associé indirectement à un instrument de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales. La seconde concerne

la possibilité pour un tiers d'être affecté par un instrument de la contractualisation territoriale.

La possibilité qu'un tiers soit indirectement concerné par la conclusion d'un instrument de la contractualisation change considérablement la donne dans la mesure où les termes du rapport sont changés. L'Etat n'est ainsi plus seul face aux collectivités territoriales. La première conséquence à déduire de cette situation atteint le contrat par ricochet : la perspective d'une convention d'administration semble s'éloigner dans la mesure où la présence d'une personne privée au contrat semble en contradiction avec l'objet même de la convention d'administration, sauf à considérer – pour reprendre une formule bien établie – que la personne privée participerait à « l'exécution même du service public ». Il semble que cette dernière situation soit assez improbable dans la mesure où la plupart des contrats de ce type semble relever de catégories de contrats nommés et donc, logiquement, ne relèveraient pas de la catégorie de la convention d'administration.

La présence d'une personne privée au contrat change la donne dans la mesure où le contrat ne saurait plus avoir pour seul objet d'organiser les rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales. Il faut alors considérer qu'il s'agit d'organiser « l'action commune »³⁴² de l'Etat, des collectivités territoriales ET des personnes privées. La présence de personnes privées au contrat conduit à renforcer la protection juridique de leurs droits dans la mesure où le rôle du contrat va se trouver considérablement modifié par rapport à l'objet initial du contrat entre l'Etat et les collectivités territoriales. L'exemple du contrat de partenariat de l'ordonnance du 17 juin 2004 modifiée est à ce titre instructif. Il apparaît tout d'abord nécessaire de mentionner que si le lien entre contrat de partenariat et service public ne semble pas – de prime abord – évident, rien ne permet d'affirmer de manière ferme et définitive qu'un contrat de partenariat exclue toute idée de gestion d'un service public³⁴³.

Dans sa décision du 24 juillet 2008³⁴⁴ relative à la loi portant modification de l'ordonnance du 17 juin 2004, le Conseil constitutionnel rappelle sa jurisprudence

³⁴² V. de Briant, *L'action commune en droit des collectivités territoriales*, L'Harmattan 2009

³⁴³ V. en ce sens : B. Eglie-Richters, *Le service public et le contrat de partenariat*, AJDA 2009, p. 673

traditionnelle concernant le statut constitutionnel des collectivités territoriales et, notamment, l'interdiction de tutelle entre collectivités. Ainsi «en prévoyant que plusieurs collectivités publiques, qui ne sauraient comprendre l'État et ses établissements publics, peuvent désigner l'une d'entre elles pour signer un contrat de partenariat et en disposant que la convention passée entre ces collectivités précise les conditions de ce transfert de compétences et en fixe le terme, l'article 18 de la loi déferée a non seulement autorisé la collectivité désignée à organiser l'action commune de plusieurs collectivités, mais lui a également conféré un pouvoir de décision pour déterminer cette action commune ; que, dès lors, il a méconnu le cinquième alinéa de l'article 72 de la Constitution »³⁴⁵. Lorsque le Conseil constitutionnel exclu la possibilité pour plusieurs collectivités la possibilité de passer un avant-contrat attribuant à l'une d'entre elles le pouvoir de signer le contrat de partenariat, le Conseil constitutionnel reste fidèle à sa ligne jurisprudentielle antérieure³⁴⁶. Pour autant, il conserve la possibilité qu'une telle convention puisse être signée entre l'Etat et des collectivités territoriales : cela faisant, il réserve la possibilité que le contrat de partenariat permette d'organiser – pour une action déterminée – les rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales en désignant l'Etat comme collectivité « chef de file ». C'est ce que relève M. Marcou en faisant référence à l'article L. 1414-1 du code général des collectivités territoriales : « il est donc parfaitement possible que l'Etat, ou l'un de ses établissements publics, passent avec des collectivités territoriales ou des établissements publics rattachés à celles-ci une convention ayant pour objet la réalisation d'un projet relevant simultanément de leurs compétences respectives. Cette convention peut alors avoir un objet bien plus large que celui de la convention conclue seulement entre collectivités territoriales après la censure du Conseil constitutionnel »³⁴⁷. Il faut donc en déduire que « l'action commune « horizontale » entre collectivités territoriales, et donc entre égaux, d'où la limite résultant de l'interdiction de toute tutelle d'une collectivité territoriale sur une autre, et l'action commune « verticale », c'est-à-dire entre l'Etat et des collectivités territoriales, et cette action commune n'est plus soumise aux mêmes restrictions »³⁴⁸.

³⁴⁴ Cons.const., déc. n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008, Rec. CC, p. 341 ; note Dreyfus, AJDA 2008, p. 1664 ; note Apelbaum et Debouzy, JCP A 2008, n° 44, p. 37 ; note Terneyre, BJCP 2008 n° 60, p. 310 ; G. Marcou, *L'action commune des collectivités territoriales selon le Conseil constitutionnel : organiser n'est pas déterminer* in Mél. Jégouzo, Dalloz 2009, p. 224

³⁴⁵ Op. cit., cons. 33

³⁴⁶ Cons.const., déc. n° 94-358 DC du 26 janvier 1995, Rec. CC, p. 183, précitée

³⁴⁷ G. Marcou, *L'action commune des collectivités territoriales selon le Conseil constitutionnel*, préc., p. 234

³⁴⁸ Op.cit., p. 235

Ainsi, le contrat de partenariat peut tout à fait avoir un objet identique à celui des contrats « classiques » conclus entre l'Etat et les collectivités territoriales. Néanmoins, force est de constater – eu égard à l'importance de ces contrats de partenariats – que leur qualification contractuelle ne fait aucun doute, notamment par la nécessité de préserver l'ensemble des droits du cocontractant privé qui n'est pas dans la même relation avec l'Etat que peuvent l'être, *mutatis mutandis*, les collectivités territoriales. Dès lors, c'est en raison du respect du droit du « tiers » qu'est ici la partie privée au contrat – dans la mesure où la première pierre du contrat semble ici l'action commune entre l'Etat et les collectivités territoriales – qu'il y a lieu de sauvegarder et de protéger la nature contractuelle de l'acte en cause. C'est également sur le fondement de la protection du droit des « tiers » qu'il y a lieu de considérer comme contractuels certains actes conclus par l'Etat et les collectivités territoriales.

Le deuxième exemple concerne l'hypothèse où l'instrument de la contractualisation va affecter la situation des tiers, au premier chef desquels il faut nommer les usagers du service public. Il est donc possible d'évoquer ici la notion d'acte mixte³⁴⁹. En effet, le caractère spécifique des contrats conclus entre l'Etat et les collectivités territoriales, notamment en ce qu'il permet de fixer l'organisation du service public donne à ces contrats un caractère bien spécifique et que la doctrine a souvent pu analyser comme étant des actes mixtes.

Si le contrat en cause a le caractère d'acte mixte, cela implique que certaines clauses du contrat ont le caractère de clauses règlementaires et, à ce titre, parfaitement invocables par les tiers sans pourtant porter atteinte à la nature contractuelle de l'acte en cause. Cela peut tout à fait se comprendre dans la mesure où, encore une fois, l'objet du contrat porte sur l'organisation du service public dont – on le sait – les mesures peuvent faire l'objet d'un recours devant le juge administratif³⁵⁰. Ainsi, le juge administratif a eu l'occasion de juger que lorsque l'organisation du service public fait l'objet d'une convention³⁵¹, les « stipulations qui règlent l'organisation même du service public

³⁴⁹ Y. Madiot, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, LGDJ 1971

³⁵⁰ V. ainsi : TC, 15 janvier 1968, *Compagnie Air France c. Epoux Barbier*, Rec. 789, concl. Kahn ; RDP 1968, p. 893 note Waline ; RDP 1969, p. 142, concl. Kahn ; AJDA 1968, p. 225 chr. Massot et Dewost ; Dalloz 1969, p. 202 note J.-M. Auby ; GAJA 18^e éd. n° 83, p. 567

³⁵¹ CE, 14 janvier 1998, *Syndicat départemental Interco 35 CFDT*, AJDA 1999, p. 164 note Petit ; DA 1998, n° 231, obs. J.C.B

assuré ont un caractère règlementaire » susceptibles d'être invoquées par les tiers à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir³⁵² mais également dont l'annulation peut être demandée à cette occasion³⁵³.

Les limites qui viennent d'être évoquées, si elles ne concernent que des éléments qui ne sont pas spécifiques au droit des collectivités territoriales ont néanmoins une grande importance dans le développement de la contractualisation territoriale et des effets juridiques qu'elle est destinée à produire.

Il est toutefois nécessaire d'évoquer à ce stade la cadre constitutionnel et légal propre aux collectivités territoriales : la contractualisation territoriale trouve ses limites lorsqu'elle rencontre le statut constitutionnel des collectivités territoriales et plus particulièrement le principe de libre administration des collectivités territoriales. C'est donc le statut constitutionnel des collectivités territoriales qui va réellement poser un certain nombre de limites à la contractualisation. Autant de limites nécessaires afin de freiner l'enthousiasme non désintéressé de l'Etat pour la contractualisation.

Chapitre 2 : L'intégration de la contractualisation territoriale au sein du statut constitutionnel des collectivités territoriales

L'élaboration d'un statut de la contractualisation territoriale ne peut s'effectuer qu'en prenant en considération la spécificité du droit français des collectivités territoriales. Cette spécificité repose avant tout sur la constitutionnalisation croissante du statut juridique des collectivités territoriales. Dès lors, le statut de la contractualisation

³⁵² CE, Sect. 18 mars 1977, *Chambre de commerce de La Rochelle*, Rec. CE, p. 153, concl. Massot

³⁵³ CE, Ass. 10 juillet 1996, *Cayzele*, Rec. CE, p. 272 ; AJDA 1996, p. 732, chron. Chauvaux et Girardot ; CJEG 1996, p. 382 note Terneyre ; RFDA 1997, p. 89 note Delvolvé ; Mél. Guibal, p. 345, comme J-L. Mestre

territoriale ne peut être pensé que dans le cadre constitutionnel propre aux collectivités territoriales.

Il faut donc considérer que la spécificité du droit français des collectivités territoriales guide et modèle le statut de la contractualisation territoriale. Cette spécificité trouve sa source dans la constitutionnalisation du statut des collectivités territoriales et plus précisément dans l'acte II de la décentralisation tel qu'il résulte de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003.

Le phénomène de contractualisation territoriale ne peut donc qu'évoluer dans le cadre constitutionnel et légal propre aux collectivités territoriales. La contractualisation territoriale ne peut ainsi s'émanciper des règles de compétence qui déterminent le fond du droit applicable. Ainsi, la contractualisation territoriale trouve un certain nombre de limites, principalement vis-à-vis de l'Etat. Il n'en demeure pas moins que son développement nourrit la réflexion et la jurisprudence relative au statut constitutionnel des collectivités territoriales, à commencer par le principe de libre-administration des collectivités territoriales qui découle de l'article 72 de la Constitution.

La confrontation de la contractualisation territoriale au statut constitutionnel des collectivités territoriales permet d'envisager la première comme ayant à la fois un aspect positif et un aspect négatif.

Positivement tout d'abord, le développement de la contractualisation territoriale permet de considérer que celle-ci apparaît comme un droit créé au profit des collectivités territoriales. En effet, le développement du principe de liberté contractuelle des collectivités territoriales apparaît comme un appel à la contractualisation : celle-ci devient progressivement un droit revendiqué par les collectivités territoriales (Section 1).

Négativement, ensuite, la contractualisation territoriale connaît des limites dans la mesure où elle ne peut s'affranchir ni des règles constitutionnelles de répartition de compétences ni de la répartition effective des compétences entre l'Etat et les collectivités territoriale (Section 2).

La contractualisation territoriale s'ancre ainsi dans la continuité de l'histoire constitutionnelle des relations Etat-collectivités territoriales qui demeure caractérisée par l'unité de l'Etat : la contractualisation ne peut ainsi conduire à développer du fédéralisme au sein de la République française.

Section 1 : La contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales repose sur le principe de liberté contractuelle

La contractualisation territoriale apparaît ainsi avant tout comme un droit crée au profit des collectivités territoriales qui sont fondées à revendiquer le principe d'une contractualisation avec l'Etat.

L'existence d'un droit à la contractualisation au profit des collectivités territoriales découle directement du principe de liberté contractuelle des collectivités territoriales dont la reconnaissance est relativement récente. Ainsi, l'élaboration d'un statut de la contractualisation territoriale passe inexorablement par l'examen des contours du principe de liberté contractuelle des collectivités territoriales.

La force de ce principe réside essentiellement dans sa consécration constitutionnelle (§ 1) : il consacre ainsi la faculté pour les collectivités territoriales d'être titulaires de droits fondamentaux, permettant d'évoquer l'existence d'un droit à la contractualisation dont les contours doivent être définis. Dans cette optique, le principe de liberté contractuelle est donc une liberté conférée aux collectivités territoriales. Les conséquences juridiques de cette liberté peuvent apparaître, de manière consécutive, comme autant de limites pouvant être opposées, le cas échéant à l'Etat.

L'émergence d'un droit à la contractualisation apparaît comme la conséquence du développement de la jurisprudence relative au principe de liberté contractuelle des collectivités territoriales. De telle sorte que le premier est finalement enchâssé dans le second : la contractualisation trouve ainsi un certain nombre de limites qui découlent de la conciliation du principe de liberté contractuelle des collectivités territoriales avec d'autres droits et libertés constitutionnellement garantis (§ 2). Ces limites tiennent à la

fois au respect des principes constitutionnels applicables aux collectivités territoriales qu'à ceux qui concernent la garantie de l'Etat unitaire. La contractualisation territoriale se place ainsi dans une complète continuité de la décentralisation administrative.

§ 1 : Les sources constitutionnelles du principe de liberté contractuelle des collectivités territoriales

Evoquer spécifiquement un « principe de liberté contractuelle des collectivités territoriales » peut paraître étonnant, de prime abord. Il est vrai que la jurisprudence constitutionnelle aussi bien que la jurisprudence administrative ont consacré un principe de liberté contractuelle des personnes publiques dans leur ensemble. Toutefois, il convient de parler spécifiquement d'un principe de liberté contractuelle des collectivités territoriales dans la mesure où il repose sur un double fondement.

En effet, le principe de liberté contractuelle des collectivités territoriales découle directement du principe de libre-administration des collectivités territoriales contenu à l'article 72 de la Constitution. Il faut donc considérer que le principe de liberté contractuelle des collectivités territoriales dispose, en premier lieu, d'une source constitutionnelle primaire (A).

Toutefois, le principe de liberté contractuelle des collectivités territoriales repose également sur une source constitutionnelle dérivée qui ne résulte pas spécifiquement des dispositions applicables aux collectivités territoriales mais qui résulte de la jurisprudence constitutionnelle et administrative applicable de manière plus large aux personnes publiques. Dès lors, il faut considérer, en second lieu, qu'il existe également une source constitutionnelle secondaire du principe de liberté contractuelle des collectivités territoriales (B).

A. La source première : le principe de libre-administration des collectivités territoriales

La reconnaissance du principe de liberté contractuelle est corrélative au développement de la jurisprudence constitutionnelle relative au principe de libre administration des collectivités territoriales. Ce développement peut ainsi être rattaché à l'acte I de la décentralisation dans la mesure où le principe de libre-administration passe du statut de clef de répartition de compétence entre le législateur et le pouvoir réglementaire³⁵⁴ à celui de principe constitutionnel³⁵⁵.

La reconnaissance du principe de liberté contractuelle à travers celui de libre administration permet de révéler la véritable nature de ce dernier. Ainsi, le principe de libre administration des collectivités territoriales apparaît comme un principe-cadre constitutionnel d'où découle un certain nombre de droits et libertés propres aux collectivités territoriales (1). Il faut ajouter à cela que la reconnaissance d'un principe de liberté contractuelle propre aux collectivités territoriales, s'inscrit dans un contexte spécifique de substitution du contrôle de légalité à l'ancienne tutelle administrative contribuant ainsi favorablement à la reconnaissance d'un tel principe³⁵⁶. De manière plus générale, la reconnaissance du principe de liberté contractuelle montre la capacité des collectivités territoriales à être titulaires de droits et libertés fondamentaux (2).

1. Le principe de libre-administration est un principe-cadre englobant la liberté contractuelle des collectivités territoriales

La liberté fondamentale que constitue la libre administration des collectivités territoriales, si elle peut être considérée comme un « droit subjectif public », n'en est pas moins originale dans la mesure où elle jouit d'une protection juridique particulière.

³⁵⁴ Cons.const. déc., n° 79- DC du 23 mai 1979, *Territoire de la Nouvelle-Calédonie*, Rec. CC, p. 27 ; RDP 1979 chron. Favoreu ; *Gaz. Pal.* 1981, p. 126 chron. Hamon ; D. 1981, I.R., anonyme.

³⁵⁵ Cons.const, n° 81-134 DC du 5 janvier 1982, *Loi d'orientation autorisant le gouvernement par application de l'article 38 de la Constitution à prendre des mesures d'ordre social*, Rec. CC, p. 15, Dalloz 1982, IR, p. 310 note Hamon ; RDP 1983, p. 333, obs. Favoreu ; Cons.const., n° 82-137DC et 82-138DC du 25 février 1982, *Loi relative aux droits et libertés des départements, des communes et de régions et Loi portant statut particulier de la région de Corse*, précitées ; V. également : M. Verpeaux, *Droit des collectivités territoriales*, op.cit., p. 100 ; B. Faure, *Droit des collectivités territoriales*, op.cit., p. 27, n° 21 et s. ; J.-B. Auby, J.-F. Auby et R. Noguellou, *Droit des collectivités locales*, op.cit., p. 68 et s.

En effet : il s'agit avant tout d'un principe ayant valeur constitutionnelle qui apparaît comme le garant de l'article 1^{er} de la Constitution aux termes duquel l'organisation de la République est « décentralisée »³⁵⁷. Partant, il constitue le socle des relations Etat-collectivités territoriales et il postule l'existence d'un certain nombre de droits et libertés qui sont autant de garanties de l'autonomie des collectivités territoriales vis-à-vis de l'Etat. Plus qu'un principe « isolé » consacrant une liberté (la libre administration), le principe de libre administration apparaît davantage comme un principe-cadre d'où découle un certain nombre d'autres droits et libertés fondateurs de l'identité constitutionnelle des collectivités territoriales³⁵⁸.

Le principe de libre administration des collectivités territoriales figure davantage comme un cadre constitutionnel guidant tant l'action des collectivités territoriales que limitant, le cas échéant, celle de l'Etat. Il n'apparaît donc pas comme un principe constitutionnel autonome³⁵⁹ : l'étude de la jurisprudence constitutionnelle sanctionnant des violations du principe de libre administration donne l'occasion de reconnaître – sur l'autel de la libre-administration – des droits et libertés au profit des collectivités territoriales. Tel est le cas de la liberté du recrutement de la fonction publique territoriale³⁶⁰, du libre choix du mode de gestion des services publics locaux³⁶¹, du droit à l'image des collectivités territoriales³⁶², du droit à la protection de leurs biens³⁶³, du

³⁵⁶ V. ainsi les travaux de M. Mahouachi, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, PUAM 2002, p.170 et spéc. n°s 288 et s.

³⁵⁷ Dans la décision n° 2004-503DC du 12 août 2004 précitée, le Conseil constitutionnel lie très nettement les deux dispositions dans son considérant n° 22, l'organisation décentralisée de la République apparaissant dépourvue d'utilité sans référence à la notion de libre administration qui apparaît dès lors comme sa garantie.

³⁵⁸ V. a contrario : P. Wachsmann, *Personnes publiques et droits fondamentaux*, in AFDA, *La personnalité publique*, Litec 2007, p. 152

³⁵⁹ « C'est ainsi, au gré des lois, chaque loi apportant une pierre supplémentaire à l'œuvre définition, et des décisions du Conseil, que le principe de libre administration peut être nourri de manière concrète et ne pas être seulement une sorte de « proclamation de principe » à l'apparence libérale mais au contenu vide. Si l'existence précède l'essence, l'intervention du législateur, contrôlée par le juge constitutionnel, donne petit à petit un sens à la disposition constitutionnelle » M. Verpeaux, *Droit des collectivités territoriales*, op.cit., p. 101-102

³⁶⁰ Cons.const., déc. n° 83-168DC du 20 janvier 1984, *Loi portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale*, cons. 10, Rec. CC, p. 38 ; D. 1985, IR, p. 359 note Hamon ; AJDA 1984, p. 258, note Nemery ; L. Favoreu, *Libertés locales et libertés universitaires*, RDP 1984, p. 687

³⁶¹ Cons.const., déc. n° 2011-146QPC du 8 juillet 2011, *Département des Landes*, JORF 9 juillet 2011, p. 11978, texte n° 102, cons. 3 à 6 ; JCP A 29 août 2011, n°35, p. 25-28 note Pauliat

³⁶² CAA Nancy, 1^{er} juin 2006, *Commune de Joeuf* ; Cass. Crim. 14 mars 2007, *MM. Joël H et Nessim G.*, AJDA 2007, p. 1374 ; G. Frizzi, *La défense du nom des collectivités territoriales et le droit de propriété intellectuelle*, RGCT 2005, p. 3

³⁶³ Les collectivités territoriales, à l'instar des autres personnes publiques, jouissent de la protection de leurs biens sur le fondement de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen : Cons.const., déc., n° 86-207DC des 25-26 juin 1986, *Loi autorisant le gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, cons. 58, Rec. CC, p. 61 ; AJDA 1986, p. 575 note Rivero ; AIJC 1986, p. 427, note Genevois ; RDP 1989, p. 458, note Favoreu ; Cons.const., déc. n°08-567DC du 24 juillet 2008, *Loi relative aux contrats de partenariat*, cons. 25, Rec. 341 ; Gaz. Pal 8-9 août 2008, p. 221-222 note

droit de disposer librement de ressources fiscales suffisantes³⁶⁴, de l'impossibilité pour l'Etat d'imposer aux collectivités une contrainte non justifiée par un motif d'intérêt général à l'exercice de leurs compétences³⁶⁵ ou encore de l'impossibilité pour l'Etat d'étendre indéfiniment son contrôle administratif³⁶⁶, du principe d'égalité entre collectivités territoriales³⁶⁷ et, enfin, de la liberté contractuelle des collectivités territoriales³⁶⁸. La circonstance que le principe de libre administration soit davantage un principe-cadre qu'un principe autonome ne lui retire pas son caractère de liberté fondamentale³⁶⁹ et n'en diminue pas pour autant l'effectivité de sa sanction juridictionnelle. Le développement de garanties constitutionnelles sur le fondement du principe de libre administration connaît un élan nouveau avec l'entrée en vigueur de la réforme relative à l'introduction en France d'une question préjudicielle de constitutionnalité³⁷⁰. Ainsi, le prétoire du juge constitutionnel est désormais davantage ouvert aux collectivités territoriales qui ont à cœur de faire valoir leurs droits³⁷¹ et de voir ceux-ci se développer. La contractualisation territoriale devrait ainsi jouer un rôle non négligeable dans le développement de la jurisprudence constitutionnelle relative au principe de libre-administration des collectivités territoriales.

Linotte ; AJDA 2008, p. 1664 note Dreyfus ; JCPA 2008, p. 37 note Gardères et Labayle-Pabet ; RFDA 2008 p. 1233 note Roblot-Troizier ; BJCP 2010 p. 310 note Terneyre ;

³⁶⁴ Cons.const., déc., n° 91-298DC du 24 juillet 1991, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, cons. 38, Rec. p. 82 ; RFDC 1991, p. 722 note Philip ; RDP 1992, p. 50 note Rousseau ; Cons.const., déc., n°98-405DC du 29 décembre 1998, *Loi de finances pour 1999*, cons. 46 à 50, Rec. p. 326 ; AJDA 1999, p. 14 note Schoettl ; RFDC 1999, p. 129 note Philip ; Cons.const., déc., n° 2001-456 DC, 27 décembre 2001, *Loi de finances rectificative pour 2001*, cons. 23, Rec. p. 180 ; LPA 7 janvier 2002, p. 15, note Schoettl ; RFDC 2002, p. 194 note Philip ; Cons.const., déc., n° 2002-464 DC du 27 décembre 2002, *Loi de finances pour 2002*, cons. 39, 43 à 45, Rec.CC, p. 583 ; LPA 7 janvier 2003, p. 3 note Schoettl

³⁶⁵ Cons.const., déc., n° 2011-146 QPC, 8 juillet 2011, JORF du 9 juillet 2011, p. 11978, texte n°102, cons. 3 à 6

³⁶⁶ Cons.const., déc., n° 92-316DC du 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, cons. 55 et 57, Rec. CC p. 14 ; LPA 2 juin 1993, p. 4 note Mathieu et Verpeaux ; D. Pouyau, *Concurrence transparence et libre administration*, RFDA 1993, p. 902 ; Cons.const., déc., n° 2010-107 QPC du 17 mars 2011, JORF du 18 mars 2011, p. 4936, texte n°96, cons. 6

³⁶⁷ Cons.const., déc., n° 2004-503, DC du 12 août 2004, *Loi relative aux libertés et aux responsabilités locales*, cons. 18, Rec. CC, p. 144 ; AJDA 2004, p. 1960 note Verpeaux ; LPA du 31 août 2004 p.3 note Schoettl ; RFDA 2004, p. 1150 note Faure

³⁶⁸ Cons.const., déc., n° 2006-543DC du 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, cons. 29, Rec. CC, p. 120 ; RFDA 2006, p. 1163 note de Bellescize ; AJDA 2006, p. 2438, note Charbit ; AJDA 2007, p. 473 note Marcou ; LPA 7 déc. 2006, p. 3 note Schoettl ; LPA 4 janv. 2007, p. 3 note Clarenc ; LPA 7 mars 2007, p. 4 note Quiot ; JCP A 2007, p. 30 note Drago ; DA 2007, p. 3 et 31 note Noguellou ; RFDC 2007, p. 313 note Magnon ; D. 2007 p. 1760 note Verpeaux ; CJEG 2007 p. 41 note Molina ; RFAP 2007 p. 596 note Rambaud et Roblo-Troizier

³⁶⁹ V. ainsi : CE, Sect. 18 janvier 2001, *Commune de Venelles*, Rec. 18 ; *GAJA* 18^e éd. n° 105 ; CJEG 2011, p. 161 concl. Touvet ; RFDA 2001, p. 378 concl. Touvet et p. 681 note Verpeaux ; AJDA 2001, p. 153 chr. Guyomar et Collin ; D. 2002, p. 2227, obs. Vandermeeren ; LPA 12 février 2001 note Chahid-Nourai et Lahami-Dépinay et CE, 12 juin 2002, *Commune de Fauillet*, Rec. 215 ; AJDA 2002, p. 590 chr. Donnat et Casas

³⁷⁰ Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2009 et loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution

³⁷¹ Le principe de libre administration figure au nombre des droits et libertés susceptibles dont la méconnaissance est susceptible d'être invoquée devant le Conseil constitutionnel au titre de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité : Cons.const., déc., n° 2010-12 QPC du 2 juillet 2010, JORF 3 juillet 2010, p. 12121, texte n°92, cons. 4 ; CC, n° 2010-107 QPC du 17 mars 2011, JORF du 18 mars 2011, p. 4936, texte n°96, cons. 4. En septembre 2011, sur 141 décisions QPC rendues, 31 concernaient directement ou indirectement les droits et libertés des collectivités territoriales.

Le principe de liberté contractuelle appliqué aux collectivités territoriales s'épanouit ainsi dans le cadre constitutionnel forgé par le principe de libre administration des collectivités territoriales. Cette circonstance conduit à considérer qu'il existe bel et bien un principe de liberté contractuelle spécifique aux collectivités territoriales qui permet, par la même occasion, de reconnaître aux collectivités territoriales leur capacité à recueillir des droits et libertés fondamentaux.

2. La consécration par la liberté contractuelle de l'aptitude des collectivités territoriales à être titulaires de droits et libertés fondamentaux

Il convient ici de parler davantage de « droits fondamentaux » ou encore de « droits et libertés fondamentaux » des collectivités territoriales et non pas de libertés publiques dans la mesure où « la protection à un niveau normatif supra législatif (notamment constitutionnel) des droits et libertés envisagés à la fois comme des garanties objectives et comme des droits subjectifs opposables à tous les pouvoirs (et même aux autres individus et groupes d'individus), bénéficiant des voies et mécanismes de garantie de la primauté des normes constitutionnelles et aussi de mécanismes, en résumé ce que l'on appelle « droits fondamentaux » comme catégorie, s'avère la plus efficace »³⁷². Ainsi, le Conseil constitutionnel fait-il référence depuis le début des années 1990 aux « droits et libertés constitutionnelle garantis »³⁷³.

La consécration de l'aptitude des collectivités territoriales – et plus largement des personnes publiques – à recueillir des droits et libertés fondamentaux est récente : la question a fait l'objet d'un vif débat doctrinal. Le débat trouvait essentiellement sa source, d'une part dans l'ancienne querelle relative à la reconnaissance de la personnalité juridique aux personnes morales de droit public³⁷⁴ et, d'autre part, dans une méthode d'élaboration des droits fondamentaux conçus dans une perspective de défense

³⁷² L. Favoreu, J. Trémeau, P. Gaïa, R. Ghévantian, F. Mélin-Soucramani, A. Pena-Soler, O. Pfersmann, J. Pini, A. Roux et G. Scoffoni, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz 2007, 5^e éd. p. 73-74, n° 69

³⁷³ Cons.const., déc., n° 89-269 DC du 22 janvier 1990, *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé*, Rec. CC, p. 33 ; AJDA 1990, note Benoit-Rohmer, p. 471 ; RFDC 1990, p. 330 note Favoreu ;

³⁷⁴ V. not. : L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, LGDJ 1906 ; L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Réed. Dalloz 2003 spéc. p. 1-16 ; J-B. Auby, *La notion de personne publique en droit administratif*, Th. Bordeaux 1979

des individus³⁷⁵ contre l'Etat³⁷⁶. Par la suite, ont été assimilées à l'Etat – dans cette optique – l'ensemble des personnes publiques. Celles-ci ne pouvaient donc, suivant ce raisonnement, prétendre au bénéfice de droits fondamentaux.

Le dépassement de cette problématique tient, en premier lieu, aux travaux de Georg Jellinek³⁷⁷, qui reconnaît la personnalité juridique de l'Etat comme l'essence de tout système juridique : « Tout droit est relation entre sujets de droit. Un titulaire de droits pensé isolément est une idée inconstructible. L'Etat lui aussi ne peut détenir de droits que s'il a en face de lui d'autres personnalités. (...) Un ordre juridique qui n'attribue de droits qu'à une seule personne est une chose absurde »³⁷⁸. Pour Jellinek « seule la catégorie de la personne permet la synthèse juridique de l'Etat comme catégorie, cette catégorie même oblige à le penser, *en tant que puissance publique*, comme relation à d'autres personnes »³⁷⁹. Il s'agit ainsi de mettre en évidence la reconnaissance par l'Etat de droits « publics » subjectifs au profit des personnes juridiques, c'est-à-dire un sujet de droit titulaire « d'un statut dans lequel il est son propre maître, une sphère libérée de l'Etat, négatrice de l'*imperium* »³⁸⁰. Pour Jellinek si « le droit subjectif est la puissance de volonté humaine dirigée vers un bien ou un intérêt reconnue et protégée par l'ordre juridique »³⁸¹ ; acquière un caractère public « le droit qui protège un intérêt individuel « principalement » reconnu dans l'intérêt commun »³⁸². La reconnaissance de droits publics subjectifs repose donc sur une réciprocité entre l'Etat et ses sujets de droits : « ceux qui sont assujettis à l'ordre juridique tendent à le reconnaître comme un ordre juridique valide (...) ; en retour l'Etat, comme la personne disposant à titre originaire d'un ordre juridique objectif, s'il veut être reconnu comme le détenteur de ce pouvoir originaire doit alors reconnaître comme personnes, comme sujets de droit en face de lui

³⁷⁵ Se référant à la déclaration de 1789 et au Préambule la Constitution de 1946, M. Picard considère que ces textes « ne bénéficient qu'aux personnes humaines, en quelque qualité qu'elles soient considérées. Les autres entités, quelles qu'elles soient et même si elles se voient personnalisées ne peuvent jouir que de droits d'une nature différente, en ce que leur sens n'est pas réductible aux droits fondamentaux : ils n'en sont, le cas échéant, que les conditions, les contreparties, les obligations corrélatives ou intermédiaires » *La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ?*, AJDA 1998, p. 661. Il faut donc en exclure l'ensemble des personnes morales, qu'elles soient publiques ou privées : « Les droits fondamentaux sont les droits *de l'homme* et par conséquent ils ne concernent pas normalement les personnes morales, fussent-elles publiques » R. Drago, *Droits fondamentaux et personnes publiques*, AJDA n° spécial 20 juillet-20 août 1998, p. 130

³⁷⁶ Evoquer les droits fondamentaux de l'Etat n'aurait pas de sens dans la mesure où cela renverrait à identifier les attributs de l'Etat : il s'agit donc d'élaborer une théorie de l'Etat ainsi que M. Carré de Malberg a pu le montrer (R. Carré de Malberg, *op.cit.*, T. I, p. 147, n° 53 et s.)

³⁷⁷ G. Jellinek *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Freiburg, Mohr, 1892, 2e éd., p. 1905 cité par O. Jouanjan, *Les fondations de la théorie des droits publics subjectifs dans la pensée de Georg Jellinek*, RUDH 2004, p. 6

³⁷⁸ G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, précité, p. 10 cité par O. Jouanjan, *op.cit.*

³⁷⁹ O. Jouanjan, *Les fondations de la théorie des droits publics subjectifs dans la pensée de Georg Jellinek*, article précité, p. 13

³⁸⁰ G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, *op.cit.*, p. 87

³⁸¹, G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, précité, p. 44 cité par O. Jouanjan, article précité

ceux qui seulement peuvent le reconnaître et donc lui assurer sa puissance ». Toutefois, ces droits publics subjectifs ne sont pas laissés à la toute-puissance de l'Etat car si celui-ci « *peut* bien modifier son ordre juridique, il *doit* le faire dans les formes et les procédures que lui ouvre son propre droit positif qui le reconnaît et le pose comme personne. Il *peut* bien modifier son ordre juridique aussi complètement que possible mais il *doit* avoir un ordre juridique »³⁸³. Cette doctrine des droits publics subjectifs permet de théoriser la garantie par le droit public (entendu comme le droit de l'Etat) de droits « subjectifs » au profit des sujets de droit, quels qu'ils soient, y compris ceux dotés de la personnalité morale. Cette théorie est ainsi à l'origine de la suprématie des droits fondamentaux en Allemagne³⁸⁴.

Il faut donc en déduire que les droits subjectifs ne sont pas directement rattachés aux individus mais à la reconnaissance de la personnalité juridique. De même que « tout change quand on ne parle plus de droits de l'homme mais de libertés »³⁸⁵, tout change lorsque la reconnaissance de droits subjectifs ne repose pas sur la seule qualité de personne physique mais sur celle de personne juridique. Les droits et libertés fondamentales apparaissent ainsi « comme des garanties objectives et comme des droits subjectifs opposables à tous les pouvoirs (et même aux autres individus et groupes d'individus) », elles visent pour autant davantage des objets de droits que des sujets de droits. Considérer que l'article 4 ou l'article 17 de la déclaration de 1789 ne vise qu'un sujet de droits (les personnes physiques) procède d'une confusion entre sujet et objet de droit dans la mesure où ces deux dispositions ne protègent pas spécifiquement *un sujet de droit* mais *un objet de droits* qui peut concerner différents sujets de droits.

Ainsi, il n'y a donc aucun obstacle à ce qu'une personne publique puisse être titulaire de droits fondamentaux dès lors que la norme à laquelle il est fait référence identifie un objet de droit et non pas un sujet de droit. La reconnaissance de libertés implique qu'il soit possible de les faire valoir, c'est-à-dire que ces droits et libertés soient juridiquement opposables. Si les libertés fondamentales, à l'instar de celles énoncées par

³⁸² O. Jouanjan, *article précité*, p. 15

³⁸³ O. Jouanjan, *article précité*, p. 13

³⁸⁴ M. Fromont, *Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République fédérale d'Allemagne*, in Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann, Ed. Cujas 1975, p. 49 ; V. également O. Jouanjan, *La théorie allemande des droits fondamentaux*, AJDA 1998, n° spécial août 1998, p. 44

³⁸⁵ R. Drago, *article précité*, p. 130

la déclaration de 1789, ont ainsi pour but de protéger certains *objets de droits* contre l'Etat³⁸⁶ alors on peut considérer que leurs bénéficiaires puissent être différents *sujets de droit* : personnes privées comme personnes publiques³⁸⁷. Leur trait commun réside dans le fait que leurs libertés fondamentales les opposent à l'Etat tout simplement parce que, dans un état de droit, elles lui sont opposables³⁸⁸.

Il est plus exact, de manière générale, d'évoquer les droits et libertés fondamentaux *des personnes publiques*. Ces droits et libertés fondamentaux des personnes publiques pourraient être qualifiés de « droits subjectifs *publics* » pour reprendre et adapter la formule de Jellinek³⁸⁹. Ces droits subjectifs « publics » s'identifient tant par rapport à la spécificité de leurs titulaires (les personnes publiques) que par celle de leur protection juridique. Les droits et libertés en cause sont spécifiques aux personnes morales de droit public, d'une part, et d'autre part, l'effectivité de ces droits et libertés demeure subordonnée au respect des règles de compétence et de finalité de l'intervention publique³⁹⁰. Dès lors, l'existence de droits et libertés fondamentaux des personnes publiques ne peut s'entendre que dans cette mesure³⁹¹.

Le principe de libre administration des collectivités territoriales exprime en lui-même l'existence d'une liberté ou, plus exactement, *de libertés*. Ainsi, la collectivité

³⁸⁶ « A quoi bon consacrer la liberté au profit de l'Etat alors qu'il exerce la souveraineté ? Comment reconnaître l'égalité au profit des services publics – de l'Etat au moins – lorsque celui-ci dispose de prérogatives de puissance publique, c'est-à-dire de privilèges qui entendent précisément s'affranchir de l'égalité et lui permettre d'y déroger à son profit immédiat (mais non ultime) autant que la fin de ses fonctions l'y autorise et autant que le permet le pouvoir de l'organe compétent agissant en son nom ? » E. Picard, article précité, p. 663 ; M. Carré de Malberg considère que « les règles de conduite que se donne l'Etat à lui-même, ne peuvent pas plus constituer du droit que celles qu'un particulier se serait personnellement tracées pour la gestion de ses affaires. Car personne ne peut être tenu juridiquement envers soi-même, personne peut se créer à soi-même du droit » (R. Carré de Malberg, *Contribution à une théorie générale de l'Etat*, op.cit., T.I, p. 303, n° 101

³⁸⁷ V. pour un point de vue similaire : P-Y Gahdoun, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Dalloz 2008, pp. 201-202, n° 231

³⁸⁸ V. en ce sens, R. Drago, *Droits fondamentaux et personnes publiques*, article précité.

³⁸⁹ Il va de soi que cette notion n'a rien de commun avec celle de Jellinek, si ce n'est qu'elle identifie des droits publics spécifiques aux personnes morales de droit public

³⁹⁰ « Ces libertés ou droits peuvent, le cas échéant, manifester une indépendance, voire une véritable autonomie. Mais celle-ci, dès lors qu'elle est administrative, est toujours fonctionnelle ou instrumentale, c'est-à-dire ordonnée à un ensemble de données qui, fondamentalement, s'imposent à elle et la régissent. (...) Les personnes publiques sont au service d'objectifs qui leur sont fixés, et leurs prérogatives de puissance publique sont ordonnées à l'exercice de fonctions qu'elles reçoivent que qui s'imposent à elles. Or, le service public est celui de l'intérêt général derrière lequel se tiennent, en fin de compte, au terme d'une série de relais pratiques et conceptuels divers, les droits fondamentaux des êtres humains » E. Picard, article précité, p. 664

³⁹¹ Certains auteurs considèrent qu'il s'agit là de la négation même de l'idée de l'attribution de droits subjectifs par les personnes publiques : v. ainsi E. Picard, *La liberté contractuelle des personnes publiques (...)*, article précité, p. 665. Dans leur ouvrage, MM. Frier et Petit relèvent les cas où l'administration ne peut recourir au procédé contractuel : « Il lui est interdit car elle ne dispose pas de ses compétences comme on dispose de droits subjectifs » (P-L. Frier et J. Petit, *Précis de droit administratif*, op.cit., p. 336, n° 550). Cette appréciation relève d'une vision tronquée dans la mesure où si l'administration ne peut disposer de sa compétence à la manière dont les particuliers disposent de leurs droits subjectifs, cela ne signifie pas qu'elle ne puisse bénéficier de droits subjectifs. Toutefois, ces droits subjectifs ne sauraient être de la même nature que ceux dévolus aux personnes privées.

décentralisée « exerce des pouvoirs de domination : non seulement elle est titulaire de droits patrimoniaux mais elle possède des attributions de puissance publique »³⁹². Il faut y voir, en germe une reconnaissance potentielle de libertés fondamentales *publiques* et de droits subjectifs publics notamment par la reconnaissance d'un « patrimoine ». Toutefois, cette reconnaissance ne saurait déborder le cadre constitutionnel qui résulte, aujourd'hui, de l'interprétation combinée des articles 34 et 72 de la Constitution. Cette circonstance n'est pas de nature à dénier aux collectivités territoriales la possibilité d'être titulaires de droits fondamentaux et, *a fortiori*, de droits subjectifs publics.

Le développement des droits subjectifs publics au profit des collectivités territoriales devrait s'accélérer à la faveur de la contractualisation territoriale. La reconnaissance du principe de liberté contractuelle des collectivités territoriales peut également avoir une incidence dans la mesure où il offre la possibilité de dégager un droit à la contractualisation au profit des collectivités territoriales. Ce droit à la contractualisation recouvre ainsi la faculté pour les collectivités territoriales de prétendre à une intégration contractuelle de leurs relations avec l'Etat : ceci est principalement motivé par l'intégration institutionnelle toujours plus grande de la contractualisation territoriale ainsi que l'encourage un récent rapport³⁹³.

Il n'en demeure pas moins que l'élaboration d'un véritable « droit à la contractualisation » repose essentiellement sur la consécration du principe de liberté contractuelle. Cette consécration si elle est spécifique aux collectivités territoriales repose également sur des considérations plus générales propres aux personnes publiques dans leur globalité. C'est néanmoins l'étude de cette source « secondaire » du principe de liberté contractuelle qui va permettre de définir davantage les contours de ce « droit à la contractualisation ».

³⁹² R. Carré de Malberg, *Contribution à une théorie générale de l'Etat*, op.cit., p. 179, n° 63

B. La source secondaire : le principe de liberté contractuelle des personnes publiques

Il existe une interdépendance et une interaction profonde entre l'essor de la contractualisation territoriale et le développement de la jurisprudence relative au principe de liberté contractuelle défini comme la liberté de recourir au contrat. Cette interdépendance permet un développement sans précédent de la jurisprudence administrative et constitutionnelle, permettant d'esquisser les contours de ce « droit à la contractualisation ».

L'existence d'un principe de liberté contractuelle propre aux collectivités territoriales, ne coupe pourtant pas celui-ci de ses racines, c'est-à-dire de son lien avec le principe de liberté contractuelle des personnes publiques (1). Il faut considérer que le principe de liberté contractuelle propre aux collectivités territoriales enrichit le principe général de liberté contractuelle des personnes publiques en conférant ainsi une protection supplémentaire aux collectivités territoriales (2).

1. La consécration de la liberté contractuelle des collectivités territoriales à travers la consécration d'un principe général de liberté contractuelle des personnes publiques

Après de nombreux atermoiements³⁹⁴, le Conseil constitutionnel a fini par dégager un principe de liberté contractuelle trouvant son fondement constitutionnel dans l'article 4

³⁹³ *Agir ensemble ? 25 actions pour penser l'avenir de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités*, Rapport remis au ministère de l'égalité des territoires et du logement, La documentation française janvier 2013

³⁹⁴ Le Conseil constitutionnel avait tout d'abord considéré « qu'aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de liberté contractuelle » (Cons.const., déc.n° 94-348DC du 3 août 1994, *Loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives n° 92/49 et n° 92/96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du conseil des communautés européennes*, cons. 9, Rec. CC, p. 117 ; JCP G 1995, II, 22404 obs. Broussolle, RFDA 1994, p. 832 note Gaïa, LPA 28 avril 1995, p. 5 note Mathieu ; D. 1995, obs. Mélin-Soucramanien, p. 344 ; RTD civ. 1996, p. 151 obs. Mestre) pour franchir une étape intermédiaire où la violation de la liberté contractuelle ne pouvait être alléguée que lorsqu'elle portait atteinte à d'autres droits et libertés constitutionnelles qui, eux, jouissent d'une protection constitutionnelle (Cons.const., déc.n° 97-388 DC du 20 mars 1997, *Loi créant les plans d'épargne retraite*, cons. 48, Rec. CC, p. 31 ; JCP G 1997, I, p. 4039 obs. Fabre-Magnan ; LPA 17 octobre 1997, p.13, obs. Mathieu et Verpeaux ; RFDC 1997, p. 328 obs. Favoreu et Mélin-Soucramanien ; RTD civ. 1998, p. 99 note Molfessis). Une ultime étape est franchie, préalable à une reconnaissance pleine et entière du principe de liberté contractuelle comme liberté constitutionnellement garantie, lorsque le Conseil constitutionnel affirme que « le législateur ne saurait porter à l'économie des conventions et des contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration de 1789 » (Cons.const., déc., n° 98-401DC du 10 juin 1998, *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*, cons. 29, Rec. CC, p. 269 ; RFDC 1998 p. 640 note Favoreu ; AJDA 1998, p. 495 obs. Schoettl ; LPA 2 décembre 1998, p. 18, obs. Mathieu et Verpeaux ; RTD civ 1998, p.

de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen³⁹⁵. Cette consécration ne visait pas spécifiquement les personnes publiques mais les relations contractuelles des personnes privées : il était donc légitime de s'interroger quant à l'extension de la liberté contractuelle au profit des personnes publiques.

Les fondements de ces doutes étaient identiques à ceux relevés *supra* concernant la reconnaissance générique des droits publics subjectifs : l'article 4 de la Déclaration de 1789 viserait à protéger les citoyens *contre* l'Etat. Il n'aurait donc pas vocation à protéger les personnes publiques. Balayant ces assertions, le Conseil d'Etat a pu reconnaître de manière explicite avant le Conseil constitutionnel l'existence d'un principe de liberté contractuelle à l'égard de l'ensemble des personnes publiques³⁹⁶.

S'agissant des collectivités territoriales, c'est tout d'abord négativement que la liberté contractuelle des collectivités territoriales s'est construite avant d'être affirmée positivement³⁹⁷. Ainsi que le relève M. Faure, la liberté contractuelle des collectivités territoriales a pu tout d'abord « se trouver indirectement garantie chaque fois que sa méconnaissance conduisait à porter atteinte à un droit constitutionnellement affirmé, comme c'est le cas du principe de libre administration des collectivités territoriales ». Prenant l'exemple de la décision précitée du Conseil constitutionnel du 20 janvier 1993³⁹⁸, il considère que « la liberté contractuelle des collectivités doit s'analyser *comme une composante de leur libre administration* qui serait mise en cause par des restrictions injustifiées à leur activité contractuelle. Elle a le statut d'une norme constitutionnelle implicite (...)»³⁹⁹. Cette interprétation semble confortée par d'autres

796 obs. Molfessis ; Cons.const., déc. n° 2000-436DC du 7 décembre 2000, *Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains*, cons. 52 et 56, Rec.CC, p. 176 ; AJDA 2001, p. 26, obs. Schoettl ; RFDC 2001, p. 346, obs. Mélin-Soucramanien ; D. 2001, somm. 1840 note Favoreu)

³⁹⁵ « Le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration de 1789 » (Cons.const., déc. n° 2002-465 DC du 13 janvier 2003, *Loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi*, cons. 4, Rec. CC, p. 43 ; D. 2003, p. 638, obs. Mathieu ; D. 2004, p. 1280, note Ogier-Bernaud ; LPA 2003, p. 24, obs. Mathieu et Verpeaux) ; V. également : Cons.const., déc. n° 2003-487DC du 18 décembre 2003, *Loi portant décentralisation en matière de revenu minimum d'insertion et créant un revenu minimum d'activité*, cons. 29, Rec. CC, p. 473 ; LPA 27 décembre 2004, p. 13 obs. Janicot, Mathieu et Verpeaux ; RDSS 2004, p. 53 note Borgetto ; RFDC 2004, p. 114 note Gay ; D. 2004. 1274, note Duffy ; AJDA 2004, p. 216 note Schoettl ; RFDA 2004, p. 1150 note Faure.

³⁹⁶ CE, Sect. 28 janvier 1998, *Société Borg Wagner*, Rec. CE, p. 21 ; CJEG 1998, p. 269 note Moderne ;

³⁹⁷ V. en ce sens : F. Moderne, *La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle ?*, RFDA 2006, p. 5

³⁹⁸ Cons.const., déc. n°92-316DC du 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, précitée

³⁹⁹ B. Faure, *Droit des collectivités territoriales*, op.cit., p. 447, n° 569

décisions du Conseil constitutionnel⁴⁰⁰ dans lesquelles ce dernier considère que la liberté contractuelle vient au soutien de la libre administration ainsi qu'a pu le relever le doyen Vedel dans son commentaire relatif à la décision n° 90-274DC du 23 mai 1990⁴⁰¹ : « le Conseil constitutionnel a vu dans le recours aux conventions une garantie du respect de la libre administration »⁴⁰². Il faut dire ainsi avec M. Mahouachi « même si le Conseil constitutionnel ne l'affirme pas explicitement, [que] la libre administration suppose que les collectivités territoriales aient une liberté contractuelle, l'une des conditions indispensables à la libre administration (...)»⁴⁰³. Si l'application de la liberté contractuelle aux collectivités territoriales ne peut se faire que dans le cadre du principe de libre administration, cela implique l'existence d'un principe autonome et spécifique de liberté contractuelle *des collectivités territoriales*.

2. L'existence d'une protection spécifique de la liberté contractuelle des collectivités territoriales

Le caractère constitutionnel de la liberté contractuelle des collectivités territoriales est affirmé dans la décision du Conseil constitutionnel n° 06-543DC du 30 novembre 2006⁴⁰⁴. Dans, cette décision, la Haute juridiction considère que « le législateur peut, sur le fondement des articles 34 et 72 de la Constitution, assujettir les collectivités territoriales ou leurs groupements à des obligations, c'est à la condition notamment que celles-ci concourent à des fins d'intérêt général ; qu'il peut aux mêmes fins déroger au principe de la liberté contractuelle, qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 » (cons.29). Cette décision appelle trois remarques. La première est relative à l'affirmation *positive* du principe de liberté contractuelle *des collectivités territoriales* : c'est donc explicitement que le juge constitutionnel fait référence à ce principe auquel il confère valeur constitutionnelle. La seconde est relative au fondement de ce principe : il apparaît clairement que le Conseil constitutionnel étend sa jurisprudence précitée du 13 janvier 2003 au bénéfice des collectivités territoriales.

⁴⁰⁰ V. ainsi : Cons.const., déc. n° 94-358 DC du 26 janvier 1995, *Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire*, précitée

⁴⁰¹ Cons.const., déc. n° 90-274DC du 23 mai 1990, *Loi visant à la mise en œuvre du droit au logement*, cons. 20, Rec. CC, p. 61 ; RFDC 1990, p. 497, obs. Favoreu ; RDSS 1990, p. 711 note Prétot

⁴⁰² G. Vedel, *Le droit au logement et le principe de la libre administration des collectivités locales*, Pouvoirs locaux 1991, n° 8, p. 18

⁴⁰³ M. Mahouachi, *op.cit.* p. 208

Enfin, en troisième et dernier lieu, il semble au premier abord que le fondement de la liberté contractuelle des collectivités territoriales réside dans l'article 4 de la Déclaration du 26 août 1789. Néanmoins, la référence dans le même considérant à l'article 72 de la Constitution ne laisse aucun doute quant au lien consubstantiel qui existe entre le principe de libre administration et la liberté contractuelle des collectivités territoriales⁴⁰⁵ : c'est n'est que dans le cadre de la libre administration que la liberté contractuelle des collectivités territoriales peut s'épanouir. Ainsi, « l'ensemble des décisions du Conseil constitutionnel permet d'établir la règle selon laquelle la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle des collectivités territoriales est acquise sur le fondement de leur liberté de s'administrer. Ainsi, lorsqu'une atteinte législative est portée à la liberté contractuelle, celle-ci rejaillit infailliblement sur leur liberté, telle qu'elle est énoncée à l'article 72 et interprétée par le Conseil constitutionnel »⁴⁰⁶

L'étude de la jurisprudence administrative ne laisse également aucun doute quant au lien qui existe entre libre administration et liberté contractuelle. Le juge administratif a pu tout d'abord se référer au principe de libre administration afin de garantir aux collectivités territoriales le libre exercice d'un droit conféré par la loi en matière contractuelle⁴⁰⁷. Il s'est par la suite assuré que les dispositions contenues dans un décret ne portaient atteinte ni au principe constitutionnel de libre administration ni à la liberté contractuelle sans toutefois indiquer clairement si la seconde découlait de la première⁴⁰⁸. Si le Conseil d'Etat a pu considérer que la liberté contractuelle était une « liberté fondamentale »⁴⁰⁹, il semble que celle-ci ne puisse bénéficier aux collectivités territoriales que dans le cadre de leur libre administration, ainsi que le relèvent certaines cours administratives d'appel⁴¹⁰.

⁴⁰⁴ Cons.const., déc. n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, précitée

⁴⁰⁵ Dans la décision précitée du 26 janvier 1995, le Conseil constitutionnel lie implicitement liberté contractuelle et libre administration : V. cons. 20 et 24

⁴⁰⁶ M. Mahouachi, *op.cit.*, p. 211

⁴⁰⁷ CE, Sect. 14 mai 1971, *Fasquelle*, Rec. CE, p. 360 ; CE, 6 juillet 1977, *Syndicat national des ingénieurs et techniciens agréés*, Rec. CE, p. 306

⁴⁰⁸ CE, 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, Rec. CE, p. 33 ; RDP 1984, p. 212 note J-M. Auby ; RFDA 1984, p. 45 note Llorens) ; CE, 6 mars 1989, *Union des transporteurs en commun de voyageurs des Bouches du Rhône*, req. n° 34015

⁴⁰⁹ Au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative : CE, Sect. 13 novembre 2001, *Commune de Montreuil-Bellay*, Rec. CE, p. 551, DA 2002, n° 41, note Lombard

⁴¹⁰ Ainsi, à propos d'une restriction de la liberté contractuelle appréciée à l'aune du principe de libre administration : CAA Nancy, 6 avril 2000, *Commune de Saint-Dié*, req. n° 96NC00044 ; à propos des conditions de passation de contrats de recrutement d'agent publics appréciée à l'aune du principe de libre administration : CAA Marseille, 11 décembre 2001, *Département du Gard*, req. n° 98 MA00718 ; à propos de la liberté dans le choix d'un cocontractant privé appréciée à l'aune du principe de libre administration : CAA Versailles, 9 mars 2006, *Département des Yvelines*, req. n° 03VE02793 ; à propos du

Erigée au rang de liberté constitutionnelle, la liberté contractuelle des collectivités territoriales repose tant le fondement de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen que sur celui l'article 72 de la Constitution⁴¹¹. Derrière cette consécration se développe également la consécration tout à fait positive d'une faculté pour les collectivités territoriales de prétendre à la contractualisation avec l'Etat : il y aurait donc en germe la reconnaissance d'un véritable droit à contracter que les collectivités territoriales pourrait faire valoir permettant ainsi d'aboutir à une généralisation encore plus importante du processus contractuel.

Toutefois la reconnaissance d'un tel droit à la contractualisation n'est pas sans limites, tant par rapport au respect des prérogatives étatiques que du statut constitutionnel des collectivités territoriales.

§ 2 : L'encadrement de la contractualisation territoriale par la conciliation entre la liberté contractuelle et les autres droits et libertés des collectivités territoriales

La reconnaissance d'un droit à la contractualisation au profit des collectivités territoriales par le prisme du principe de liberté contractuelle connaît nécessairement un certain nombre de limites dès lors que, comme toute liberté fondamentale, elle est confrontée à d'autres et droits et libertés constitutionnellement garantis.

Il n'en demeure pas moins que les développements du principe de liberté contractuelle des collectivités territoriales permettent d'affirmer l'existence d'un véritable droit à la contractualisation au profit des collectivités territoriales (A) qui apparaît pleinement comme un droit-créance et dont les contours peuvent être définis.

Ce droit à la contractualisation découlant du principe de liberté contractuelle des collectivités territoriales ne saurait être illimité : il doit être nécessairement concilié

choix dans le recrutement d'un agent contractuel et sa contrariété éventuelle avec le principe de libre administration : CAA Douai, 6 août 2010, *Département du Nord*, req. n° 10DA00250 et 09DA01797

⁴¹¹ V. également dans ce sens : M. Mahouachi, *op.cit.*, p. 219 à 222, n°s 371 à 378

avec d'autres droits et libertés constitutionnellement garantis, permettant ainsi d'assurer un socle juridique de base de la contractualisation territoriale (B).

A. La contractualisation territoriale modelée par le principe de liberté contractuelle des collectivités territoriales

Le principe de liberté contractuelle des collectivités territoriales innervent totalement la contractualisation territoriale : il est même possible de considérer que les développements du principe de liberté contractuelle ont permis l'institutionnalisation et le développement aussi exceptionnel de la contractualisation.

La conséquence de ce développement exceptionnel de la contractualisation conduit à affirmer le principe d'un véritable droit à la contractualisation découlant du principe de liberté contractuelle des collectivités territoriales (1). L'une des applications principales de ce droit à la contractualisation, qui découle elle-même du principe de liberté contractuelle, demeure l'impossibilité de recourir de manière forcée à la contractualisation (2).

1. L'affirmation de principe d'un droit à la contractualisation territoriale

Le développement consécutif d'un principe de liberté contractuelle spécifique aux collectivités territoriales et de la contractualisation territoriale permettent de donner naissance à une reconnaissance non plus seulement *de facto* mais *de jure* de cette dernière.

Le développement de la contractualisation territoriale arrive aujourd'hui à un stade poussé d'institutionnalisation, à tel point qu'il n'est plus un simple constat factuel. Aujourd'hui, la contractualisation territoriale est profondément ancrée dans les mœurs juridiques des relations Etat-collectivités territoriales. L'essor de la liberté contractuelle des collectivités territoriales dans le cadre du principe de libre administration ouvre la

voie à une reconnaissance d'un droit à la contractualisation, entendu comme la possibilité pour les collectivités territoriales de recourir à la contractualisation dans ses relations avec l'Etat.

L'existence d'un droit à la contractualisation exprime ainsi l'idée selon laquelle les collectivités territoriales souhaitent organiser de manière concertée leurs relations avec l'Etat en dépassant le cadre strict de la relation de « tutelle ». Il s'agit donc de reconnaître l'aptitude des collectivités territoriales à faire évoluer leurs relations avec l'Etat, tout en respectant le cadre constitutionnel et légal qui est le leur. La reconnaissance d'un droit à la contractualisation est donc l'ultime étape de l'institutionnalisation de la contractualisation territoriale.

Cette contractualisation doit être pensée comme devant respecter le statut des collectivités territoriales mais également les prérogatives de l'Etat. Dans l'immédiat, compte-tenu de l'histoire de la construction de la relation Etat-collectivités territoriales, la reconnaissance d'un droit à la contractualisation ne peut se penser que s'il bénéficie essentiellement aux collectivités territoriales. En effet : la contractualisation est conçue, en principe, conformément à l'idée de renouvellement des relations Etat-collectivités territoriales et non de poursuite par d'autres moyens de la même relation de contrôle.

Ainsi, lors de l'examen du projet de loi de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles, les sénateurs ont décidé de supprimer un dispositif contractuel destiné à organiser la répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales : le pacte de gouvernance contractuel. Le Sénat a ainsi supprimé ce dispositif « autant en raison de sa complexité que de ses conséquences en matière de « curatelle » de l'État sur les collectivités territoriales »⁴¹².

Même si les contours de ce droit à la contractualisation demeurent imprécis, ils révèlent d'ores et déjà une conséquence importante, qui découle elle-même du principe de liberté

⁴¹² Rapport de M. René Vandierendonck fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, modifié par l'Assemblée Nationale, de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles, p. 14. Disponible sur : <http://www.senat.fr/rap/112-859-1/112-859-11.pdf>

contractuelle, et qui conditionne la mise en œuvre de la contractualisation territoriale : il s'agit de l'impossibilité de recourir de manière forcée à la contractualisation.

2. L'impossibilité de principe de recourir à une contractualisation forcée

Les collectivités ne doivent pas être *contraintes* de recourir au processus contractuel : le contrat ou la convention ne peuvent être imposés. C'est ce qui ressort d'une décision du Conseil constitutionnel du 26 janvier 1995⁴¹³ où, à propos de conventions devant être conclues entre l'Etat et les collectivités ayant « pour objet de renforcer l'action publique dans les territoires ruraux les plus défavorisés en assurant la convergence des interventions publiques, en accroissant l'engagement des partenaires publics, et en adaptant des actions à la spécificité des actions locales » le Conseil constitutionnel admet la constitutionnalité du dispositif à condition qu'« il ne résulte de ces dispositions, ni une obligation de contracter à la charge des collectivités concernées, ni de quelque manière que ce soit, une remise en cause des engagements susceptibles d'être pris dans le cadre des contrats État-région »⁴¹⁴.

Il faut voir dans cette décision, en premier lieu, l'interdiction pour l'Etat d'imposer le contrat aux collectivités territoriales. Cette obligation se retrouve réaffirmée dans la même décision, à propos de la possibilité pour les collectivités territoriales de conclure avec des collectivités étrangères des contrats de coopération, « faculté dont elles ne sont nullement contraintes d'user »⁴¹⁵.

Il faut y voir également, découlant du principe de sécurité juridique, l'interdiction de remettre en cause les situations contractuelles légalement constituées⁴¹⁶ : en l'espèce, les contrats de plan Etat-région. Le rattachement de cette interdiction au principe de sécurité juridique, ainsi que M. Gahdoun l'a mis en exergue, apparaît néanmoins accessoire au caractère constitutionnel de la liberté contractuelle : « la reconnaissance de la sécurité juridique – qui est matérialisée par le « doublement » du fondement textuel en matière

⁴¹³ CC, n° 94-358 DC du 26 janvier 1995, *précitée*

⁴¹⁴ Cons. 39

⁴¹⁵ Cons. 53

de liberté contractuelle – n’a conduit à aucun changement perceptible pour la protection des contrats en cours. Pour le dire simplement, l’article 16 [de la DDHC] et la sécurité juridique n’apportent rien à la pérennité contractuelle »⁴¹⁷. Dans la même décision précitée du 26 janvier 1995, le Conseil constitutionnel a également considéré que la prorogation législative de la durée des conventions passées entre EDF et la Compagnie nationale du Rhône – dont les collectivités territoriales étaient actionnaires majoritaire – ne contrariait pas la libre administration des collectivités dès lors qu’il leur était loisible de conclure des avenants⁴¹⁸.

Ainsi, la construction lente de ce droit à la contractualisation repose essentiellement sur le principe de liberté contractuelle des collectivités territoriales qui repose lui-même sur le principe de libre-administration des collectivités territoriales. Il est donc possible de considérer que le développement de la contractualisation conduit à un développement du droit constitutionnel des collectivités territoriales. Il faut donc reconnaître que la limite principale du droit à la contractualisation repose sur la considération suivante : « le législateur ne peut imposer à une catégorie de collectivités territoriales une obligation de contracter ou remettre en cause sans motif d’intérêt général des engagements antérieurement conclus, au risque de méconnaître la libre administration »⁴¹⁹.

Dès lors, le droit à la contractualisation, lentement reconnu aux collectivités territoriales, doit impérativement s’articuler et, par conséquent, être concilié avec d’autres droits et libertés constitutionnellement garantis aux collectivités territoriales. Ce n’est qu’à cette condition que, dans son principe, la contractualisation ne soit pas conçue ni comme un cheval de Troie destiné à remettre en cause certains aspects du statut constitutionnel des collectivités territoriales ni comme un obstacle à d’autres droits et libertés constitutionnellement garantis.

⁴¹⁶ V. ainsi, Cons.const., déc.n° 2002-465 DC du 13 janvier 2003, précitée

⁴¹⁷ P.-Y. Gahdoun, *Le principe de liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op.cit. p. 254, n° 289

⁴¹⁸ Cons. 23 et 24

⁴¹⁹ M. Verpeaux, *L’encadrement constitutionnel de la contractualisation territoriale*, op.cit., p. 51

B. L'encadrement du droit à la contractualisation par la conciliation du principe de liberté contractuelle avec d'autres droits et libertés constitutionnellement garantis

La lente consécration de la contractualisation territoriale en tant que droit-créance au profit des collectivités territoriales ne saurait aboutir, *in fine*, à la remise en cause directe ou indirecte d'un certain nombre de droits et libertés constitutionnellement garantis.

Qu'il s'agisse de droits et libertés constitutionnellement garantis propres aux collectivités territoriales à l'instar du principe de libre-administration (1) ou d'autres droits et libertés constitutionnellement garantis (2), la contractualisation territoriale ne doit, dans son principe, rien retrancher mais est censée ajouter.

1. La soumission du droit à la contractualisation au principe de libre-administration des collectivités territoriales

L'existence d'un droit à la contractualisation se conçoit comme étant enchâssé dans le principe de liberté contractuelle des collectivités territoriales lui-même contenu par le principe de libre-administration des collectivités territoriales. Compte tenu de l'imbrication de ces droits et principes, il apparaît paradoxal de considérer que le droit à la contractualisation pourrait être limité par le principe de libre administration.

Néanmoins, la construction du droit à la contractualisation implique une conformité du principe de liberté contractuelle des collectivités territoriales vis-à-vis de leur libre-administration. Ainsi, la liberté contractuelle des collectivités territoriales ne doit jamais porter atteinte à leur libre administration. De telles hypothèses pourraient néanmoins se rencontrer : il en serait ainsi, par exemple, dès lors que la signature d'une convention entre collectivités aurait pour objet ou pour effet d'instituer une tutelle entre

collectivités. Cette hypothèse s'est présentée à la fois au juge constitutionnel et au juge administratif.

Elle a déjà été rencontrée dans la décision précitée du 26 janvier 1995 où le Conseil constitutionnel a censuré le renvoi « à une convention conclue entre des collectivités territoriales le soin de désigner l'une d'entre elles comme chef de file pour l'exercice d'une compétence ou d'un groupe de compétences relevant des autres sans définir les pouvoirs et les responsabilités afférents à cette fonction » sur le fondement de l'interdiction de la tutelle entre collectivités⁴²⁰. Le Conseil constitutionnel a pu également se prononcer sur cette question à l'occasion de l'examen de la loi venant modifier l'ordonnance du 17 juin 2004 relative aux contrats de partenariat. Le législateur avait prévu que des collectivités pouvaient par convention s'associer pour signer un contrat de partenariat et, ce faisant, désigner l'une d'entre elles pour signer ledit contrat de partenariat. Cette convention qui non seulement autorisait l'organisation commune des collectivités par la voie de conventions – ce que le Conseil constitutionnel ne censure pas – avait toutefois pour effet de conférer un pouvoir de décision (celui de signer le contrat) à la collectivité ainsi désignée. Ce mécanisme est donc déclaré contraire à l'article 72 de la Constitution, sur le fondement de l'interdiction d'une tutelle d'une collectivité sur une autre⁴²¹. Si cette décision permet au Conseil constitutionnel de mieux définir l'action commune des collectivités territoriales⁴²², elle valide également un mécanisme similaire à celui censuré mais qui, cette fois, ne concerne pas la signature d'une convention entre collectivités territoriales mais entre l'Etat et une ou des collectivités territoriales. Il faut en déduire que la signature d'une convention entre l'Etat et des collectivités territoriales ayant pour effet de confier à l'Etat le pouvoir de signer le contrat n'a pas pour effet de violer le principe de libre administration dans la mesure où ce dernier dispose du contrôle administratif. Si le Conseil constitutionnel écarte le risque d'introduction d'une tutelle entre collectivités par le biais d'un contrat, une situation identique issue – cette fois – d'un contrat entre l'Etat et des collectivités territoriales ne semble pas lui poser de difficultés. Il faut y voir ici, d'une part, la

⁴²⁰ Cons. 57

⁴²¹ Cons.const., déc., n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008, *Loi relative aux contrats de partenariat*, cons. 33, Rec. CC, p. 341 ; Gaz. Pal, 8-9 août 2008, obs. Linotte ; AJDA 2008, p. 1664, note Dreyfus ; JCP A, p. 2008, p. 37, obs. Gardères et Labayle-Pabet ; RFDA 2008, p. 1233, note Roblot-Troizier ; BJCP 2008, p. 310, note Terneyre ;

⁴²² L. Tesoka, *Les rapports entre catégories de collectivités territoriales*, PUAM 2004, spéc. p. 104 et s. ; V. de Briant, *L'action commune en droit des collectivités territoriales*, L'Harmattan 2009 ; G. Marcou, *L'action commune des collectivités territoriales selon le Conseil constitutionnel : organiser n'est pas déterminer* in Mélanges Jégouzo, *Terres du droit*, Dalloz 2009, p. 227

validation implicite de l'instauration de mécanismes de contrôle par le contrat ou de tutelle administrative contractuelle. Et, d'autre part, la limitation a priori de ce procédé aux relations Etat-collectivités territoriales. Il faut y voir une volonté de protection de la liberté contractuelle des collectivités territoriales, même si celle-ci semble trouver ses limites lorsque l'Etat apparaît.

Il faut également ajouter qu'à la différence des autres personnes publiques, les collectivités territoriales jouissent d'une protection particulière de leurs contrats. En effet, dans sa décision précitée du 20 janvier 1993⁴²³ le Conseil constitutionnel a pu reconnaître à propos de la conclusion des délégations de service public que les règles relatives aux contrats passés par les collectivités territoriales devaient être fixées par la loi. L'intervention du pouvoir réglementaire ne saurait donc avoir pour effet : « de définir par des règles de portée générale la durée normale d'amortissement » et ce n'est que « sous réserve de cette interprétation », que la disposition litigieuse « n'est pas contraire à la Constitution »⁴²⁴. A la différence des contrats publics au sens large, il semble ainsi que les contrats des collectivités territoriales relèvent du domaine de la loi. Ainsi que le rappelle de manière constante le Conseil constitutionnel, la libre administration s'exerce dans le cadre de la loi, en vertu de la lecture combinée des articles 34 et 72 de la Constitution. Dès lors, seul le législateur est compétent pour déterminer les règles applicables au droit des contrats des collectivités territoriales : il s'agit là d'une conséquence logique de la constitutionnalisation du principe de liberté contractuelle *des collectivités territoriales*. Ce que M. Richer rappelle en soulignant que « la passation des contrats est une modalité d'exercice de la liberté d'administration, ce dont il résulte que les dispositions relatives à la passation ou à l'exécution de contrats ressortissent, en principe, c'est-à-dire en l'absence d'habilitations législatives, de la compétence du législateur dès lors qu'elles imposent des « obligations »⁴²⁵ aux collectivités territoriales »⁴²⁶. Il faut ainsi en déduire que le législateur est seul compétent pour fixer les règles relatives aux contrats des collectivités territoriales. Cela

⁴²³ Cons.const., déc. n° 92-316DC du 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, précitée

⁴²⁴ Cons. 42

⁴²⁵ M. Richer fait ici référence à des arrêts précités : CE, Sect. 14 mai 1971, *Fasquelle* et CE, 6 juillet 1977, *Syndicat national des ingénieurs et techniciens agréés*

⁴²⁶ L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, op.cit. p. 359, n° 546

devrait être également le cas des marchés publics des collectivités territoriales⁴²⁷ si ce n'est que, sur le fondement d'une habilitation résultant d'un décret du 12 novembre 1938, le pouvoir réglementaire est compétent pour fixer les règles relatives aux marchés publics, qu'il s'agisse de marchés publics passés par l'Etat ou par les collectivités territoriales⁴²⁸. Hormis cette exception, il apparaît que la matière du droit des contrats des collectivités territoriales est entièrement régie par la loi.

Ainsi, le pouvoir réglementaire est tenu par la compétence législative en matière de contrat des collectivités territoriales et le législateur ne saurait adopter des règles qui auraient pour conséquence de limiter leur liberté contractuelle donc, *in fine*, leur libre administration. Ces règles se résument dans les deux axes rappelés ci-dessus.

Le juge administratif est également amené à concilier la liberté contractuelle des collectivités territoriales avec le principe de libre administration. Ainsi, le Conseil d'Etat veille à ce que la signature des conventions prévues notamment en matière de transferts de compétences ne viole pas le principe de libre administration. Le Conseil d'Etat a pu ainsi connaître d'une intéressante affaire portant sur des transferts de compétences issus de la loi du 13 août 2004, en l'occurrence le transfert d'établissements scolaires. En l'occurrence, une convention-type validée par décret avait été conclue entre la région, le département et l'Etat. En premier lieu, le Conseil d'Etat considère que la faculté pour l'Etat de conclure une seule convention avec les deux collectivités (et non pas deux conventions séparées) n'institue pas une tutelle d'une collectivité sur une autre et, partant, ne porte pas atteinte au principe de libre administration. En revanche, en second lieu, le Conseil d'Etat annule certaines dispositions du décret validant la convention qui permettait aux exécutifs locaux des collectivités en cause de prévoir, dans la convention, une délégation de signature auprès de certains agents de services de l'Etat⁴²⁹.

L'étude des jurisprudences précitées permet de considérer que seule une utilisation du principe de liberté contractuelle *conforme* au principe de libre administration permet un

⁴²⁷ CE, 29 avril 1981, *Ordre des architectes*, Rec. CE, p. 198 ; AJDA 1981, p. 431 note Genevois

⁴²⁸ V. ainsi : CE, 29 avril 1981, *Ordre des architectes*, précité ; CE, Ass. 5 mars 2003, *Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris*, Rec. 90, concl. Piveteau ; BJC 2003, n° 28 p. 209. V également Y. Gaudemet, *Le contrat administratif, un contrat hors-la-loi*, Les cahiers du Conseil constitutionnel, Mars 2005, numéro spécial « Loi et contrat » accessible sur www.conseil-constitutionnel.fr

⁴²⁹ CE, 21 mars 2007, *Région des pays de la Loire*, req. n° 278327 ; DA 2007, n° 10 p. 22, concl. Glaser ; LPA 23 octobre 2007, chron. Aivazzadeh-Barré, Baghestani-Perrey et Pissaloux ;

développement de la contractualisation et, par conséquent, d'un droit à la contractualisation. Il n'en demeure pas moins que celui-ci doit également être concilié avec d'autres droits et libertés constitutionnellement garantis.

2. La soumission du droit à la contractualisation à d'autres droits et libertés constitutionnellement garantis

L'instauration d'un droit à la contractualisation, s'il doit apparaître comme un gain au profit des collectivités territoriales, apporte un certain nombre d'interrogations notamment eu égard à l'application du principe d'égalité.

Si, traditionnellement, la décentralisation par son uniformité juridique est voulue comme un instrument destiné à assurer l'égalité entre collectivités territoriales, la mise en œuvre de la contractualisation territoriale – en parallèle avec le développement d'un droit de l'expérimentation – tend à poser la question de l'égalité par la décentralisation. En effet : la contractualisation territoriale postule une transformation de la conception traditionnelle du principe d'égalité puisqu'elle suppose un passage d'une conception égalitaire à une conception fondée sur l'équité ; c'est-à-dire fondée sur un droit à la différenciation.

Si la reconnaissance d'un droit à la différenciation par la contractualisation territoriale ne semble pas poser de difficulté sérieuse sur le plan, par exemple, du principe de subsidiarité, certaines ambiguïtés peuvent demeurer sur le plan de l'application du principe d'égalité. S'agissant de ce dernier, il faut rappeler qu'il ne commande de traiter de la même manière que les collectivités se trouvant dans la même situation, c'est-à-dire de même rang.

S'agissant de la contractualisation territoriale, il convient d'admettre que si celle-ci doit se soumettre au principe d'égalité, elle n'en exige pas moins une évolution de sa conception au nom de la reconnaissance d'un droit à la différenciation par la contractualisation.

Ce droit à la différenciation par la contractualisation doit demeurer encadré dès lors que sont en cause d'autres droits et libertés constitutionnellement garantis qui, s'ils ne sont pas propres aux collectivités territoriales, sont mis en œuvre auprès des citoyens par les collectivités territoriales.

De manière générale, les conditions de mises en œuvre des libertés publiques et les garanties qui en découlent ne sauraient être subordonnées aux décisions des collectivités territoriales : qu'il s'agisse d'actes administratifs unilatéraux ou encore de contrats⁴³⁰. La libre administration des collectivités territoriales implique ainsi la conciliation avec d'autres règles et principes à valeur constitutionnelle montrant ainsi la nécessaire « coexistence entre un certain nombre de valeurs antithétiques, la libre administration s'harmonisant mal avec un certain nombre d'autres exigences constitutionnelles (égalité entre individus, indivisibilité de la République, contrôle administratif de l'Etat...) »⁴³¹.

Ce qui est vrai, de manière générale, en matière de libre administration des collectivités territoriales l'est a fortiori pour ce qui concerne leur liberté contractuelle et donc pour leur droit à la contractualisation. Ce dernier trouve ainsi ses limites lorsque, par exemple, l'effectivité d'une liberté publique serait tributaire de la signature d'une convention par une collectivité territoriale.

Le Conseil constitutionnel a pu en juger ainsi à propos de la liberté d'enseignement qui ne pouvait être tributaire de la signature par les départements de contrats d'association avec l'Etat et certains établissements privés⁴³². Il en va ainsi de la conciliation entre le principe de libre administration et celui de la liberté d'enseignement : l'effectivité de celle-ci ne saurait être subordonnée à la signature par les départements de contrats d'association avec l'Etat et certains établissements privé. De même l'intervention de conventions entre les départements et certains organismes sociaux pour permettre le

⁴³⁰ Cons.const., déc.n° 96-373DC du 9 avril 1996, *Loi portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, précitée ; Cons.const., déc., n° 2001-454DC du 17 janvier 2002, *Loi relative à la Corse*, précitée

⁴³¹ B. Faure, *Droit des collectivités territoriales*, op.cit., p. 34, n° 29

⁴³² Cons.const., déc. n° 84-185DC du 18 janvier 1985, *Loi modifiant et complétant la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 et portant dispositions diverses relatives aux rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales*, précitée

versement de prestations sociales doit être suffisamment encadrée afin de ne pas violer le principe constitutionnel d'égalité⁴³³.

Il est ainsi intéressant de constater que la liberté contractuelle des collectivités territoriales et leur faculté de recourir à la contractualisation est limitée par les droits et libertés constitutionnellement protégés. Il n'en demeure pas moins que le principe de liberté contractuelle des collectivités territoriales demeure un principe constitutionnel dont l'Etat – qu'il s'agisse du législateur ou du pouvoir réglementaire – doit tenir compte.

Dès lors que la contractualisation territoriale doit être soumise aux droits et libertés constitutionnellement garantis par l'Etat, elle doit également se conformer aux principes directeurs de l'Etat unitaire qu'est la République française. La contractualisation territoriale ne peut donc se penser que dans ce cadre constitutionnel précis qui détermine dans une large mesure les règles de répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales. Ainsi, il convient donc de considérer qu'au-delà d'une faculté pour les collectivités territoriales d'organiser leurs relations avec l'Etat dans un cadre « contractualisé », la contractualisation est bornée par le cadre rigide fixé par les règles de compétences.

Section 2 : La limitation de la contractualisation par le respect des règles de compétence

La contractualisation territoriale trouve, naturellement, vocation à se développer dans un cadre préexistant de relations Etat-collectivités territoriales. Ce cadre de relations est fixé par un socle de règles constitutionnelles que l'interprétation jurisprudentielle et les différentes réformes constitutionnelles ont permis de développer jusqu'à aujourd'hui.

⁴³³ Cons.const., déc. n° 96-387DC du 21 janvier 1997, *Loi tendant, dans l'attente du vote de la loi instituant une prestation d'autonomie pour les personnes âgées dépendantes, à mieux répondre aux besoins des personnes âgées par l'institution d'une prestation spécifique dépendance*, Rec. CC, p. 23 ; AJDA 1997, p. 165, obs. Schrameck ; RDP 1997, p. 681 note Prétot ; RFDC 1997, p. 323 obs. Mélin-Soucramanien ; LPA 12 février 1997, p. note Zarka ; LPA 17 octobre 1997, p. 10, obs. Mathieu et Verpeaux ; Cons.const., déc. n° 2003-487DC du 18 décembre 2003, *Loi portant décentralisation en matière de revenu minimum*

Il n'en demeure pas moins que si certains développements ont pu intervenir afin d'ouvrir ces principes à l'évolution des relations Etat-collectivités territoriales, à commencer par la prise en compte du droit à la contractualisation, les principes de base sur lesquels les relations Etat-collectivités territoriales sont fondées sont restés intacts.

La contractualisation territoriale ne peut ainsi offrir davantage que ce que permettent le texte constitutionnel et l'interprétation jurisprudentielle qui en est faite. Ainsi, la contractualisation territoriale ne peut aller au-delà des règles de compétences qui sont déterminées à la fois par la Constitution et par la loi.

Toutefois, l'existence d'un droit à la contractualisation au profit des collectivités territoriales suppose que ces dernières disposent également d'une part d'initiative dans l'établissement de relations contractuelles avec l'Etat. D'où la difficulté de combiner le respect des règles de compétences avec l'existence d'une part d'initiative contractuelle au profit des collectivités territoriales.

S'il existe une nécessaire limitation de la contractualisation territoriale en raison du respect par celle-ci des règles de répartitions des compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales (§ 1), l'étude du contenu et des conséquences de ces règles permet toutefois de connaître l'étendue de cette limitation. Ce n'est qu'ensuite qu'il sera possible de mesurer l'étendue de la compétence contractuelle des collectivités territoriales, entendue comme l'expression positive de ce droit à la contractualisation : le droit à l'initiative contractuelle (§ 2).

§ 1 : Le respect par la contractualisation des règles de répartition des compétences

Le respect par la contractualisation territoriale des règles de répartition des compétences apparaît comme une nécessité du respect de la structure même de l'Etat, au sein d'un Etat de droit. En outre, il s'agit là ni plus ni moins qu'un rappel de base des règles de

d'insertion et créant un revenu minimum d'activité, précitée ; Cons.const., déc. n° 2004-503, DC du 12 août 2004, *Loi relative aux libertés et aux responsabilités locales*, précitée ;

fonctionnement du droit public qui sont essentiellement articulées autour de la notion de compétence.

Ce respect s'articule autour de deux impératifs : le respect des prérogatives étatiques dans le cadre d'un Etat unitaire (A) et, en conséquence, le respect du monopole du législateur en matière de répartition des compétences (B).

Ces deux conditions impératives ont des implications majeures dans la détermination de l'étendue de la contractualisation territoriale. Elles permettent de rappeler que si l'importance du phénomène transforme en profondeur le mode de relations entre l'Etat et les collectivités territoriales, elle ne parvient pas à en changer la nature.

A. Le respect des prérogatives étatiques dans le cadre d'un Etat unitaire

D'aucuns pourrait parler de truisme tant évoquer le respect des prérogatives étatiques dans le cadre d'un Etat unitaire apparaît plus qu'évident. Toutefois, l'ampleur actuelle de la contractualisation territoriale conduit à rappeler qu'elle évolue avant tout dans le cadre préexistant de la décentralisation administrative territoriale.

Il ne faut pas perdre de vue que la contractualisation est d'abord le produit d'une histoire longue mais également d'une histoire récente. Elle est le produit d'une histoire longue dans la mesure où la construction de l'Etat moderne et l'émancipation lente des collectivités territoriales a conduit à l'accroissement de la libre-administration de ces dernières. La contractualisation est également le produit d'une histoire récente dans la mesure où elle a été choisie comme le mode d'expression de la décentralisation territoriale depuis les « grands » actes de la décentralisation.

Pourtant, la contractualisation territoriale demeure avant tout le produit de la décentralisation territoriale (1). Ainsi, tant la logique que le processus suscité par la contractualisation territoriale ne peut ni dans son principe ni dans ses modalités conduire à développer des relations Etat-collectivités territoriales teintées de fédéralisme (2).

1. La contractualisation s'ancre dans la décentralisation territoriale

Lorsque le Conseil constitutionnel a eu à se prononcer sur le principe même de la contractualisation territoriale, il a considéré que l'Etat pouvait conclure avec des collectivités territoriales des conventions ayant « 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 »⁴³⁴.

Il faut considérer, d'une part, que la contractualisation se trouve assurément limitée dans la mesure où les personnes publiques ne peuvent contracter sur leur compétence car celle-ci est d'ordre public⁴³⁵. Il faut également considérer, d'autre part, que la contractualisation ne saurait avoir pour objet ou pour effet de remettre en cause le socle de relations constitutionnelles basé sur la décentralisation administrative.

Il faut donc considérer que le principe même de la contractualisation doit être arrêté en amont par le législateur dans la mesure où il lui appartient de fixer : « les principes fondamentaux (...) de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources ». De même qu'une collectivité territoriale ne dispose pas de la compétence de sa compétence, il est possible de considérer qu'elle ne détient pas l'initiative de l'initiative en matière de contractualisation : l'impulsion de départ doit être donnée par le législateur dans la mesure où la contractualisation territoriale se situe dans la continuité de la décentralisation territoriale.

L'institutionnalisation de la contractualisation territoriale n'a pas davantage pour conséquence de remettre en cause le socle constitutionnel de la décentralisation territoriale qui reste marqué par la structure unitaire de l'Etat.

⁴³⁴ Cons.const., déc. n° 83-160 DC du 19 juillet 1983, précitée, cons. 4

⁴³⁵ V. par exemple : Cons.const., déc.n° 94-358 DC du 26 janvier 1995, précitée.

La contractualisation territoriale reste donc sans effet sur le modèle d'Etat unitaire qui reste la base de la République française. Elle ne peut qu'influencer la manière dont est envisagée la décentralisation territoriale sans toutefois aller jusqu'à un glissement fédéraliste.

2. La contractualisation ne repose pas une logique fédéraliste

Le respect par les collectivités territoriales des prérogatives régaliennes et du caractère unitaire de l'Etat est assurément l'une des bornes du principe de libre administration. Compte tenu du lien consubstantiel qui existe entre le principe de libre administration et la liberté contractuelle des collectivités territoriales, cette obligation dirimante s'applique également à cette dernière. Ainsi « les restrictions auxquelles les collectivités territoriales sont soumises impliquent qu'elles ne doivent pas intervenir dans des domaines qui sont par nature incompatibles avec les prérogatives que la Constitution réserve à l'Etat »⁴³⁶. Dès lors, la contractualisation ne saurait aboutir à un glissement « fédéraliste » de la conception de l'Etat en France.

Ainsi en témoigne l'encadrement de la coopération transfrontière des collectivités territoriales. Celles-ci entretiennent des relations de collaboration avec leurs homologues étrangères, qu'elles soient ou non de même niveau. La loi désigne cette collaboration sous le vocable de « coopération décentralisée »⁴³⁷. Cette matière est essentiellement contractuelle ainsi que le dispose l'article 131 de la loi du 6 février 1992 qui régit la matière⁴³⁸. Il va de soi que de telles conventions ne sauraient être conclues que dans le cadre des compétences des collectivités territoriales et ne sauraient contrevenir aux engagements internationaux de la France. Dès lors, une convention avec toute autre personne publique étrangère qui ne serait pas une « autorité locale étrangère » serait impossible, à l'instar d'une convention conclue entre une collectivité territoriale et un Etat qui « serait implicitement vu comme la manifestation d'une

⁴³⁶ M. Mahouachi, *op.cit.*, p. 223, n° 381

⁴³⁷ 1^{ère} partie, titre unique, chapitre V du Code général des collectivités territoriales ; V. Y. Claisse, *Le droit de la coopération décentralisée*, Université Panthéon-Assas (Paris II) et LGDJ 1994 ; B. Faure, *Droit des collectivités territoriales*, *op.cit.*, p. 465, n° 594 et s. ; J-B. Auby, J-F. Auby et R. Noguellou, *Droit des collectivités locales*, *op.cit.*, p. 369 et s. ; M. Verpeaux, *Droit des collectivités territoriales*, *op.cit.*, p. 307 et s/

⁴³⁸ Loi d'orientation n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République, art. 131, I, al. 1 aujourd'hui codifié à l'article L. 1115-1 du CGCT ; JORF n°33 du 8 février 1992 page 2064

puissance politique originaire qui fait défaut aux collectivités administratives françaises »⁴³⁹. Ainsi, dans sa décision précitée du 26 janvier 1995, à propos de la loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire du 4 février 1995, le Conseil constitutionnel encadre de manière très ferme un mécanisme de coopération transfrontalière prévu par la loi⁴⁴⁰ montrant ainsi l'absence totale de compétence des collectivités sur le terrain diplomatique, notamment en soumettant la passation de ces conventions au contrôle du représentant de l'Etat dans le département mais surtout en soulignant l'interdiction faite aux collectivités de passer un accord avec un Etat étranger⁴⁴¹. Comme l'analyse M. Faure, les accords de coopération transfrontaliers s'entendent tant *rationae personae* que *rationae materiae*. Cela signifie qu'une collectivité ne peut conclure un accord qui entre dans le champ de ses affaires locales : « elle ne saurait donc gérer des affaires en dehors du niveau administratif qui est le sien et lorsque les justifications tirées de l'intérêt local en liaison avec la nature des besoins satisfaits ne jouent plus, ses initiatives tombent sous le coup de la censure du juge »⁴⁴².

La faculté ainsi reconnue aux collectivités territoriales « doit constamment être révocable par l'Etat qui reste maître à la fois de son existence et de son étendue »⁴⁴³. Il s'agit là d'une limite à la liberté contractuelle des collectivités territoriales tenant au rôle de l'Etat et au monopole de sa compétence internationale : dans sa décision du 12 février 2004 relative au statut de la Polynésie française⁴⁴⁴, si le Conseil constitutionnel valide l'existence de représentations de la Polynésie française « auprès de tout Etat ainsi

⁴³⁹ B. Faure, op.cit., p. 467, n° 601

⁴⁴⁰ Loi n° 95-115 du 4 février 1995, d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, JORF du 5 février 1995, p. 1973

⁴⁴¹ Cons. 52 : « Considérant en premier lieu que cette possibilité ouverte aux collectivités territoriales a pour objet exclusif, dans le cadre de la coopération transfrontalière, l'exploitation d'un service public ou la réalisation d'un équipement local intéressant toutes les personnes publiques participantes ; que cette coopération entre collectivités territoriales doit s'effectuer dans le respect des engagements internationaux de la France ; que l'adhésion à un organisme public de droit étranger ou la participation au capital d'une personne morale de droit étranger, qui doit être autorisée par décret en Conseil d'Etat, fait l'objet d'une convention avec les collectivités territoriales étrangères adhérentes ou participantes ; que cette convention qui détermine la durée, les conditions, les modalités financières et de contrôle de cette adhésion ou participation ne doit pas comporter une participation au capital ou aux charges d'une même personne morale de droit étranger des collectivités territoriales et de leurs groupements supérieure à 50 % de ce capital ou de ces charges ; qu'elle entre en vigueur seulement à compter de sa transmission au représentant de l'Etat dans le département qui exerce le contrôle de légalité dans les conditions prévues par la loi susvisée du 2 mars 1982 ; que le législateur a institué des dispositions assurant le contrôle et la publicité des comptes ; qu'enfin aux termes de l'article 133-2 : "Aucune convention, de quelque nature que ce soit, ne peut être passée entre une collectivité territoriale ou un groupement et un Etat étranger" ; que dans ces conditions, de telles adhésions à un organisme de droit public étranger ou de telles participations au capital d'une personne morale de droit étranger ne sont pas de nature à porter atteinte aux conditions essentielles de l'exercice de la souveraineté ; que le législateur ne saurait être regardé comme ayant méconnu sa propre compétence en édictant les dispositions ci-dessus analysées »

⁴⁴² B. Faure, op.cit., p. 468, n° 601

⁴⁴³ M. Mahouachi, op.cit., p. 224

que l'une de ses entités territoriales ou territoire reconnu par la République française ou de tout organisme international dont cette dernière est membre ou tout organisme international du Pacifique », c'est à la condition que ces représentations n'aient pas de caractère diplomatique.

Il est donc tout à fait inconcevable que la contractualisation territoriale ait pour objet ou pour effet de supplanter la logique décentralisatrice au profit d'une logique fédéraliste. Même si certains élus seraient tentés de voir la contractualisation comme l'acte « ultime » de la décentralisation territoriale qui permettrait de basculer vers un autre système. Il n'en est rien : la contractualisation territoriale n'a vocation qu'à évoluer dans le cadre de l'Etat unitaire que constitue la République française. La contractualisation territoriale est donc tenue de respecter l'ensemble des règles compétences qui découlent essentiellement de la loi, à commencer par le principe de leur fixation dont le monopole appartient au législateur.

B. Le respect du monopole du législateur en matière de répartition des compétences

La contractualisation territoriale se voit ainsi limitée par un principe traditionnel du droit public qu'est le principe d'indisponibilité des compétences.

Ce principe s'illustre dans la sphère du droit des collectivités territoriales notamment par le respect du monopole du législateur pour déterminer la répartition des compétences. Il s'agit là d'une conséquence directe du cadre unitaire de la République française : la contractualisation territoriale ne saurait ainsi la remettre en cause que ce soit directement ou indirectement. Ainsi, pour se développer la contractualisation territoriale dépend à l'origine de la volonté du législateur.

Ainsi, la nécessité du recours à la loi pour déterminer la répartition des compétences est une exigence constitutionnelle s'agissant des collectivités territoriales (1). L'impulsion

⁴⁴⁴ Cons.const., déc.n° 2004-490 DC du 12 février 2004, *Loi portant statut de la Polynésie française*, cons. 27, Rec. CC, p. 41 ; RFDA 2004, p. 248 note Schoettl ; LPA 3 août 2004, p. 3 note Jan ; RFDA 2004, p. 3 obs. Roux ; RDP 2004, p. 1727 note F. Luchaire ; LPA 30 mai 2005, p. 7, chron. Janicot et Verpeaux ; RFDC 2006, p. 375, obs. Goesel-Le Bihan

de départ de la contractualisation doit ainsi nécessairement être donnée par le législateur. Cela signifie que l'étendue de la contractualisation sera déterminée par le cadre légal qui aura été arrêté. Ainsi, corrélativement, le législateur se voit contraint d'épuiser toute sa compétence et de ne pas s'en remettre de manière trop complète au contrat ou à la convention qui sera ultérieurement conclu (2). La contractualisation ne saurait ainsi être placée sur le même plan que la loi, quand bien même son développement récent conduit à lui conférer un rôle de mesure d'exécution de la loi.

1. Une exigence constitutionnelle en matière de droit des collectivités territoriales

Le monopole de principe du législateur dans la détermination des règles de compétence en matière de collectivités territoriale découle de la structure unitaire de l'Etat et d'une conception somme toute très égalitaire de l'organisation administrative. Ainsi, le juge constitutionnel impose au législateur, lorsqu'il crée une nouvelle catégorie de collectivité territoriale, de s'assurer du respect des prérogatives de l'État dont fait notamment partie le contrôle de légalité⁴⁴⁵.

Toutefois, le législateur n'a jamais censuré le recours au contrat dans la détermination des modalités de répartition de compétence entre l'Etat et les collectivités territoriales.

Le Conseil constitutionnel a ainsi eu l'occasion de réaffirmer le rôle du législateur, et par la même occasion de rappeler le cadre constitutionnel dans lequel évolue la contractualisation territoriale. A l'occasion de l'examen d'une loi autorisant la passation

⁴⁴⁵ Cons.const., déc. n° 91-290 DC, 9 mai 1991, *Loi relative au congé de représentation en faveur des associations et des mutuelles et au contrôle des comptes des organismes faisant appel à la générosité publique*, Rec. p. 50 ; LPA 1991 p. 20 note Carpentier, RFDC 1991 p. 305 et 487 note Favoreu ; RFDA 1991 p. 407 obs. Genevois ; RFDC 1991 p. 484 note Luchaire ; L. Favoreu et L. Philip, *Grandes décisions du conseil constitutionnel*, Dalloz 2009, p. 595-609

d'une convention fiscale avec la Nouvelle-Calédonie⁴⁴⁶, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de souligner « que, de façon générale, aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne s'oppose à ce que l'Etat passe des conventions avec les diverses collectivités territoriales de la République telles que les communes, les départements, les régions ou les territoires d'outre-mer »⁴⁴⁷.

Le Conseil constitutionnel précise ainsi que ce type de convention ne saurait en aucune manière lier la compétence du législateur en lui interdisant, par exemple, de modifier la loi elle lui confère « une large liberté » pour « choisir entre la voie unilatérale et contractuelle afin d'exercer des compétences qui lui sont expressément dévolues par la Constitution, et régir ses relations avec les collectivités territoriales »⁴⁴⁸. Il faut déduire de cette décision que la contractualisation apparaît davantage comme une modalité de la décentralisation territoriale sans pour autant remettre en cause les principes sur lesquels elle se fonde, à commencer par la compétence de principe du législateur. Celui-ci ne peut donc s'interdire de modifier la loi ou encore de l'abroger.

Toutefois, cette considération n'est pas de nature à dénier à la contractualisation toute effectivité, que les instruments en cause contiennent des dispositions impératives ou encore directives. Le Conseil constitutionnel considère que de telles conventions peuvent contenir « des droits et obligations réciproques »⁴⁴⁹ nonobstant leur caractère précaire rappelé ci-dessus.

Si la contractualisation territoriale peut produire l'ensemble de ses effets, ce n'est que dans le cadre légal fixé par le législateur : il s'agit là d'une obligation constitutionnelle. Cela faisant, le législateur ne peut se reposer sur la convention et doit épuiser sa propre

⁴⁴⁶ Cons.const., déc. n° 83-160DC du 19 juillet 1983, *Loi portant approbation d'une convention fiscale avec le territoire d'outre-mer de Nouvelle-Calédonie et dépendances*, Rec. CC, p. 43 ; AJDA 1984, p. 28 note Jarnevic ; JCP 1985, II, 20352 note Labayle ; RDP 1986, p. 395 obs. Favoreu

⁴⁴⁷ Cons. 3

⁴⁴⁸ M. Mahouachi, *op.cit.*, p. 228

⁴⁴⁹ Cons. 9

compétence de telle sorte qu'il ait pu définir de manière nette le cadre au sein duquel la contractualisation peut intervenir.

2. L'obligation corrélatrice faite au législateur d'épuiser sa propre compétence

Le statut constitutionnel des collectivités territoriales implique que l'ensemble de la matière relève de la compétence exclusive du législateur, à la lumière de la lecture combinée des articles 34 et 72 de la Constitution du 4 octobre 1958.

La détermination des compétences des collectivités territoriales étant du domaine de la loi, le Conseil constitutionnel veillera au respect par le législateur de l'épuisement de sa compétence. Ainsi, le contrat ne saurait être érigé autrement que par la loi, toute autre voie étant constitutionnellement exclue. Le législateur ne peut donc renvoyer au contrat ce qu'il doit faire lui-même, ce que le Conseil constitutionnel a déjà eu l'occasion de juger.

Dans sa décision n° 94-358 DC du 26 janvier 1995, le Conseil constitutionnel a déclaré contraire un alinéa du texte qui lui était soumis qui prévoyait la possibilité pour les collectivités territoriales de désigner l'une d'entre elles comme chef de file pour l'exercice d'une compétence ou d'un ensemble de compétences relevant de plusieurs collectivités. Le Conseil constitutionnel considère : « qu'il appartient au législateur en vertu de l'article 34 de la Constitution de déterminer les principes fondamentaux de la libre administration des collectivités territoriales de leurs compétences et de leurs ressources ; que par suite, il ne saurait renvoyer à une convention conclue entre des collectivités territoriales le soin de désigner l'une d'entre elles comme chef de file pour l'exercice d'une compétence ou d'un groupe de compétences relevant des autres sans définir les pouvoirs et les responsabilités afférents à cette fonction ; que dès lors, le législateur a méconnu la compétence qu'il tient des articles précités de la Constitution »⁴⁵⁰. Cette solution n'est pas nouvelle : le Conseil constitutionnel avait

⁴⁵⁰ Cons.const., déc. déc. n°94-358 DC du 26 janvier 1995, Rec. CC, p. 183, cons. 57 ; note Trémeau, RFDC 1995, p. 787 ; chron. Mélin-Soucramanien, Pini et Trémeau, RFDC 1995 p. 389 ; RFDA 1995, p. 876 note Rousseau ; Y. Madiot, *Vers une territorialisation du droit ?*, RFDA 1995 p. 946 ; note Rousseau, *Pouvoirs locaux* 1994 (22), p. 66 ;

d'ores et déjà eu l'occasion de rappeler plus tôt l'exigence législative en matière de « transfert à une autorité de l'Etat de l'exercice d'attributions relevant de la compétence d'une collectivité locale »⁴⁵¹. Il ne faudrait pas en déduire pour autant que le Conseil constitutionnel ait refusé le principe même de la passation de contrats entre l'Etat et les collectivités territoriales portant sur l'exercice de leurs compétences « mais qu'il ait subordonné, parce que l'article 34 le prescrit expressément, sa mise en œuvre, sa concrétisation à la définition préalable par le législateur – selon ses termes – des *pouvoirs* et des *responsabilités* afférents à cette fonction »⁴⁵². Il faut donc voir davantage une limitation du contrat lié à l'exercice par le législateur de sa compétence et donc, corrélativement, une protection des compétences des collectivités territoriales même si, objectivement, c'est la première considération qui semble déterminer l'office du juge constitutionnel.

Si la contractualisation ne peut qu'évoluer que dans le cadre défini par le législateur, il apparaît difficile de définir une règle unique permettant de déterminer l'étendue de la compétence contractuelle des collectivités territoriales. Cette difficulté résiduelle d'identification est une source de brouillage de la contractualisation territoriale.

§ 2 : La difficulté d'identification de la compétence contractuelle des collectivités territoriales

L'identification de la compétence contractuelle des collectivités territoriales, si elle découle directement de la volonté du législateur n'est pas aisée.

Cette identification est directement tributaire de la manière dont est envisagée la répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales. Ainsi, la querelle relative à la clause générale de compétence est à l'origine d'un certain nombre de doutes quant à la part d'initiative des collectivités territoriales en matière de

⁴⁵¹ Cons.const., déc. n° 70-63 L du 9 juillet 1970, Rec. CC, p. 41 et déc. n° 71-70 L du 23 avril 1971, Rec. CC, p. 39

contractualisation territoriale (1). Le débat sur le mode de répartition des compétences semble être un enjeu d'avenir où la contractualisation pourrait avoir un rôle majeur à jouer, à condition qu'elle respecte les principes garantissant la libre-administration des collectivités territoriales.

Dès lors, la contractualisation territoriale intervenant de manière plus poussée dans la répartition des compétences pourrait avoir pour conséquence de modifier en profondeur l'expression même de la décentralisation territoriale (B).

A. Les enjeux de la distinction entre clause générale de compétence et clause attributive de compétence dans la délimitation de la contractualisation

D'un point de vue théorique et conceptuel, l'existence ou la suppression de la clause générale de compétence est susceptible d'atteindre la définition *théorique* de la collectivité territoriale qui se différencie de l'établissement public, classiquement, par le fait que celle-ci dispose d'une compétence *générale* sur les affaires de son ressort alors que celui-ci demeure tenu par le principe de spécialité impliquant qu'il ne puisse connaître d'autres matières à l'exception de celles énumérées dans l'acte qui le crée⁴⁵³.

L'identification des compétences des collectivités territoriales, donc également celle de leur compétence contractuelle, est rendue complexe par l'hésitation constante entre une définition des compétences fondée sur une clause *générale* de compétence ou sur leur énumération *stricto sensu* par le législateur. La loi du 16 décembre 2010 ayant supprimé le bénéfice de la clause générale de compétence au profit des départements et des régions, il convient de revenir sur les termes de ce débat à la lumière de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales.

⁴⁵² J-D. Dreyfus, *Contribution générale à une théorie des contrats entre personnes publiques*, préc., p. 197

⁴⁵³ V. sur ce point l'étude de Mme Janicot, *Les collectivités territoriales, une définition doctrinale menacée ?*, RFDA 2011, p. 227

Il apparaît ainsi que l'existence ou non d'une clause générale de compétence joue un rôle important dans la détermination de la compétence contractuelle d'une collectivité (1). Toutefois, l'intervention de la contractualisation pourrait à terme renouveler en profondeur ce débat sur le rôle de la clause générale de compétence (2).

1. L'incidence de la clause générale de compétences sur la définition de la compétence contractuelle

Il faut tout d'abord considérer la différence fondamentale de conception entre une représentation de la compétence des collectivités territoriales fondée sur l'existence d'une compétence générale pour les affaires relevant de leur ressort et celle reposant sur l'accomplissement de missions de service public conformément aux compétences attribuées limitativement par le législateur et donc, le pouvoir central.

La décentralisation territoriale, pour qu'elle soit une réalité, repose sur l'existence de compétences propres dévolues par l'Etat aux collectivités territoriales. Ces compétences propres ne sont assurément pas assimilables à des compétences qu'exerceraient un Etat fédéré au sein d'Etat fédéral, c'est-à-dire « irréductibles de l'intervention de l'Etat ou de tout autre collectivité »⁴⁵⁴. La notion de « compétence propre » doit ainsi être comprise, pour ce qui concerne les collectivités territoriales, non pas comme la garantie constitutionnelle d'un champ de compétences mais comme l'exercice autonome « local » de compétences (et non pas d'une compétence) organisées par la loi sous le contrôle de l'Etat⁴⁵⁵. Ainsi, le Conseil constitutionnel se fonde-t-il notamment sur l'existence « d'attributions effectives » dotées de ressources suffisantes pour garantir la libre administration des collectivités territoriales⁴⁵⁶ qui repose également sur l'existence de

⁴⁵⁴ L. Janicot, *Réflexions sur la notion de compétences propres appliquée aux collectivités territoriales en droit français*, AJDA 2004, p. 1574

⁴⁵⁵ Dans son *Traité de la Commune*, M. Béquet considère que « le principe posé par la loi de 1884 était désormais que le conseil municipal avait la libre administration des affaires de la commune ». C'est déjà à l'idée de libre administration qu'il fait référence, c'est-à-dire à l'exercice autonome ou décentralisé d'une compétence dans le respect de la loi : « limité ainsi dans son pouvoir général de décision par le texte qui l'a établi, le conseil municipal ne saurait l'exercer, en outre, qu'en se pliant à l'observation régulière des formes établies par la loi ». L. Béquet, *Traité de la Commune*, Paul Dupont, Paris 1888, n°s 952 et 959 p. 1167 et 117

⁴⁵⁶ V. ainsi : Cons.const., déc. n° 85-196 DC du 8 août 1985, *Evolution de la Nouvelle-Calédonie* : Rec. CC, p. 31 ; obs. Favoreu, RDP 1986, p. 395 ; note L. Hamon, AJDA 1985, p. 609 ; note F. Luchaire Dalloz 1986, p. 45 et CC, n° 98-407 DC du 14 janvier 1999, *Mode d'élection des conseils régionaux* : Rec. CC, p. 21 ; obs. Schoettl, AJDA 1999, p. 149 ; obs. Zarka, JCP A 1999, p. 449

« conseils élus »⁴⁵⁷. Il apparaît donc que ce qui fonde l'identité juridique des collectivités territoriales c'est avant tout la garantie de libre administration telle qu'elle figure à l'article 72 de la Constitution. Si l'existence d'une clause générale de compétence est de nature à renforcer la libre administration des collectivités territoriales, elle ne saurait être, à elle seule, un élément déterminant de définition de l'identité des collectivités territoriales. Ainsi, la définition des affaires locales n'est pas tributaire de la seule présence d'une clause générale de compétence⁴⁵⁸ depuis l'avènement la répartition par « blocs de compétences »⁴⁵⁹, quand bien même cette technique de répartition des compétences par énumération a pu être considérée par certains auteurs comme l'annihilation de l'idée même de « clause générale de compétence »⁴⁶⁰.

Il n'en demeure pas moins que l'initiative des collectivités, c'est-à-dire leur faculté de se saisir d'une question, réside dans la notion d'affaire locale. Or pour qu'il existe une affaire « locale », il est nécessaire qu'elle se rattache à la compétence de la collectivité qui est déterminée soit par l'existence d'une clause générale de compétence ou bien dans l'existence de compétences énumérées par la loi. Il faut évoquer une thèse intéressante soutenue par MM. Auby et Mme Noguellou dans leur ouvrage qui considèrent que « l'objet des collectivités locales est général ou plus exactement qu'il est tout entier défini par l'élément territorial : tout entier défini par l'intérêt public tel qu'on peut le cerner à l'échelon territorial où se situe la collectivité considérée. (...) Seulement sur les matières qui composent cet objet général, les *compétences* dont disposent les collectivités locales sont extrêmement variables »⁴⁶¹. Ainsi, il faut se référer à la

⁴⁵⁷ V. par exemple : B. Faure, *Droit des collectivités territoriales*, op.cit., p. 31-33, spéc. n° 26 et 27

⁴⁵⁸ « Les matières pour lesquelles des compétences sont attribuées aux autorités locales – les « affaires locales » – sont définies par deux sortes de textes : d'une part, des dispositions particulières, précisant pour un objet déterminé, qui figurent aussi bien dans les codes, notamment le Code général des collectivités locales, que dans diverses lois ; d'autre part, depuis 1884, des articles repris par les codes successifs concernant l'administration locale, posant en principe général, pour chaque collectivité, que son assemblée « règle par ses délibérations » les affaires de celle-ci – c'est ce que l'on appelle la « clause générale de compétence » ». F-P. Benoit, *L'évolution des affaires locales : de la décentralisation des autorités à la décentralisation des compétences* in Mélanges Douence, *La profondeur du droit local*, Dalloz 2006, p. 23.

⁴⁵⁹ V. ainsi : lois n° 83-8 du 7 janvier 1983 et 83-663 du 22 juillet 1983. M. Pontier considère que « les affirmations sur l'existence de blocs de compétences dans la loi de 1983 sont erronées, ceux qui les énoncent ont oublié les termes de cette loi ou font une interprétation *contra legem* : la loi déclare que les compétences seront exercées *autant que possible* en respectant. Une telle formulation est une négation des blocs de compétences ou un aveu de l'impuissance à les réaliser » J-M Pontier, *Nouvelles observations sur la clause générale de compétence*, in Mélanges Douence, op.cit., p. 375

⁴⁶⁰ V. ainsi sur la thèse de la caducité de la clause de compétence générale des collectivités territoriales : J. Chapuisat, *Commentaire de la loi du 7 janvier 1983*, AJDA 1983, p. 81 ; M. Fromont, *La nouvelle répartition des compétences entre l'Etat, les régions et les départements en France*, RISA 1987, p. 599 ; P. Bernard, *Les relations contractuelles entre collectivités publiques : les affaires mixtes ou l'œuvre commune*, AJDA 1990, p. 131 ; C. Houteer, *Collectivités locales, collectivités à vocation spécialisée ?* in *Révolution et décentralisation*, Economica 1982, p. 97.

⁴⁶¹ J-B. Auby, J-F. Auby et R. Noguellou, *Droit des collectivités locales*, op.cit., p. 217

compétence personnelle de l'organe en cause, que cette compétence personnelle se fonde sur une clause générale ou attributive de compétence. Il importe simplement que l'exercice de cette compétence soit « effectif », peu importe qu'il repose sur l'une ou sur l'autre⁴⁶². Il faut ajouter, enfin, que la reconnaissance par la révision constitutionnelle du 27 mars 2003 de ce qu'il est convenu d'appeler « principe de subsidiarité » est également de nature à fonder l'intervention des collectivités territoriales, ce de manière plus large que la clause générale de compétence⁴⁶³ puisqu'il concerne tant les relations Etat-collectivités territoriales que les relations entre collectivités. Il est ainsi permis d'avancer que l'identité juridique des collectivités territoriales est fondée tant sur le principe de libre-administration que sur celui de subsidiarité, dans la mesure où ils sont la garantie de l'autonomie « locale » qu'est l'essence même de la décentralisation en droit public français.

Ces développements permettent d'éclairer la décision du Conseil constitutionnel en date du 9 décembre 2010⁴⁶⁴. Celui-ci, considère que les dispositions de l'article 48 de la loi du 10 août 1871 « (...) n'ont eu ni pour objet ni pour effet de créer une « clause générale » rendant le département compétent pour traiter de toute affaire ayant un lien avec son territoire ; que, par suite, elle ne saurait avoir donné naissance à un principe fondamental reconnu par les lois de la République garantissant une telle compétence »⁴⁶⁵. La conception que donne le Conseil constitutionnel de la clause générale de compétence est étonnante puisqu'elle repose sur la notion de « territoire » : la clause de générale de « compétence » s'entendrait ainsi *rationae loci* alors même que cette compétence s'entend davantage *rationae materiae*⁴⁶⁶, c'est-à-dire, ici, en relation avec la notion d'intérêt local dont la collectivité a la sauvegarde et qui est susceptible de dépasser le strict cadre du territoire. La décision du Conseil constitutionnel développe ainsi un nouvel aspect de la territorialisation du droit⁴⁶⁷.

⁴⁶² On peut citer à cet égard l'exemple de la construction jurisprudentielle relative à la création des services publics locaux reposant principalement sur le décret-loi du 5 novembre 1926 : v. titre 1, chapitre 1, section 2

⁴⁶³ V. ainsi J-M Pontier, *Nouvelles observations sur la clause générale de compétence*, in Mélanges Douence, *op.cit.*, p. 389

⁴⁶⁴ Cons.const., déc. n° 2010-618DC du 9 décembre 2010, *Loi de réforme des collectivités territoriales* ; M. Verpeaux, *Les ambiguïtés entretenues du droit constitutionnel des collectivités territoriales*, AJDA 2011, p. 99 ; R. Bousta, *Les sages choisissent la prudence*, LPA 2011, n° 14, p. 5 ; G. Marcou, *Le Conseil constitutionnel et la réforme des collectivités territoriales*, AJDA 2011, p. 129 ; M-C Rouault, *La loi de réforme des collectivités territoriales au crible du Conseil constitutionnel*, JCP A 2001, n° 2, p. 16 ; J-M. Pontier, *Requiem pour une clause générale de compétence*, La semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales, 2010, n°2 p. 47.

⁴⁶⁵ Cons. 53

⁴⁶⁶ J-M. Pontier, *Requiem pour une clause générale de compétence ?* JCP A n° 2, 10 janvier 2011, n° 2015

⁴⁶⁷ V. ainsi : J-B. Auby, *Réflexions sur la territorialisation du droit* in Mélanges en l'honneur de J-C. Douence, *La profondeur du droit local*, Dalloz 2006, p. 1

Cette dernière hésitation permet ainsi de mettre en lumière le fait que la clause générale de compétence ne soit pas en elle-même un principe juridique⁴⁶⁸ : elle ne prend corps qu'à travers l'existence de notions juridiques telles celle « d'affaires locales » ou « d'intérêt local » ou encore de « principe de subsidiarité ». C'est sur ce dernier que semble reposer le raisonnement du Conseil constitutionnel lorsqu'il énonce « que les dispositions critiquées permettent au conseil général ou au conseil régional, par délibération spécialement motivée, de se saisir respectivement de tout objet d'intérêt départemental ou régional pour lequel la loi n'a donné compétence à aucune autre personne publique ; que, par suite, doit être écarté le grief tiré de ce que les dispositions critiquées seraient contraires au principe de libre administration des collectivités territoriales ; que n'est pas non plus méconnu le deuxième alinéa de l'article 72 de la Constitution qui dispose que ces dernières « ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon » »⁴⁶⁹. Il faut donc considérer que la possibilité ouverte au département et à la région de se saisir de « tout objet d'intérêt départemental ou régional pour lequel la loi n'a donné compétence à aucune autre personne publique » répond aux exigences de l'article 72 de la Constitution dans la mesure où elle garantit l'application du principe de subsidiarité. On peut légitimement s'interroger sur la portée réelle de cette disposition qui ne devrait jouer que dans des cas limités⁴⁷⁰. On peut néanmoins être fondé à considérer, dorénavant, que le principe de subsidiarité apparaît comme la forme « juridicisée » de la clause générale de compétence. Il n'en demeure pas moins que celle-ci ne peut plus être retenue comme critère juridique d'identification de la collectivité territoriale. Cela, d'autant plus à l'heure où la contractualisation permet de dépasser ce débat.

⁴⁶⁸ V. en ce sens F-P. Benoît, *L'évolution des affaires locales : de la décentralisation des autorités à la décentralisation des compétences* in Mélanges Douence, *op.cit.* p. 30 et J-M. Pontier, *Requiem pour une clause générale de compétence ?*, *op.cit.*

⁴⁶⁹ Cons. 54

⁴⁷⁰ « Certes, le législateur laisse aux départements et aux régions la possibilité « de se saisir en outre de tout objet d'intérêt départemental [régional] pour lequel la loi n'a donné compétence à aucune autre personne publique » (articles L. 3211-1, alinéa 2 et L. 4433-1, alinéa 2 du CGCT). Mais cette faculté n'est pas pour autant assimilable à la clause générale de compétence, telle que le juge administratif l'a définie. Ce dernier n'interdit en effet aux collectivités territoriales d'intervenir dans des domaines de compétences relevant d'autres collectivités que si cette compétence est réservée expressément à ces dernières par le législateur. Or le pouvoir reconnu par la loi du 16 décembre 2010 aux départements et aux régions ne devrait jouer que dans des cas exceptionnels correspondant à des compétences non prévues par la loi, et par voie de conséquence, attribuées à aucune autre personne publique » L. Janicot, *Les collectivités territoriales, une définition doctrinale menacée ?*, article précité

2. Le renouvellement du débat relatif à la clause générale de compétence par la contractualisation

La démarche intellectuelle induite par la contractualisation ainsi que les procédures qui sont mises en œuvre rendent caduque le sempiternel débat sur le rôle et la place de la clause générale de compétence.

Ainsi, le fil d'ariane des « grandes » lois de décentralisation demeure le transfert croissant et de plus en plus conséquent de compétences initialement exercés par les services de l'Etat. Il pourrait s'agir là d'une lapalissade si cette évolution de la décentralisation n'aboutissait pas à un constat simple d'apparence : l'Etat ne peut plus gérer à lui seul l'ensemble des secteurs de la vie publique.

La contractualisation apparaît ainsi comme un instrument de conciliation entre deux volontés antagonistes. Ainsi, il s'agit d'un compromis pour l'Etat qui ne peut *matériellement* plus assumer la charge de certains secteurs tout en souhaitant parallèlement continuer de veiller sur leur fonctionnement et leur organisation. Il apparaît ainsi que, sous des vocables moins larges et généreux de « bonne gouvernance », « bonne administration », « new deal territorial », la contractualisation territoriale apparaît comme la dernière solution d'un Etat-nation à bout de souffle qui, tout en ne pouvant plus assumer le rôle de premier plan, tient à en garder les apparences par le contrôle qu'il exerce sur l'exercice des compétences transférées. Certes, les collectivités trouvent un avantage dans la contractualisation par son apparence consensuelle et donc par la possibilité de négocier non pas le fond de la norme mais son application. Encore faut-il que cette possibilité de négociation soit bel et bien effective.

Il n'en demeure pas moins que ce phénomène de mutation de l'action publique par la contractualisation reste profondément juridique et, partant, saisi par le droit. C'est sans doute ce qui en fait la force si l'on se place du point de vue du discours politique mais c'est également ce qui en fait la faiblesse conceptuelle si l'on se situe, cette fois, du point de vue du juriste. Il y a ainsi une exigence juridique qui pèse sur l'Etat dans la mesure où c'est « par le contrat, il faudrait dire par le maillage contractuel, que le

Centre va devoir assurer la cohérence juridique de l'action publique au regard des exigences constitutionnelles propres à une République décentralisée mais unitaire »⁴⁷¹.

Dans cette optique et sous l'angle de la compétence contractuelle, la contractualisation des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales donne une nouvelle clé de lecture, particulièrement sur la place et le rôle de la fameuse « clause générale de compétence ».

En premier lieu, la contractualisation ne naît pas de la clause générale de compétence : elle est jusqu'à présent issue du transfert de compétences énumérées par la loi. On peut ainsi avancer, que la notion de clause générale de compétence est, *a priori*, exclusive de l'idée même de contractualisation dans la mesure où elles apparaissent antinomiques. Dès lors, la contractualisation ne saurait apparaître que dans trois situations-types : la première concerne des relations bilatérales entre l'Etat et une collectivité territoriale, la seconde des relations multilatérales entre l'Etat et plusieurs collectivités territoriales, la troisième des relations bi ou multilatérales entre deux ou plusieurs collectivités territoriales. Cette troisième et dernière hypothèse étant toutefois exclue du champ de cette étude. Néanmoins, on ne saurait voir apparaître de contractualisation dans le cas où la clause générale de compétence s'applique, c'est-à-dire uniquement aujourd'hui à l'échelle de la commune.

En second lieu, l'apport de la contractualisation réside dans l'importance nouvelle donnée à l'identification des règles de forme, telles qu'elles ont été précédemment définies, à côté de la détermination des règles de fond dans l'identification de la compétence contractuelle d'un organe. Ainsi les conditions de mises en œuvre des compétences déterminent autant leur exercice « effectif », pour reprendre les termes de la jurisprudence constitutionnelle, que la détermination des règles de fond qui en constituent le socle.

⁴⁷¹ J. Caillosse, *Questions sur l'identité juridique de la « gouvernance »* in R. Pasquier, V. Simoulin et J. Weisbein (dir.), *La gouvernance territoriale : pratiques, discours et théories*, LGDJ 2007, p. 56

Cette évolution des rapports Etat-collectivités territoriales conduit à transformer considérablement la conception de la compétence contractuelle des collectivités territoriales : la contractualisation la bouleverse en profondeur.

B. La transformation par la contractualisation de la détermination de la compétence contractuelle des collectivités territoriales

« Les lois de décentralisation ont modifié de façon substantielle les rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales. Elles ont en effet posé des principes destinés à organiser des rapports qui ne soient plus fondés sur la tutelle mais sur une collaboration mutuellement désirée »⁴⁷². Cette « collaboration » trouve deux traductions juridiques : la première réside dans le développement de structures institutionnelles de coopération entre l'Etat et les collectivités territoriales, la seconde dans l'essor de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales⁴⁷³. Dans les deux cas, ces deux mouvements contribuent à entretenir le flou dans le paysage juridique de la répartition des compétences entre collectivités territoriales. L'identification de l'organe compétent devient ainsi plus complexe non pas tant sur le fond que sur les conditions de son intervention. La contractualisation a ainsi pour effet, d'une part, de transformer radicalement la manière d'être des différents acteurs et les relations qui en découlent et, d'autre part, de créer des difficultés supplémentaires dans l'identification des compétences dévolues aux différentes collectivités.

Ces difficultés tiennent, en premier, à l'essence même de la contractualisation qui modifie en profondeur la logique juridique qui sous-tend la décentralisation française

⁴⁷² J-B. Auby, J-F. Auby, R. Noguellou, *Droit des collectivités locales*, PUF thémis 2009, 5^e éd. p. 331

⁴⁷³ « Bien que cela soit rare, il arrive que l'Etat et des collectivités territoriales se trouvent appartenir conjointement à des structures de coopération ayant la personnalité morale. C'est le cas dans certains établissements publics d'aménagements et établissements publics fonciers. L'Etat se réserve dans ces hypothèses la direction de l'institution. Il arrive aussi, et de plus en

(1). Ainsi la conséquence principale de cette transformation aboutit au passage d'une logique « égalitaire » à une logique fondée sur l'équité. Toutefois cette logique « égalitaire » ne concerne pas dans son essence la relation Etat-collectivité territoriale qui demeure dyssymétrique mais la manière dont les collectivités territoriales doivent être juridiquement traitées par l'Etat (2).

1. Une évolution dans la logique française de décentralisation et de détermination des compétences

La décentralisation se conçoit, en France, comme un processus juridique de transfert de compétences de l'Etat vers des organes distincts de lui et qui sont dotés de la personnalité morale de droit public. L'instrument de la décentralisation territoriale est depuis l'avènement de la République en France la loi. Cette situation a été solennellement consacrée tant par la Constitution du 27 octobre 1946 et que celle du 4 octobre 1958⁴⁷⁴. Si la relation entre l'Etat et les collectivités territoriale demeure juridiquement dyssymétrique dans la mesure où les collectivités territoriales conservent un lien de subordination vis-à-vis de l'Etat, l'instrument de la décentralisation – la loi – restait le même et l'unique. La volonté, issue de la Révolution française, pour l'Etat d'imposer un statut unique aux collectivités territoriales repose d'une part sur la nécessaire subordination des secondes au premier par la création de structures-types identiques et d'autre part sur l'idéal d'égalité républicaine même si la traduction juridique de cet « idéal » n'a été que très progressivement effective tout au long du XIXe siècle⁴⁷⁵. Il n'en demeure pas moins que cet « idéal » est, en pratique, loin d'être atteint et la crise de confiance qui touche l'Etat a pour conséquence un net recul des

plus souvent, que l'Etat et les collectivités territoriales coopèrent sur une base contractuelle » J-B. Auby, J-F. Auby, R. Noguellou, *op.cit.*, p. 333

⁴⁷⁴ Article 73 de la Constitution du 27 octobre 1946 : « Le régime législatif des départements d'outre-mer est le même que celui des départements métropolitains, sauf exceptions déterminées par la loi » ; Article 72 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « Les collectivités territoriales de la République sont les communes, les départements, les régions, les collectivités à statut particulier et les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74. Toute autre collectivité territoriale est créée par la loi, le cas échéant en lieu et place d'une ou de plusieurs collectivités mentionnées au présent alinéa. (...) Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences »

⁴⁷⁵ V. sur ce point les travaux de Mme Gorge, *Le principe d'égalité entre les collectivités territoriales*, Dalloz 2011, spéc. pp. 88 à 104

procédés traditionnels de réglementation (au sens large) au profit de modes alternatifs plus souples (régulation *lato sensu*⁴⁷⁶).

Si la loi détermine toujours le fond du droit applicable (ou le « fond » de la compétence), elle laisse dorénavant une part considérable au contrat dans la détermination des règles de mise en œuvre des compétences (ou règles de « forme ») conférées aux collectivités territoriales⁴⁷⁷. Les collectivités territoriales sont les premières à plaider pour une plus grande flexibilité de la norme qui apparaît « inadaptée » à la diversité des situations locales. Dans cette optique, M. le sénateur Belot⁴⁷⁸ propose-t-il de « dresser l'inventaire des domaines dans lesquels la normalisation pourrait prendre, dans le respect de la loi et sur la base d'un texte, la forme d'accords entre les différentes parties prenantes » Présenté comme un outil de « ôblage »⁴⁷⁹, la convention « loin de méconnaître le principe d'égalité constitue un moyen d'en assurer la mise en œuvre »⁴⁸⁰ dans la mesure où elle permet de traiter juridiquement des personnes se trouvant dans des situations différentes selon la jurisprudence classique du Conseil constitutionnel⁴⁸¹. Certains peuvent célébrer une application du droit qui répondrait – enfin – aux spécificités locales. Le législateur ne l'ignore d'ailleurs pas dans la mesure où l'expérimentation, prévue par l'article 72 de la Constitution, le permet déjà dans une certaine mesure. Il faut ajouter que l'expérimentation elle-même, une fois prévue dans son principe, fait le plus souvent l'objet de conventions pour en assurer la mise en œuvre⁴⁸².

La place croissante qu'occupe le contrat dans l'organisation des modalités de répartition des compétences est susceptible, à terme, de mettre en doute le maintien d'une égalité

⁴⁷⁶ V. sur ce point la thèse de Mme Calandri, *Recherches sur la notion de régulation en droit administratif français* LGDJ 2008 et spéc. p. 59 et s.

⁴⁷⁷ Ainsi, l'article 8 de la loi du 7 janvier 1983 et l'article 104. III de la loi du 13 août 2004 prévoient-ils la conclusion de conventions pour organiser les transferts de compétences de l'Etat vers les collectivités territoriales

⁴⁷⁸ Rapport d'information fait au nom de la délégation aux collectivités territoriales et à la décentralisation sur les normes applicables aux collectivités territoriales, p. 29 <http://www.senat.fr/rap/r10-317/r10-3171.pdf>

⁴⁷⁹ Rapport du Conseil d'Etat pour 2008, *Le contrat mode d'action publique et de production de normes*, La documentation française 2008, p. 204, n° 12.1.6

⁴⁸⁰ Cons.const., déc. n° 94-358DC du 26 janvier 1995, *Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire*, Rec CC. 183, cons.29 ; LPA 1995, n° 126, p. 8 note Mathieu et Verpeaux ; D. Rousseau, *Les principes de libre administration locale et d'égalité à l'épreuve de l'aménagement du territoire*, RFDA 1995, p. 876 ; Y. Madiot, *Vers une territorialisation du droit ?*, RFDA 1995, p. 946 ;

⁴⁸¹ V. ainsi pour une application récente : Cons.const., déc. n° 2010-88QPC du 21 janvier 2011, cons. 3 : « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit »

juridique de traitement entre collectivités de même rang même si, pour le moment, cette situation est conforme à l'interprétation traditionnelle faite par la juge constitutionnel du principe d'égalité. Les collectivités territoriales militent dans le sens d'une logique d'équité et non plus d'égalité juridique : elles considèrent que c'est à ce prix que les disparités locales pourraient être gommées. Ces considérations ne permettent pas de déterminer si la contractualisation est le meilleur remède, d'une part, à l'enchevêtrement des compétences si souvent dénoncé et d'autre part à assurer l'égalité juridique de traitement entre collectivités de même rang. Ainsi, la solution première serait davantage de limiter la frénésie du législateur en matière de droit des collectivités territoriales par un mouvement de rationalisation de la norme (tant législative que réglementaire) : ce mouvement est d'ores et déjà lancé avec l'introduction systématique depuis la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 d'une étude d'impact accompagnant tout projet ou proposition de loi.

L'introduction du contrat dans l'organisation de la répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités territoriale pourrait, à terme, changer juridiquement les rapports qu'ils entretiennent. La négociation des contrats dont s'agit est menée concrètement par le préfet⁴⁸³ qui se voit dès lors doté d'un pouvoir non négligeable dans la détermination des conditions selon lesquelles le transfert de compétences intervient. Il n'en demeure pas moins que la contractualisation territoriale postule le passage d'une logique égalitaire à une logique d'équité.

2. La contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales implique le passage d'une logique « égalitaire » à une logique « d'équité »

La contractualisation implique ainsi le passage d'une logique égalitaire où la norme est appliquée de manière uniforme à l'ensemble des sujets de droit à une logique plus casuistique où les conditions de mise en œuvre de la norme vont être fixées individuellement. Il s'agit là d'une revendication ancienne des collectivités territoriales

⁴⁸² Les lois du 27 février 2002 et du 13 août 2004 qui autorisent, à titre expérimental, le transfert de compétences de l'Etat vers les collectivités territoriales prévoient l'intervention de conventions afin de les encadrer.

qui considèrent que l'égalité juridique conduit à une uniformité de traitement qui, au final, renforce les inégalités.

La volonté des collectivités est d'aboutir à une application du droit qui leur ressemble, c'est-à-dire qui réponde à leurs besoins⁴⁸⁴ : c'est en ce sens que se prononcent les différents rapports parlementaires sur la question de la simplification du droit applicable aux collectivités territoriales. Ainsi M. le sénateur Belot soulignait-il que : « [les normes] frappent aussi les organes vitaux de la démocratie : le droit, ravagé dans sa crédibilité et son autorité ; la sécurité juridique, victime directe d'une frénésie textuelle devenue chronique ; et, surtout, l'élu local, au pire infantilisé, au mieux fonctionnarisé : la norme décide pour lui ; il n'a plus qu'à faire ou à ne pas faire, selon ce qu'aura prescrit une autorité souvent éloignée des réalités du terrain. Engagé dans la vie publique pour servir ses concitoyens et l'intérêt général, il devient l'otage – d'aucuns diront l'esclave – d'une nouvelle forme de jacobinisme : le centralisme normatif, qui transforme l'élu en administrateur, substitue l'expertise technique à la légitimité des urnes et change la gestion par l'action en gestion par l'intendance »⁴⁸⁵. Egalement, M. le sénateur Doligé aspire à « une évolution du mode de gouvernance, afin que les problèmes quotidiens que rencontrent les collectivités locales dans l'application des normes soient durablement pris en compte et qu'un dialogue équilibré s'installe entre l'échelon central et local »⁴⁸⁶.

La contractualisation est ainsi susceptible d'apparaître comme une réponse possible aux difficultés d'adaptation du droit au territoire dans la mesure où elle permet une souplesse dans l'application des normes où « dans une sorte de contexte de relativité juridique, autorités locales et d'Etat en viennent par les développement des contrats qui les lient, à se parler comme des sujets de droit investis de prérogatives juridiques distinctes, là où l'univers administratif ancien appelait plutôt les premières à communier

⁴⁸³ Ainsi la loi du 2 mars 1982 prévoyait-elle l'intervention du préfet afin de négocier au nom de l'Etat les contrats relatifs aux modalités d'organisation des compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales.

⁴⁸⁴ V. ainsi S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz 2008 et en particulier les contributions de MM. J. Caillosse, *L'adoption de la loi : négociation et délibération*, p. 133 et R. Cabrillac, *La réception de la loi : consentement ou adhésion ?*, p. 153

⁴⁸⁵ Rapport d'information fait au nom de la délégation aux collectivités territoriales et à la décentralisation sur les normes applicables aux collectivités territoriales, op.cit., p.1

⁴⁸⁶ E. Doligé, *La simplification des normes applicables aux collectivités locales*, Mission parlementaire, http://www.inventaire.culture.gouv.fr/pdf_actu/rapport_dolige.pdf

dans un intérêt général, défini par les secondes, et qui ne pouvait pas les opposer »⁴⁸⁷. D'un point de vue de science administrative, il s'agit là tout d'abord d'un changement majeur dans la « gouvernance » des collectivités avec la prise en compte d'une nouvelle forme de décentralisation marquée « par l'importance que prennent dans les textes et dans le commentaire des juristes, certains usages lexicaux : négociation, collaboration, concours, partenariat, cogestion, co-administration, co-décision, co-responsabilité, etc..., partout où il est question de décrire le système des relations qu'entretiennent dans les territoires nouvellement décentralisées représentants de l'Etat et élus locaux pour mettre en œuvre l'action publique »⁴⁸⁸. D'un point de vue strictement juridique, cette fois, la contractualisation laisse perplexe dans la mesure où elle n'offre ni une clef de lecture unique de l'action publique ni ne permet d'obtenir une vision d'ensemble uniforme des collectivités territoriales.

Partant, la contractualisation territoriale oblige à réfléchir sur la manière dont l'égalité est assurée sur l'ensemble du territoire national dans le cadre de la décentralisation. Il faut y voir un passage de l'égalité dans la décentralisation, reposant sur l'uniformité juridique de la loi, à l'égalité par la décentralisation où la contractualisation territoriale postule un droit de la différenciation censé mieux assurer l'égalité entre les territoires. Ce droit à la différenciation est exprimé par le concept de territorialisation qui doit nécessairement être articulé avec le principe d'égalité. A l'occasion d'un avis rendu par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat (section des finances) relativement à une demande du ministre de l'intérieur tendant à transférer la collectivité territoriale de Corse la compétence relative aux droits de mutation à titre gratuit, le Conseil d'Etat rappelle que « le maintien, par le législateur, jusqu'au 31 décembre 2017, d'un régime favorable en matière de droits de succession pour les biens et droits immobiliers situés en Corse n'avait été admis, au regard du principe constitutionnel d'égalité devant l'impôt, qu'afin de permettre le retour, par étape, au régime de droit commun et d'inciter à la reconstitution de titres de propriété dont l'absence est fréquente en Corse. Or aucun des éléments recueillis à l'occasion de la présente demande d'avis n'indique que la territorialisation des droits de mutation à titre gratuit des biens et droits immobiliers situés en Corse serait de nature à remédier à ces difficultés. Par ailleurs, aucune circonstance ou contrainte nouvelle depuis 2002, ni aucun nouvel objectif d'intérêt général de

⁴⁸⁷ J-M Auby, *La décentralisation et le droit*, LGDJ 2004, p. 37

⁴⁸⁸ J. Caillousse, *Les « mises en scène » juridiques de la décentralisation, sur la question du territoire en droit public français*, op.cit., p. 69

nature à justifier un traitement différencié des biens et droits immobiliers situés en Corse, ne ressortent des pièces soumises au Conseil d'Etat »⁴⁸⁹.

Si d'aucuns critiquent, souvent à raison, une vision trop uniforme du droit appliqué aux collectivités territoriales le développement de la contractualisation territoriale pose un certain nombre de défis dans la mesure où il induit, dans une large mesure, un procédé sélectif et donc potentiellement discriminatoire car non plus fondé sur l'égalité mais sur l'équité. Il est possible d'y voir, à terme, un risque de concurrence entre collectivités territoriales de même rang – qui existe déjà entre collectivités de rang différent – et une « course à la contractualisation ». Néanmoins, l'évolution de la conception du principe d'égalité appliqué aux collectivités territoriales est en marche dans la mesure où le Conseil constitutionnel considère que la variation des règles locales, d'une collectivité à une autre, n'est pas constitutive d'une rupture d'égalité⁴⁹⁰.

Traditionnellement, la compétence contractuelle se comprend à la fois des éléments de fond applicables (la détermination des règles fondant la compétence) et des éléments de forme (la détermination des règles encadrant la compétence). Qu'il s'agisse des rapports Etat-collectivités territoriales ou des rapports entre collectivités territoriales, dans un nombre croissant d'hypothèses, bien souvent la loi ne contient plus que les éléments de fond applicables et ne détermine plus la « forme » qu'elle laisse à la convention.

L'avènement d'une contractualisation territoriale diffuse suppose également une complexification croissante du droit. En effet : il ne suffira plus d'identifier le texte attribuant telle compétence à telle collectivité, il faudra également – avec la contractualisation – vérifier la convention qui organise la mise en œuvre de ces compétences. Par conséquent, si la loi vient fixer les grands principes de la répartition des compétences, il faut désormais compter sur la convention pour connaître les modalités d'application de la loi.

⁴⁸⁹ CE, avis, 9 février 2012, *Transfert à la collectivité territoriale de Corse de la compétence relative aux droits de mutation à titre gratuit*, avis n° 386.093 disponible sur : http://www.conseil-etat.fr/media/document/avis/avis_386093.pdf

⁴⁹⁰ Cons.const., déc. n° 2012-238 QPC du 20 avril 2012, *SA Paris-Saint-Germain football*, Rec. CC, p. 214 ; LPA 2012, n° 205, p. 5 note Tessier

CONCLUSION DU TITRE 2

La contractualisation territoriale doit être aujourd'hui appréciée comme un nouvel instrument de la décentralisation territoriale qui ne doit pas être confondu avec le contrat.

Même si la contractualisation repose sur une idéologie contractuelle et largement sur le principe de l'accord de volontés, elle est mise en œuvre par une grande diversité d'instruments dont la nature juridique diffère profondément : d'instruments à portée impérative comme les contrats administratifs aux instruments à portée essentiellement directive comme le sont les conventions d'administration.

L'étude de la contractualisation territoriale conduit ainsi à réexaminer l'ensemble des catégories traditionnelles du droit administratif afin d'identifier la nature juridique des instruments qui sont aujourd'hui mis en œuvre. Leur caractère hétéroclite ne doit pas occulter le fait qu'ils participent tous d'un même mouvement. Précisément, ce caractère hétéroclite est également l'opportunité d'étendre les domaines de la contractualisation en faisant tomber un certain nombre de prohibitions traditionnelles ou en les atténuant dans une large mesure.

La contractualisation territoriale est encadrée par le statut constitutionnel des collectivités territoriales et par la structure unitaire de l'Etat de droit. Le droit à la contractualisation qu'elle ouvre au profit des collectivités territoriales est ainsi totalement tributaire du principe de liberté contractuelle des collectivités territoriales, lui-même rattaché au principe-cadre qu'est la libre administration des collectivités territoriales. La contractualisation territoriale s'affiche ainsi comme une faculté ou une appétence pour les collectivités territoriales à nouer avec l'Etat un certain nombre de relations par le truchement de la contractualisation.

Il faut donc y voir une volonté profonde de dépasser le cadre strict de la relation de contrôle, héritée de la relation de tutelle administrative. Toutefois, cette volonté doit être tempérée dans son principe par le respect des prérogatives étatiques et par le caractère unitaire de l'Etat.

La contractualisation territoriale apparaît ainsi comme la dernière mutation de la décentralisation administrative qui tente de s'adapter au contexte économique, juridique et social de l'Etat. Il ne faut donc pas demander à la contractualisation davantage que ce qu'elle peut offrir, en tout cas du point de vue des principes sur lesquels elle repose. En aucun cas la contractualisation ne peut donc substituer à la logique décentralisatrice une logique fédéraliste.

Le changement induit par la contractualisation territoriale aboutit à concevoir la décentralisation territoriale non plus selon une logique d'égalité juridique de traitement entre collectivités territoriales mais selon une logique d'équité de traitement. La relation Etat-collectivités territoriales en est évidemment affectée. En effet : la contractualisation suppose un traitement différencié au cas par cas qui est aujourd'hui une profonde revendication des collectivités territoriales. Le passage d'une logique d'égalité juridique à une logique d'équité présente néanmoins un certain nombre de transformations, notamment eu égard à l'application uniforme de la loi sur l'ensemble du territoire qui était déjà affectée par l'expérimentation législative.

La contractualisation territoriale apparaît alors comme le symptôme d'une mutation profonde de l'Etat qui ne peut assumer seul la coordination des politiques publiques. La contractualisation territoriale permet de porter une organisation beaucoup plus souple, plus consensuelle et donnant une plus grande place aux collectivités territoriales. Pour autant, les conséquences pratiques de la contractualisation ne semblent pas être convenablement mesurées. Le principe de la contractualisation semble être un acquis, à la fois pour des raisons matérielles et des raisons juridiques. Cependant, c'est le choc de la réalité qui permettra de savoir si cette transformation des rapports entre l'Etat et les collectivités territoriale est en définitive un succès ou un échec.

*

Conclusion de la Première partie

L'institutionnalisation de l'emploi de techniques contractuelles dans le cadre de la relation Etat-collectivités territoriales aboutit à créer un véritablement mouvement de contractualisation qui transforme la relation Etat-collectivités territoriales.

Pourtant cette évolution n'est pas une révolution dans la mesure où la contractualisation territoriale ne peut qu'être conforme aux principes de la décentralisation administrative française. Dès lors, l'institutionnalisation de relations par « contrat » ne saurait avoir ni pour objet ni pour effet de faire évoluer la relation Etat-collectivités territoriales vers une structure fédérale.

En revanche, la contractualisation territoriale est en mesure de bouleverser la conception traditionnelle de la décentralisation. Il faut donc lui reconnaître une véritable spécificité faisant d'elle un phénomène juridique dont les principes se trouvent fixés par le statut constitutionnel des collectivités territoriales.

Il n'est donc pas possible de considérer que la contractualisation territoriale soit identique à d'autres mouvements de contractualisation qui se développent parallèlement dans l'administration française. La contractualisation territoriale fait l'objet d'une reconnaissance par le juge constitutionnel de manière aussi bien directe qu'indirecte. Elle est aujourd'hui un phénomène juridiquement intégré au sein de la décentralisation territoriale française.

Le principe de la contractualisation territoriale suppose l'établissement de relations partenariales entre l'Etat et les collectivités territoriales avec pour objectif final la constitution d'un véritable partenariat. Ce partenariat concerne d'abord et avant tout l'Etat et les collectivités territoriales dans la mesure où ils constituent tous deux les acteurs incontournables des territoires.

Il n'en demeure pas moins que la contractualisation territoriale, si elle s'inscrit dans le contexte de la décentralisation, s'inscrit également dans un contexte de globalisation où non seulement les sources juridiques sont en mutation mais également les acteurs publics.

Le droit de l'Union européenne concourt ainsi, dans ce contexte de globalisation, à ouvrir la relation Etat-collectivités territoriales en s'ingérant dans ce colloque singulier. De la même manière, la problématique du financement des politiques publiques conduit à un élargissement la sphère des relations Etat-collectivités territoriales à des personnes privées par le truchement de la contractualisation. La contractualisation territoriale n'a pas pour objet de confier la gestion ou l'exécution matérielle d'une activité à une personne privée mais d'associer les personnes privées à l'élaboration et la détermination des politiques publiques. La contractualisation territoriale conduit à un décroisement de la relation Etat-collectivités territoriales.

Il faut donc considérer que la contractualisation territoriale marque une évolution profonde de la conception de l'Etat ainsi que du rôle dévolu aux personnes publiques. La globalisation qui affecte profondément la structure de l'Etat associée à l'incapacité des personnes publiques – et de l'Etat en particulier – à financer seules les politiques publiques conduit à se tourner tant vers des personnes privées que vers des techniques du droit privé.

La contractualisation territoriale tend ainsi vers une hybridation public-privé qui ne va pas de soi dans une histoire institutionnelle où la relation Etat-collectivités territoriales apparaissait comme exclusive. Il n'en demeure pas moins que la redéfinition de la figure de l'Etat sous l'impulsion de la globalisation implique de repenser cette relation Etat-collectivités territoriales selon non plus une logique « du » centre mais une logique « de » centres. Le rôle de l'Etat se voit redéfini comme celui d'un grand coordinateur de l'action publique, ce qui empêche ainsi de dire qu'il n'est qu'un acteur parmi d'autres. La contractualisation territoriale marque ainsi le pas d'un recul de la figure tutélaire de l'Etat, du moins dans son principe.

Dès lors, la contractualisation territoriale implique de changer le paradigme de la fabrique du droit des collectivités territoriales. La contractualisation territoriale brise totalement la logique « du » centre et rompt avec une conception centralisatrice du droit : elle peut ainsi, à terme, emporter les derniers vestiges du jacobinisme historique. Il ne s'agit plus pour le territoire de s'adapter au droit, il s'agit désormais pour le droit de s'adapter au territoire. La contractualisation territoriale participe ainsi de ce phénomène de territorialisation du droit qui transforme considérablement la conception du droit des collectivités territoriales. La seule limite à cette contractualisation territoriale demeure le respect des principes de l'Etat unitaire.

Le succès de l'évolution proposée par la contractualisation repose néanmoins sur l'abandon d'une conception de l'organisation administrative éminemment jacobine. Si le principe de la contractualisation territoriale apparaît tout à fait dans la droite ligne des développements de la décentralisation territoriale depuis les grands « actes » de la décentralisation, il faut néanmoins s'assurer que sa mise en œuvre soit à la hauteur des ambitions que la contractualisation territoriale porte.

*

Deuxième partie. Des effets paradoxaux : une régulation contractuelle invasive

La contractualisation des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales est volontairement affichée comme consacrant de nouvelles relations entre l'Etat et les collectivités territoriales. Cet affichage politique trouve ses limites juridiques dès lors qu'est examiné le régime juridique applicable à la contractualisation territoriale. Le constat est clair : il n'existe pas de régime juridique unique de la contractualisation territoriale. S'il existe un certain nombre de principes juridiques communs à l'ensemble des instruments de la contractualisation, la diversité de ces derniers implique nécessairement une diversité de régimes juridiques au stade de leur mise en œuvre.

Pourtant la contractualisation territoriale ne peut conduire à changer la nature de la décentralisation administrative qui évolue dans le cadre unitaire de l'Etat républicain. Ainsi, la contractualisation territoriale demeure le produit d'une évolution historique et juridique des relations Etat-collectivités territoriales dans un cadre décentralisé qui ne peut que demeurer unitaire. Dès lors, il y a une contradiction entre un certain discours politique qui présente volontiers la contractualisation territoriale comme plaçant l'Etat et les collectivités territoriales sur un plan d'égalité – ce que suppose ou établit le contrat – alors que la relation Etat-collectivités territoriales est précisément marquée par l'asymétrie inhérente au rapport de « tutelle ». Il n'est pas possible d'attendre de la contractualisation territoriale qu'elle crée une situation juridique qui aille à l'encontre des principes constitutionnels et légaux au sein desquels elle évolue. D'où un risque profond de désillusion pour les collectivités territoriales s'attendant à une révolution de leurs relations avec l'Etat par la contractualisation.

La question est alors posée quant à l'intérêt du recours au procédé contractuel dans la relation Etat-collectivités territoriales dans le cadre de la décentralisation administrative.

Une fois encore, la contractualisation territoriale n'est pas synonyme de contrat : ce n'est parce qu'elle en adopte la démarche qu'elle en adopte nécessairement les effets juridiques. Pourtant, la contractualisation territoriale repose sur un certain nombre de principes – précédemment évoqués – qui l'établissent comme un mécanisme de nouvelle gouvernance capable d'aboutir à des relations Etat-collectivités territoriales harmonieuses.

Dès lors, la contractualisation territoriale pourrait être vertueuse aussi bien pour l'Etat que pour les collectivités territoriales. Elle permettrait ainsi d'ancrer la relation Etat-collectivités territoriales dans un modèle d'organisation administrative qui soit réellement décentralisé, c'est-à-dire qui ne repose pas essentiellement sur une conception jacobine de l'Etat.

Vécue idéalement, la contractualisation territoriale permettrait de servir le principe de subsidiarité inscrit dans la Constitution à la faveur de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003. En effet : la contractualisation territoriale offrirait une dimension positive incontestable au principe de subsidiarité en assurant une mise en œuvre des compétences, au cas par cas et selon des modalités spécifiques, auprès de chaque niveau de collectivité, voire auprès de chaque collectivité.

C'est en cela que la contractualisation territoriale est un véritable défi lancé à l'Etat dans la mesure où elle suppose l'abandon d'une conception du droit appliqué aux collectivités territoriales fondé sur un prisme jacobin et centralisateur. Ce changement est consubstantiel à l'évolution de la conception de l'Etat et à la « modernisation » de celui-ci. La contractualisation territoriale est l'opportunité de donner un nouveau souffle à l'affirmation de principe figurant à l'article 1^{er} de la Constitution aux termes duquel l'organisation de la République est « décentralisée ».

Force est de constater que le poids de l'histoire et des tendances jacobines françaises pèsent lourdement sur la réalisation de la contractualisation territoriale. Ainsi, la mise en œuvre des instruments de la contractualisation par l'Etat est-elle empreinte de réminiscence de culture jacobine qui ne parvient pas à atteindre l'objectif de partenariat affiché par la contractualisation territoriale. Pire encore : la contractualisation est

détournée de son objectif pour devenir un instrument de contrôle au profit de l'Etat. Faute de devenir un véritable instrument de gouvernance entre l'Etat et les collectivités territoriales, la contractualisation territoriale s'établit paradoxalement en régulation invasive de l'activité des collectivités territoriales.

La mise en place d'une véritable régulation contractuelle des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales (Titre 1) apparaît aujourd'hui comme une gageure de la contractualisation territoriale dans la mesure où elle peine à recueillir une véritable sanction juridictionnelle. Le caractère essentiellement directif de la majorité des instruments de la contractualisation apparaît inadapté à la structure traditionnelle du contentieux administratif. Celui-ci, lorsqu'il accepte d'en connaître, n'y parvient que de manière indirecte, ce qui n'est pas satisfaisant. Même si le juge administratif s'engage dans la voie d'une plus grande prise en considération des instruments de droit souple à l'avenir⁴⁹¹, la situation contentieuse actuelle des instruments directifs de la contractualisation n'est pas satisfaisante. Tout ceci aboutit à l'échec, *de facto*, de la création d'un nouveau modèle institutionnel de relations par la contractualisation territoriale. Les interfaces de dialogue créés par la contractualisation territoriale qui devaient résoudre les difficultés rencontrées au stade de l'exécution ne remplissent pas leur rôle. Les dysfonctionnements de la contractualisation contribuent à embrouiller considérablement les relations Etat-collectivités territoriales faute de remplir l'objectif initial de clarification et de bonne gouvernance.

L'ensemble de ces dysfonctionnements contribue à alimenter l'idée d'une recentralisation rampante par la contractualisation territoriale en faisant de cette dernière un véritable instrument de contrôle au service de l'Etat (Titre 2). Cette thèse s'appuie d'abord sur la circonstance que la contractualisation territoriale est organisée comme une tutelle supplémentaire de l'Etat sur les collectivités territoriales : elle utilise les procédés et repose sur les principes du contrôle de tutelle pourtant supprimé en 1982. L'accroissement du contrôle de l'Etat par la contractualisation aboutit à accentuer le déséquilibre naturel de la relation Etat-collectivités territoriales, faute de l'atténuer. La mauvaise utilisation des techniques de droit souple de la contractualisation territoriale aboutit à une situation d'instabilité de la norme qui gêne considérablement l'exercice

des compétences des collectivités territoriales. Pourtant, des solutions existent afin de rétablir la contractualisation territoriale comme une organisation vertueuse permettant de servir tant l'intérêt de l'Etat que celui des collectivités territoriales : la mise en œuvre des correctifs juridiques nécessaires dépend tant d'évolutions jurisprudentielles que législatives.

*

⁴⁹¹ Conseil d'Etat, *Etude annuelle pour 2013 ; le droit souple*, La documentation française 2013

TITRE 1. VERS UNE REGULATION CONTRACTUELLE DES RELATIONS ENTRE L'ÉTAT ET LES COLLECTIVITES TERRITORIALES ?

La règle impose une sanction, faute de quoi elle n'est qu'une intention. Ce principe général n'est pas simple à appliquer lorsqu'il s'agit du champ spécifique de la contractualisation entre l'État et les collectivités territoriales. Par sanction juridique, il faut entendre « tout moyen destiné à assurer le respect et l'exécution effective d'un droit ou d'une obligation »⁴⁹². Celle-ci est particulièrement délicate s'agissant des instruments de la contractualisation entre l'État et les collectivités territoriales, et ce pour plusieurs raisons. Tout d'abord, l'absence de régime juridique unique de la contractualisation rend très difficile la définition d'une ligne jurisprudentielle homogène. En second lieu, le champ d'application de la sanction ne coïncide pas, et il s'agit d'une particularité au regard du contentieux général, avec le champ d'application de la contractualisation. En effet, le contentieux de la contractualisation ne se limite pas à une régulation juridictionnelle traditionnelle pour la bonne et simple raison que cette régulation fonctionne de manière très insuffisante ; des modes spécifiques de régulation en dehors du contrôle du juge se sont mis en place pour répondre aux besoins, la nature ayant horreur du vide y compris dans le domaine juridique. Pour autant qu'il s'agisse de régulation juridictionnelle ou de régulation spécifique à la contractualisation, l'effectivité de la sanction juridique reste très imparfaite.

D'aucuns auraient pu imaginer que le domaine de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales donnât lieu à un très abondant contentieux, que ce soit sur le contenu des contrats et conventions ou sur leur application. Or, de manière assez surprenante, c'est l'inverse qui s'est produit. La matière brille bien davantage par le vide par le trop-plein des décisions dans la mesure où le contentieux est particulièrement rare. Pour autant, la contractualisation ne saurait être un progrès pour les collectivités territoriales que dans la mesure où les droits et obligations qu'elle fait naître fassent

l'objet d'une sanction juridique. L'absence de contentieux pose donc très clairement la question de savoir si la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales n'est pas une véritable mystification du caractère juridiquement obligatoire de ses instruments. En effet, dès lors qu'il serait impossible d'obtenir la sanction contentieuse d'une violation des obligations, il est légitime de s'interroger sur la valeur des engagements ainsi souscrits voire même l'intérêt du recours à la formule contractuelle. Cette question de la réalité du contrôle juridictionnel est essentielle (Chapitre 1).

Mais, à partir du moment où les collectivités territoriales veulent voir dans la contractualisation un lieu de dialogue et d'engagement réciproque, le juge cesse alors d'être le seul acteur possible pour imposer les règles prédéterminées par le contrat. En effet, une des conséquences notables de la contractualisation est de mettre en place des modes spécifiques de règlement des litiges. Eu égard au caractère spécifique de la relation Etat-collectivités territoriales, la contractualisation est censée engendrer de nouveaux interfaces de dialogue entre l'Etat et les collectivités et donc, a fortiori, de règlement des litiges susceptibles de naître de leur « exécution ». Ces modes alternatifs de règlement des litiges peuvent être regardés comme un nouveau mode de régulation entre l'Etat et les collectivités territoriales (Chapitre 2) censé aboutir à un authentique « partenariat » entre eux, partenariat qui serait fondé sur des rapports « équilibrés » entre les deux parties.

Toutefois le risque demeure, pour les collectivités que ce « dialogue » tant recherché par les collectivités territoriales ne tourne en dialogue de sourds. L'instauration d'une nouvelle forme de régulation des rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales n'est pas, par elle-même, la garantie d'un meilleur respect du principe de libre administration : si elle renouvelle la vision traditionnelle du contrôle de l'Etat sur les collectivités territoriales elle ne le fait bien évidemment pas disparaître. Ceci explique que les deux visions a minima différentes, parfois antinomiques, que les collectivités territoriales et l'État ont de la contractualisation ne parviennent pas à s'harmoniser. Pour l'État, la contractualisation est un mode d'organisation de la décentralisation plus commode et plus souple qui permet de maintenir le contrôle des opérations. Pour les collectivités territoriales, elle permet un gain de liberté avec d'une part une meilleure

⁴⁹² G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, coll. Quadrige, PUF 2007, p. 844-845

garantie du principe de libre administration posée par l'article 72 de la Constitution et la garantie que le transfert obligatoire de ressources accompagnant tout transfert de compétences posées par l'article 72 deux sera respecté. Si cette interprétation de la contractualisation peut permettre un nouveau mode de régulation entre l'Etat et les collectivités territoriales, le maintien du cadre constitutionnel c'est-à-dire celui d'un État unitaire, exclut la disparition du contrôle.

Chapitre 1 : Le caractère imparfait de la sanction contentieuse de la contractualisation territoriale

Pour poser les termes du problème contentieux, il convient de revenir à l'élément central de la contractualisation qui reste le quiproquo sur lequel elle est fondée. L'Etat considère qu'il en ressort juridiquement moins lié qu'il ne le serait dans un cadre unilatéral alors que la collectivité territoriale considère au contraire qu'elle a obtenu plus d'engagements de la part de l'Etat. Sauf que ces engagements ne valent que pour autant qu'ils puissent être juridiquement sanctionnés.

Pour qu'ils puissent l'être, encore faudrait-il que les instruments juridiques utilisés soient juridiquement sanctionnables. Précisément le caractère juridiquement hétéroclite des instruments de la contractualisation utilisés ne le garantit aucunement dans la mesure où il se scinde entre des instruments directifs qu'il est possible de rassembler sous l'appellation de conventions d'administration et des instruments impératifs qui sont des contrats. L'analyse de ces deux catégories d'instruments permet très précisément de comprendre le caractère particulièrement ténu de la force juridique et par voie de conséquence le caractère particulièrement aléatoire de la sanction juridictionnelle (Section 1).

Cette situation explique la recherche de solutions alternatives de résolution des conflits lesquels sont inhérents à la contractualisation (Section 2). Dès lors, le principal intérêt de la contractualisation est d'ouvrir potentiellement pour chaque instrument, une interface de dialogue. La technique n'est pas nouvelle. En revanche sa multiplication

l'est et traduit la quête d'un nouvel espace de liberté pour les collectivités territoriales. Il n'en demeure pas moins que ce système a ses propres limites et qu'il est fort à parier que dans les années qui viennent, le recours au juge puisse connaître un nouvel élan, et ce d'autant plus que la faiblesse financière de l'État affaiblit son pouvoir de contrôle. De manière corrélative, le poids croissant des collectivités territoriales pourrait contraindre le juge à leur ouvrir davantage son prétoire.

Section 1 : L'inadaptation du contentieux administratif classique à la contractualisation

L'étude de la classification des instruments de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales a permis de mettre en évidence une *summa divisio* permettant de distinguer les actes avec effets de droit *directifs* des actes ayant des effets de droit *impératifs*. Cette distinction révèle toutefois que les actes à effets de droit directifs recèlent davantage des obligations de *moyens* alors que les actes à effets impératifs recèlent davantage des obligations de *résultat*. Si cette distinction est moins répandue en droit administratif qu'en droit civil, les conséquences juridiques qui s'y attachent sont néanmoins réelles même si les obligations de moyens sont plus difficilement sanctionnables.

Dès lors, il apparaît difficile d'envisager une sanction contentieuse de la contractualisation, qu'il s'agisse du terrain de la légalité ou plus particulièrement du terrain de la responsabilité contractuelle ou quasi-contractuelle. Le contentieux de la responsabilité est ainsi le parent pauvre du contentieux de la contractualisation dans la mesure où le juge administratif peine à reconnaître le caractère juridiquement sanctionnable d'un certain nombre d'actes directifs dont la méconnaissance n'entraîne pas nécessairement l'engagement de la responsabilité de son auteur. Ce n'est que de manière détournée ou indirecte que le juge administratif sanctionnera la méconnaissance de tels engagement dans la mesure où il leur confèrera une portée impérative.

Ainsi, s'agissant des actes directifs contenant essentiellement des obligations de moyens, leur caractère juridiquement sanctionnable peut faire défaut. C'est la raison pour laquelle seul un examen précis des effets et de la sanction qui s'attache à ces instruments – ou de son absence – est de nature à permettre une démystification juridique de la contractualisation. Cette dernière est donc susceptible d'apparaître davantage comme un frein à la libre administration des collectivités territoriales dès lors que les engagements que ces dernières croient avoir contractés juridiquement demeurent dépourvus de portée juridique puisque insusceptible d'être juridiquement sanctionnés devant un juge.

Compte tenu du caractère récent d'une partie substantielle du contentieux de la contractualisation, une partie des solutions exposées ont indéniablement un caractère prospectif. En effet : la prise en compte par le juge administratif des instruments directifs n'en est qu'à ses balbutiements. Les études récentes consacrées au droit souple ou au nouveau rôle assigné au contrat plaident néanmoins pour une réelle intégration du contentieux de la contractualisation territoriale au sein du contentieux administratif traditionnel. Ce dernier n'en nécessite pas moins une adaptation.

Dès lors, il convient de distinguer la situation des actes ayant une portée directive (§ 1) de celle des actes ayant une portée impérative (§ 2).

§ 1 : Le contentieux des actes ayant une portée directive

Il faut considérer que les actes ayant une portée directive constituent la majeure partie des instruments de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales : il s'agit de la catégorie juridique des conventions d'administration.

D'un point de vue théorique, ces actes à portée directive que sont les conventions d'administration se définissent négativement dans la mesure où ils n'ont pas, par eux-mêmes, une portée impérative. Ils ne produisent pas directement de modification dans l'ordonnement juridique. Ils n'en sont pas moins des actes administratifs quand bien même ils ne répondraient pas à la définition classique de l'acte administratif censé déployer des effets de droits impératifs.

Ils n'en sont pas moins des instruments du droit administratif : celui-ci connaît d'ailleurs un certain nombre d'instruments juridiques directifs unilatéraux (instructions, circulaires et directives) qui n'ont pas en eux-mêmes de caractère décisive. Les conventions d'administration en constituent le pendant conventionnel agissent ainsi comme autant de mesures d'orientation de l'action administrative entre l'Etat et les collectivités territoriales. Ces instruments n'ont aucunement pour effet de mettre en œuvre des obligations de résultat : ils ont a minima pour effet de déployer un certain nombre d'obligations de moyens dont la sanction juridictionnelle apparaît d'ores et déjà aléatoire.

C'est la raison pour laquelle le contentieux des conventions administration est aujourd'hui extrêmement limité dans la mesure où les sanctions sur le terrain de la légalité ou encore de la responsabilité sont quasiment absentes. Toutefois, cela s'explique par le caractère récent de l'étude de cette catégorie juridique.

Cette catégorie fait masse de l'ensemble de ces actes – formels comme informels – qui structurent désormais, entre autres, les relations entre l'Etat et les collectivités territoriales que certains appellent également « contrats d'action publique »⁴⁹³. Ils permettent d'assurer une planification des politiques publiques ou encore d'assurer les modalités de la répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales.

Dès lors, la prise en considération par le juge administratif de ces actes est un enjeu central pour les collectivités qui considèrent qu'elles s'engagent de manière juridiquement ferme dans une relation susceptible de faire naître un ensemble de droits et obligations réciproques alors que la volonté de l'Etat semble être différente. Il apparaît ainsi que le passage de l'unilatéral au « contractuel » (et non au contrat) n'implique pas un changement de logique de la part de l'Etat qui vise à transférer – pour ne plus les assumer – des compétences aux collectivités territoriales. Dans la mesure où ce transfert se fait le plus souvent par la voie de conventions d'administration qui sont exigées par la loi, si les engagements notamment financiers de l'Etat ne sont pas respectés alors le transfert de compétences aboutit en réalité à un transfert de charges non compensé, ce qui est potentiellement contraire à l'article 72-2 de la Constitution.

Toutefois, l'examen du contentieux des conventions d'administration recèle de nombreuses embuches non pas tant au niveau de la recevabilité des recours qu'au niveau du caractère d'acte « faisant grief ». Sur la question de la recevabilité, il apparaît difficile – en tout cas par voie d'action – de former un recours contre une convention d'administration à moins d'y être partie. Si cette condition est remplie, faut-il encore que l'acte « fasse grief » au requérant, condition *sine qua non* de son examen par le juge. Dès lors, si le contentieux par voie d'action contre les conventions d'administration semble difficile à mettre en œuvre (A), cela ne signifie toutefois pas qu'il ne puisse exister, indirectement, un contentieux (B) qui puisse donner lieu à une sanction juridictionnelle.

A. Une difficile mise en œuvre du contentieux par voie d'action

Le contentieux direct ou par voie d'action semble difficile à exercer à l'encontre des conventions d'administration, renforçant par la même l'idée que celles-ci sont davantage un outil de gestion des relations Etat-collectivités territoriales qu'un véritable instrument juridique destiné à produire des droits et obligations.

Si les conventions d'administration présentent des caractéristiques communes aux contrats administratifs permettant de circonscrire les recours contentieux (1), il apparaît néanmoins que la jurisprudence ne reconnaît pas la spécificité de leur caractère directif qui permettrait notamment d'ouvrir le prétoire du juge administratif à certains tiers à la convention (2). Si ces deux séries de considérations méritent néanmoins d'être nuancées, elles permettent toutefois de mettre au jour les difficultés inhérentes à ces mesures d'orientation que sont les conventions d'administration dont les collectivités attendent beaucoup mais qui n'ont, en réalité, que des effets juridiques directs limités. Elles apparaissent ainsi comme un trompe-l'œil juridique pour les collectivités territoriales.

⁴⁹³ V. en ce sens : J-P Gaudin, *Gouverner par contrat*, Presses de Sciences-Po 2007

1. Des caractéristiques contentieuses communes aux contrats et aux conventions d'administration

Actes d'aspect conventionnel mais à contenu directif, les conventions d'administration ressemblent à s'y méprendre aux contrats sans toutefois contenir d'authentiques stipulations contractuelles. Il n'en demeure pas moins que les règles de recevabilité de l'action dirigée contre ces actes sont un copié-collé des règles traditionnelles concernant les contrats administratifs. Il faut donc, en premier lieu, distinguer le sort du recours engagé par les parties au contrat et celui dirigé par des tiers pour réserver, en second lieu, le sort du déféré préfectoral.

En matière de convention d'administration comme en matière de contrats administratifs, il fallait considérer qu'il existait, en principe, un monopole du recours au juge au bénéfice des parties. Ainsi, à propos d'une demande formée par une association visant à l'annulation d'une convention d'objectifs et de moyens conclue entre l'Etat et l'agence centrale des organismes de sécurité sociale, le Conseil d'Etat avait rappelé⁴⁹⁴ que le caractère contractuel de la convention en cause qui résulte tant des « dispositions législatives que de son contenu » fait obstacle à ce que soit demandée l'annulation de ladite convention au titre d'un recours en excès de pouvoir dans la mesure où « les conclusions de l'association requérante ne tendent pas à l'annulation d'un acte détachable de cette convention et qu'elles ne sont pas non plus dirigées contre des clauses réglementaires qui s'y trouveraient incluses ». Si cette jurisprudence est aujourd'hui caduque, il n'en demeure pas moins qu'elle s'appliquait, en l'espèce, à une convention d'administration⁴⁹⁵ montrant ainsi que les règles valables dans le contentieux contractuel sont transposables, *mutatis mutandis*, au contentieux des conventions d'administration.

⁴⁹⁴ CE, 18 février 2009, *Association Comité CSG*, Rec. CE, p. 888

⁴⁹⁵ Article L. 227-1 du code de la sécurité sociale : « I. Dans le respect des lois de financement de la sécurité sociale, l'autorité compétente de l'Etat conclut respectivement avec la Caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés, la Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés, la Caisse nationale des allocations familiales et l'Agence centrale des organismes de sécurité sociale des conventions d'objectifs et de gestion comportant des engagements réciproques des signataires. / Ces conventions déterminent, pour les branches mentionnées aux 1°, 2°, 3° et 4° de l'article L. 200-2 et pour les organismes de recouvrement, les objectifs pluriannuels de gestion, les moyens de fonctionnement dont les branches et les organismes disposent pour les atteindre et les actions mises en œuvre à ces fins par chacun des signataires (...) / Ces conventions prévoient, le cas échéant, les indicateurs quantitatifs et qualitatifs associés à la définition des objectifs »

Fallait-il encore, sous l'empire de l'ancienne jurisprudence, que l'une ou l'autre des parties ait la volonté de faire sanctionner par le juge les engagements qui avaient été souscrits, hormis un éventuel recours du Préfet.

Cette situation a aujourd'hui évolué suite à l'intervention de la décision d'Assemblée Département du Tarn-et-Garonne⁴⁹⁶ qui vient ouvrir la possibilité pour les tiers lésés dans leurs intérêts par la signature ou une stipulation d'un contrat de saisir directement le juge du contrat. Ainsi, l'action dirigée contre une convention d'administration n'appartient plus aux seules parties. Les tiers présentant un intérêt leur donnant qualité pour agir peuvent dorénavant demander l'annulation d'une convention d'administration conclue entre l'Etat et une collectivité territoriale devant le juge du contrat.

Il faut toutefois mentionner une autre limite contentieuse qui tient, cette fois, à l'essence même de la convention d'administration : la valeur directive de celle-ci en limite singulièrement l'intérêt contentieux.

Si la convention d'administration présente des caractéristiques communes avec le contrat administratif, l'absence de prise en considération par le juge des effets directifs de la convention aboutit à nier la spécificité de cet instrument. Elle aboutit également à nier l'impact de ces instruments dans la vie juridique des collectivités territoriales mais aussi des citoyens.

Dès lors, l'absence de prise en considération contentieuse du caractère directif des conventions d'administration semble l'obstacle dirimant de celles-ci qui leur ôte une grande partie de leur efficacité juridique et, par conséquent, les empêche de déployer l'ensemble de leurs effets.

2. L'absence de prise en considération contentieuse du caractère directif des conventions d'administration

La convention d'administration se définit par son contenu : des dispositions à valeur directive censées venir organiser des rapports entre personnes publiques. Elles n'ont, par hypothèse, ni pour objet ni pour effet de venir modifier *directement*

⁴⁹⁶ CE, Ass. 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, req. n° 358994

l'ordonnement juridique, ce qui conduit à leur dénier une quelconque valeur impérative *directe* et donc à considérer comme irrecevables les éventuels recours dirigés directement contre une convention d'administration ou, en tout cas, certaines de ses stipulations.

Dès lors, force est de constater l'absence de jurisprudence notamment sur le terrain de la responsabilité contractuelle.

Entre mesure d'orientation et acte administratif, la convention d'administration ne saurait pour autant être exclue du champ du droit administratif. Elle adopte ainsi la plupart des caractéristiques du contrat administratif même si les stipulations qu'elle contient n'ont pas de caractère impératif, hormis le cas où figureraient des dispositions réglementaires⁴⁹⁷.

Cette situation pourrait toutefois évoluer compte tenu de ce qui a été dit plus haut concernant l'intervention de la jurisprudence *Département du Tarn-et-Garonne* qui vient ouvrir le prétoire du juge du contrat aux tiers dont les intérêts seraient lésés par la signature ou les stipulations d'un contrat⁴⁹⁸. Quand bien même l'application de cette révolution jurisprudentielle ne s'applique qu'aux contrats signés à compter du 4 avril 2014, elle ouvre la porte du contentieux des conventions administrations aux collectivités territoriales dont les intérêts pourraient être lésés par la conclusion d'une telle convention.

Il avait pu être souligné que, compte tenu du caractère directif des conventions d'administration et donc *programmatoire* de l'action publique, l'application du caractère relatif qui empêchait tout droit de recours des tiers semblait excessif. Il apparaissait alors possible d'admettre le recours de tiers en annulation sur le fondement, par exemple, de l'intérêt pour agir du contribuable local⁴⁹⁹. Ainsi que le relevait M. Hourson dans thèse précitée : « Les spécificités touchant aux conventions d'administration justifient d'autant plus la possibilité que tout requérant puisse invoquer la méconnaissance des

⁴⁹⁷ V. ainsi, à propos d'un contribuable voulant invoquer des stipulations d'un contrat de plan à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre un décret : CE, 29 décembre 2006, *M. Yves A*, req. n° 289548

⁴⁹⁸ CE, Ass. 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, req. n° 358994

⁴⁹⁹ CE, 29 mars 1901, *Casanova*, Rec. CE, p. 333 ; GAJA 18^e éd., n° 8

objectifs contenus dans ces actes. Si cette proposition peut paraître audacieuse, il faut rappeler que le juge administratif devra s'assurer que les tiers présentent un intérêt à agir avant de se prononcer sur les moyens soulevés »⁵⁰⁰.

La jurisprudence *Département du Tarn-et-Garonne* précitée permet ainsi d'ouvrir le prétoire du juge et pourrait conduire, à terme, à un véritable développement du contentieux de la contractualisation territoriale.

Il faut toutefois s'accorder sur la normativité *médiate* de telles conventions et sur la circonstance que l'effet directif n'apparaît pas, à ce stade, comme étant juridiquement invocable *directement* devant le juge administratif par qui que ce soit. Il faut considérer que cette dernière situation est regrettable car, d'une part, elle vient rendre impossible le recours au juge d'une partie à la convention sur la légalité de la convention d'administration et, d'autre part, elle vient également considérablement limiter le droit de recours des tiers en déniait le rôle interventionniste de la convention d'administration dans un nombre croissant de secteurs touchant bien évidemment aux finances locales.

Il apparaît donc nécessaire de réaliser que la convention d'administration s'apprécie, sous réserve de ce qui a été dit, globalement de manière *indirecte* : c'est par les décisions prises sur le fondement des conventions d'administration ou l'adoption d'autres actes en lien avec ces conventions qu'il sera possible au juge de faire revenir ces actes sur le terrain du contentieux administratif. Le développement de la convention d'administration implique de renouveler la vision classique du contentieux administratif et, par exemple, de réexaminer la théorie des actes détachables pour l'appliquer au cas particulier des conventions d'administration qui ouvrent ainsi un vaste champ contentieux de manière indirecte.

B. L'existence d'un contentieux indirect

La source actuelle du contentieux des conventions d'administration est indirecte : elle se déduit aisément du caractère juridiquement médiat de ces actes qui ne peuvent

⁵⁰⁰ S. Hourson, th. précitée, p. 505

influencer l'état du droit que de manière indirecte. De prime abord, on peut considérer que c'est sur le terrain de l'exception d'illégalité qu'il sera possible d'examiner au contentieux la légalité d'une convention d'administration (1). C'est donc à l'occasion de recours dirigés contre des actes liés directement ou indirectement à la convention d'administration qu'il sera possible d'exciper de l'illégalité de cette dernière. Il ne faut pas non plus perdre de vue que la convention d'administration nécessite le plus souvent un certain nombre de mesures d'application qui peuvent être de nature unilatérales ou encore contractuelles. Au-delà de la stricte question de l'exception d'illégalité, il y a lieu de bâtir une nouvelle théorie des actes détachables (2) qui tienne davantage compte de la situation pratique des conventions d'administration.

1. L'exception d'illégalité recevable à l'encontre des conventions d'administration

Eu égard au caractère juridiquement médiat des conventions d'administration, il n'est pas surprenant d'admettre que la juridicité de celles-ci puisse être examinée à l'occasion de recours dirigés contre des mesures subséquentes découlant de ces conventions ou encore de l'absence de mesures. Il devient dès lors possible d'invoquer par la voie de l'exception le contentieux des conventions d'administration qui ne peut réellement prospérer dans le cadre des recours par voie d'action.

Si la convention d'administration, en raison de ses stipulations directives, semble insusceptible de faire l'objet d'un recours direct, il faut néanmoins convenir qu'elle est un instrument d'organisation et de structuration des politiques publiques et que, par suite, les décisions prises par les pouvoirs publics doivent respecter les stipulations directives contenues dans les conventions d'administration. A l'instar des conventions d'administration, les directives émises par les services des administrations centrales sont opposables aux administrés qui sont donc susceptibles d'exciper de leur illégalité à l'occasion de recours dirigés contre les mesures faisant application desdites directives⁵⁰¹. La situation des conventions d'administration est ici similaire : elles ne se

⁵⁰¹ CE, Sect. 11 déc. 1970, *Crédit Foncier de France c/ Demoiselle Gaupillat et Dame Ader*, Rec. CE, p. 750, concl. Bertrand ; AJDA 1971, p. 196 ; chr. H.T.C ; D. 1971, p. 674 note Loschak ; JCP 1972.II.17232, note Fromont ; RDP 1971, p. 1224, note M. Waline ; GAJA, 18^e éd., n°84

transforment en actes « impératifs » qu'à la condition soit de recéler une disposition réglementaire soit de recéler une disposition de nature contractuelle.

Dès lors, il est possible pour le juge administratif de faire application des stipulations directives de conventions d'administration à l'occasion de recours dirigés contre des mesures d'application. Ainsi le Conseil d'Etat s'est refusé à rejeter comme étant irrecevable un moyen tiré du défaut de conformité d'une mesure d'application d'une convention d'administration permettant ainsi, à terme, d'engager la responsabilité de l'Etat.

A l'occasion d'un contentieux opposant la région Pays de Loire à la SNCF, la première invoquait la violation par la seconde des « objectifs du contrat de plan conclu entre l'Etat et la SNCF » sans rejeter le moyen comme irrecevable, le Conseil d'Etat relève que : « si la requérante soutient que la décision de la SNCF est incompatible avec les objectifs fixés par le contrat de plan conclu entre l'Etat et la SNCF, ce moyen n'est pas assorti de précisions suffisantes permettant d'en apprécier le bien-fondé »⁵⁰². Le Conseil d'Etat aurait pu rejeter le moyen en considérant qu'il s'agissait là de dispositions contractuelles non susceptibles d'être invoquées par un tiers.

Toujours à propos des contrats de plan, le Conseil d'Etat a pu considérer que l'absence d'une mesure d'application peut porter atteinte à l'économie de stipulations directives de la convention d'administration. Il a pu en juger ainsi à propos du refus de l'Etat d'assumer ses engagements tendant à réaliser un aménagement hydraulique de la Loire et de ses affluents⁵⁰³. De manière médiate, il est possible de considérer la convention d'administration peut avoir une sanction du point de vue de la responsabilité contractuelle.

Dès lors, les conventions d'administration n'apparaissent pas comme étant dépourvues de normativité. Il faut néanmoins convenir qu'elles ne disposent pas d'une normativité immédiate mais médiate : celle-ci ne peut s'exprimer valablement qu'à l'occasion de

⁵⁰² CE, 13 novembre 2006, *Région pays de Loire*, req. n° 287665 ; RJP 2007 n° 644, p. 280 note Terneyre ; Rev. Lamy CT 2007, n° 20, p. 19

⁵⁰³ CE, 7 mars 2008, *Ministre de l'écologie et du développement durable*, req. n° 290259

mesures d'exécution de la convention d'administration mettant en cause directement ou indirectement cette dernière.

Ainsi, le contentieux de la responsabilité pourrait se développer par cette porte étroite de la normativité médiate des conventions d'administration même si ce contentieux est aujourd'hui très peu fourni.

Le caractère indirect de ces instruments spécifiques que sont les conventions d'administration pourrait être davantage reconnu, demain, à mesure que le Conseil d'Etat reconnaît la place et l'importance des instruments du droit souple⁵⁰⁴. Ainsi, le Conseil d'Etat fait désormais une part plus importante aux mécanismes droit souple dans la mesure où il a pu notamment considérer que si une recommandation de l'autorité de la concurrence ne faisait pas grief, en elle-même, « il en irait toutefois différemment si elles revêtaient le caractère de dispositions générales et impératives ou de prescriptions individuelles dont l'Autorité pourrait ultérieurement censurer la méconnaissance »⁵⁰⁵.

Dès lors, les collectivités territoriales apparaissent considérablement limitées par la convention d'administration dans la mesure où elles ne sont susceptibles de recueillir une quelconque sanction juridictionnelle qu'à la condition d'exciper l'illégalité d'une mesure d'exécution de la convention, ou de l'absence d'une mesure d'exécution ce qui sera plus communément le cas. Ce n'est qu'à ce prix qu'il sera possible de mettre en cause la normativité de la convention d'administration. Il apparaît ainsi que le contentieux des conventions administration est un contentieux indirect fondé sur les mesures d'exécution desdites conventions. Eu égard au caractère spécifique des conventions d'administration, il apparaît nécessaire de réexaminer la théorie des actes détachables du contrat administratif qui semble trouver ici une nouvelle vigueur.

⁵⁰⁴ Conseil d'Etat, *Etude annuelle 2013 : Le droit souple*, La documentation française 2013

2. La construction d'une nouvelle théorie de l'acte détachable

La structure même de la convention d'administration en fait un acte résolument à part dans le paysage du droit administratif français, à telle enseigne qu'il faut s'interroger sur le caractère « cadre » de la convention d'administration.

La jurisprudence *Département du Tarn-et-Garonne*⁵⁰⁶ si elle a pour conséquence de fermer la voie du recours pour excès de pouvoir dirigé contre les actes détachables du contrat, d'une part, n'est applicable qu'à certains tiers à l'exclusion du Préfet et, d'autre part, ne s'applique, de manière générale, qu'aux contrats signés postérieurement au 4 avril 2014. La théorie de l'acte détachable⁵⁰⁷ conserve donc en grande partie sa pertinence, ne serait-ce qu'eu égard aux contrats signés avant la date du 4 avril 2014.

Le Conseil d'Etat a ainsi eu l'occasion d'admettre des recours contre des actes postérieurs à la signature d'un contrat, relatifs à l'exécution dudit contrat qu'il s'agisse de décisions positives⁵⁰⁸ ou du refus de prendre certaines mesures⁵⁰⁹. Ce contentieux pourrait être transposé au cas spécifique de la convention d'administration dans la mesure où le tiers pourrait être recevable à attaquer les actes détachables de cette convention.

Compte-tenu du caractère directif de la convention d'administration celle-ci suppose fréquemment, pour qu'elle soit mise en application, l'adoption d'un certain nombre de mesures d'exécution qui en sont détachable. Ces mesures d'exécution peuvent être qualifiées de contrats administratifs ou d'actes administratifs unilatéraux. Si ces mesures d'exécution de la convention d'administration sont en contradiction avec elle, il serait logique de pouvoir en demander l'annulation contentieuse devant le juge administratif.

⁵⁰⁵ CE, 11 octobre 2012, *Société Casino*, req. n° 357193 ; RJEP 2012, n° 711, p. 11 chron. Claudel-Picard et Luc ; RDP 2013 n° 4, p. 771 note Calandri ; Rev. Lamy Concurrence, n° 34, p. 55 note G. Clamour ; DA 2013, n° 1 p. 25 note Bazex

⁵⁰⁶ CE, Ass. 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, req. n° 358994, AJDA 2014, p. 764

⁵⁰⁷ CE, 4 août 1905, *Martin*, Rec. 749, concl. Romieu ; D. 1907.3.49, concl. Romieu ; RDP 1906, p. 249 note Jèze ; S. 1906.3.49, note Hauriou

⁵⁰⁸ CE, Sect. 9 décembre 1983, *Ville de Paris*, Rec. CE, p. 499, concl. Genevois ; AJDA 1982, p. 82 chron. Lasserre et Delarue

⁵⁰⁹ CE, 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*, Rec. CE, p. 962, concl. Romieu ; D. 1907.3.41, concl. Romieu ; S. 1907.3.33, note Hauriou, GAJA 18° éd. n° 16

Toutefois, il convient de rappeler, de manière classique, qu'à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir contre un acte détachable, il n'est pas possible d'invoquer l'illégalité du contrat auquel il est intellectuellement sinon juridiquement relié. Il en irait différemment des conventions d'administration si d'aventure le juge administratif prenait en considération leur caractère directif.

En l'absence d'une telle reconnaissance, le juge administratif a adopté une attitude alambiquée qui consiste à reconnaître indirectement une valeur à la convention d'administration. A l'occasion d'un contentieux où une convention d'administration avait été signée entre l'Etat et les collectivités territoriales ainsi que plusieurs contrats subséquents destinés à mettre ses stipulations directives en application, le Conseil d'Etat a considéré que la décision de l'Etat de mettre fin au projet engageait sa responsabilité contractuelle⁵¹⁰.

En l'état actuel de la jurisprudence, ce n'est qu'en présence d'une qualification contractuelle qu'il est possible d'envisager une sanction très indirecte des stipulations d'une convention d'administration.

§ 2 : Le contentieux des actes ayant une portée impérative

Les actes à portée impérative s'oppose, en toute logique, aux actes à portée directive dans la mesure où les premiers ont vocation initiale à modifier l'ordonnement juridique ce qui n'est pas la vocation première des seconds. Si les actes à portée impérative le plus fréquemment rencontrés sont des contrats, il ne faut toutefois pas conclure que d'autres catégories ne puissent être rencontrées occasionnellement à l'instar des actes administratifs unilatéraux négociés ou encore des actes mixtes.

Dans le cadre de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales l'apparition d'actes à portée impérative peut apparaître comme incidente dans la mesure où ceux-ci semble peu correspondre à la philosophie générale de la contractualisation. Il n'en demeure pas moins que l'apparition d'actes à portée impérative peut résulter de

⁵¹⁰ CE, 13 novembre 2006, *Région pays de Loire* ; CE, 7 mars 2008, *Ministre de l'écologie et du développement durable*, précités

textes législatifs ou réglementaires mais le plus souvent c'est le travail du juge qui permettra de déterminer leur réelle portée.

Ainsi, si les contrats de plan Etat-région sont présumés ne contenir que « des stipulations contractuelles », pour autant ce n'est que de manière casuistique qu'il est possible de dire si et dans quelles mesure ces actes ont une portée contractuelle. De la même manière, le juge administratif a pu consacrer comme étant d'authentiques contrats les conventions de transfert de services entre l'Etat et les collectivités territoriales alors même que cette qualification n'allait pas de soi.

Compte-tenu du champ spécifique de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales, il semble important de s'attacher tout d'abord au caractère spécifique de l'intérêt pour agir dans cette matière (A) qui apparaît ainsi comme le prolongement logique de l'étude du contentieux des actes directifs. Le caractère également hétérogène des actes impératifs résulte essentiellement de qualifications jurisprudentielles rend difficile une véritable systématisation contentieuse bien qu'il soit possible d'envisager successivement les instruments impératifs d'origine des instruments impératifs dérivés (B).

A. Le caractère spécifique de l'intérêt pour agir

La question de l'intérêt pour agir est souvent rapidement évacuée alors qu'il s'agit d'une question centrale notamment par rapport aux droits des tiers. Pourtant, la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales a une incidence majeure sur les citoyens, tant pour ce qui concerne son impact sur les finances publiques (1) que sur le service public (2). Même si l'étude de l'intérêt pour agir a pour cadre le contentieux des actes impératifs, il n'en demeure pas moins qu'elle conserve toute son utilité pour un futur contentieux direct des actes à portée impérative que sont les conventions d'administration.

1. La qualité de contribuable local donnant intérêt pour agir

L'admission de recours de contribuables locaux contre des mesures qui sont susceptibles d'avoir une influence sur les finances locales est ancienne, cette possibilité a été reconnue tant au profit du contribuable communal⁵¹¹ que du contribuable départemental⁵¹² ou régional⁵¹³. En revanche, l'action du contribuable national n'est pas admise⁵¹⁴ ce qui limite ainsi le champ d'action du citoyen quant à la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales. La condition de recevabilité reste bien évidemment l'existence d'un impact financier de la décision pour la collectivité territoriale⁵¹⁵, avec l'idée que le recours ainsi introduit ait pour effet de réduire les dépenses de la collectivité⁵¹⁶. Il est possible de considérer qu'un contribuable local serait recevable à contester le refus de l'Etat de verser une prestation à laquelle il se serait engagé dans un acte unilatéral dans la mesure où le recours au juge est réservé aux parties dans le cadre d'un contrat administratif. Ainsi, il y a en matière de contractualisation une incidence immédiate et évidente en matière de finances publiques en cas de refus de l'Etat d'honorer ses engagements. L'admission de la qualité de contribuable local donnant intérêt pour agir aurait ainsi des conséquences très importantes dans le contentieux de la contractualisation, qu'il s'agisse du contentieux des mesures impératives comme de celui des mesures directives. Il faut toutefois préciser que la jurisprudence ne s'est pas clairement prononcée sur ce point. Il faut tout de même relever plusieurs apports de tribunaux administratifs. Dans une première décision, il a pu être jugé qu'un contribuable local était dépourvu d'intérêt pour agir contre une délibération du conseil municipal ayant admis en non-valeur une créance en raison de l'insolvabilité du débiteur⁵¹⁷. La motivation principale de cette décision tient dans la circonstance que l'inscription en non-valeur n'a pas pour effet d'éteindre la créance du budget de la commune. Dans une seconde espèce, il a pu être jugé qu'un

⁵¹¹ CE, 29 mars 1901, *Casanova*, Rec. CE, p. 333, précité.

⁵¹² CE, 27 janvier 1911, *Richemond*, Rec. CE, p. 105, concl. Helbronner, D. 1913.3.13

⁵¹³ CE, 14 avril 1995, *Mme Bigaud*, Rec. CE, p. 184, JCP 1995. IV. 216

⁵¹⁴ V. ainsi : CE, 25 juin 1920, *Le Doussal et Métour*, Rec. CE, p. 639, D. 1920.3.8 ; CE, 17 février 1930, *Dufour*, Rec. CE, p. 176, DH 1930, p. 225 ; CE, 9 février 1955, *Société la belle Gaule*, Rec. 77 ; CE, 23 novembre 1988, *Dumont*, Rec. CE, p. 418, JCP 1988, IV, p. 412

⁵¹⁵ CE, Sect. 10 décembre 1937, *Union des contribuables de Limoges*, Rec. CE, p. 1019 ; CE, Sect. 9 juillet 1948, *Bourgade et autres*, Rec. CE, p. 314

⁵¹⁶ CE, Sect. 23 février 1934, *Cornet*, Rec. CE, p. 261

⁵¹⁷ TA Clermont-Ferrand, 15 avril 2010, *Mme Vinatie et M. Binet*, req. n° 0900441, AJDA 2010, p. 1667

contribuable est fondé à contester non seulement une charge aggravant le poids des impôts perçus au profit d'une commune, mais aussi l'emploi de toute ressource fiscale locale, lorsque cet emploi n'a pas pour effet d'opérer une réduction des dépenses financées par des fonds publics⁵¹⁸, solution déjà en germe dans un précédent du Conseil d'Etat⁵¹⁹. Cette dernière jurisprudence si elle ne permet pas de trancher la question permet toutefois de considérer une suite favorable pour le domaine spécifique qu'est la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales. L'issue de la recevabilité du contribuable local dans le contentieux de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales reste indéniablement un enjeu majeur pour l'avenir⁵²⁰.

Il faut également réserver les hypothèses dans lesquelles le contribuable local peut exercer des actions contentieuses en lieu et place d'une collectivité⁵²¹ : dans ce cas les mêmes contraintes exprimées précédemment ne pèsent pas directement sur lui même si la recevabilité de ce recours spécifique est subordonnée à des règles strictes.

La qualité de contribuable local n'est pas la seule qualité pour agir qui ait un intérêt dans le cadre du contentieux de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales. Face aux transferts de compétences croissants, il faut également mentionner la qualité d'usager du service public qui peut également être amenée à jouer un rôle majeur dans les années à venir.

2. *La qualité d'usager du service public donnant intérêt pour agir*

La contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales est depuis son origine un moyen efficace de transfert de compétences de l'Etat vers les collectivités, donc de services publics. On peut donc considérer que de manière directe ou indirecte ces conventions portent sur l'organisation du service public, ce qui pourrait également

⁵¹⁸ TA Lyon, 6 octobre 1992, *M. X*

⁵¹⁹ CE, 11 mai 1987, *Divier*, Rec. CE., p. 167

⁵²⁰ Il faut mentionner à titre de réflexion un jugement du Tribunal administratif de Rennes qui a reconnu l'intérêt pour agir d'un chômeur à l'occasion d'un recours dirigé contre une décision préfectorale refusant la conclusion d'une convention entre l'Etat et une association alors même que ladite association avait pour projet de proposer un contrat emploi-solidarité au chômeur (TA Rennes, 6 juillet 1994, *M. X*)

ouvrir les portes à un intérêt pour agir des tiers fondé cette fois sur la qualité d'usager du service public.

Cet intérêt pour agir est admis également de longue date⁵²² par le juge administratif avec une grande prodigalité dans la mesure où le service public en cause peut aussi bien être local que national. On peut donc considérer qu'il y aurait ici une qualité donnant intérêt pour agir aux usagers du service public dans le cadre de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales dès lors qu'il existe un lien avec l'organisation du service public et, bien évidemment, un acte susceptible d'être soumis au contrôle du juge.

Ce sont donc à ces actes impératifs qui peuvent naître de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales qu'il faut désormais s'intéresser en distinguant successivement le contentieux des actes administratifs unilatéraux de celui des contrats.

B. Une difficile systématisation contentieuse des actes impératifs

Même si l'existence d'un contentieux « classique » des actes administratifs traditionnels que sont les actes administratifs unilatéraux et les contrats apparaît comme une éclaircie dans le ciel troublé de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales, leur caractère hétéroclite n'en permet pas une véritable systématisation doctrinale. En l'état actuel de la jurisprudence, il faut être modeste et reconnaître que ce contentieux n'apparaît pas ou peu fourni pour le moment. Le défaut ou la rareté du contentieux s'explique de prime abord par la circonstance que la plupart des instruments de la contractualisation sont de nature directive et non pas impérative. Donc, sous réserve de ce qui a été dit plus haut à propos des actes directifs, il apparaît que l'objet de la contractualisation ne soit pas d'établir un ensemble d'instruments impératifs mais directifs.

Il importe néanmoins de s'interroger sur l'existence d'actes impératifs ou encore d'actes qui aujourd'hui sont les seuls à recevoir véritablement une sanction juridictionnelle

⁵²¹ Art. L. 2132-5 du code général des collectivités territoriales : « Tout contribuable inscrit au rôle de la commune a le droit d'exercer, tant en demande qu'en défense, à ses frais et risques, avec l'autorisation du tribunal administratif, les actions qu'il croit appartenir à la commune, et que celle-ci, préalablement appelée à en délibérer, a refusé ou négligé d'exercer ».

⁵²² CE, 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*, précité

directe. Dès lors, il existe bien un contentieux des instruments impératifs de la contractualisation qui naît, en réalité, d'une reconnaissance a posteriori par le juge administratif. En effet, ainsi qu'il a été dit plus haut, la vocation première de la contractualisation étant essentiellement directive, il n'est pas a priori dans la volonté de l'Etat de conférer une réelle portée impérative aux instruments de la contractualisation. Ainsi, il sera peu fréquent de reconnaître des actes qui soient « originellement » impératifs c'est-à-dire qui aient réellement été conçus de cette manière : le plus souvent, ces actes « deviennent » impératifs parce que le juge décide de leur conférer une valeur impérative. Il s'agit donc, en quelque sorte, d'un contentieux « accidentel » ou d'œuvre essentiellement prétorienne. Dès lors, on voit se détacher deux catégories d'instruments impératifs, ceux qui le sont « originellement », ceux qui le sont uniquement par requalification jurisprudentielle.

1. *Les instruments impératifs d'origine*

Cette première catégorie rassemble les actes qui ont été voulus impératifs *ab initio* par le législateur : il s'agit généralement de contrats administratifs même si l'hypothèse d'actes administratifs unilatéraux ne saurait être exclue. Toutefois, cette dernière semble bien théorique dans le cadre de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriale, à moins de considérer que de tels actes soient négociés : ils se rapprocheraient alors davantage de la catégorie des actes mixtes.

Pour ce qui concerne l'existence de véritables contrats administratifs, il faut assurément mentionner le cas des contrats de plan Etat-régions⁵²³, remplacés en 2007 par les contrats de projets qui sont réputés « ne contenir que des clauses contractuelles »⁵²⁴. Tenu par la qualification législative, le Conseil d'Etat n'a pu que confirmer la nature contractuelle des contrats de plans⁵²⁵. Il a également pu être jugé de même à propos des conventions de transfert de services inaugurées par la loi du 2 mars 1982⁵²⁶ pour lesquelles le juge administratif a pu accepter d'en annuler la décision de résiliation. De

⁵²³ Loi n° 82-653 du 29 juillet 1982 portant réforme de la planification

⁵²⁴ Article 12 de la loi du 29 juillet 1982 précitée

⁵²⁵ CE, Ass. 8 janvier 1988, *Ministre chargé du plan et de l'aménagement du territoire c/ Communauté urbaine de Strasbourg*, Rec. CE., p. 2 ; chron. Azibert et de Boisdeffre AJDA 1988, p. 137 ; concl. Daël, RFDA 1988, p. 25 ; V. également implicitement : CE, 4 juillet 1997, *Région Rhône-Alpes*, req. n° 161380

manière plus générale, le juge administratif accepte reconnaît comme contrats administratifs les contrats conclus « entre personnes publiques et ayant pour objet l'organisation d'un service public »⁵²⁷.

De manière plus générale, la situation des contrats portant sur l'organisation des services publics sont considérés par la jurisprudence comme contenant des clauses réglementaires sans toutefois leur dénier la qualité de contrat⁵²⁸. Ces actes ont généralement pour objet « d'organiser ou de fournir un service public, et comportant des effets sur les tiers, usagers du service. (...) Des contrats peuvent même avoir pour objet d'organiser le service public et faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir sans présenter eux-mêmes le caractère d'un acte administratif unilatéral »⁵²⁹. Il s'agit là d'une situation à mi-chemin entre le contrat et l'acte administratif unilatéral que l'on peut qualifier d'acte mixte⁵³⁰. Sans toutefois dénier à ces actes la qualité de contrats, il est possible de considérer que « conclus entre personnes publiques, il ne sont pas éloignés du mode d'action unilatéral, mode normal et prépondérant d'organisation du service public en particulier dans les rapports entre personnes publiques et personnes privées où il relève du contentieux de l'annulation pour excès de pouvoir⁵³¹ »⁵³². On peut également ajouter à cette catégorie les contrats locaux de sécurité prévus par le décret du 17 juillet 2002 qui permettent de mettre en œuvre de manière concertée entre l'Etat et les collectivités territoriales la lutte contre la délinquance dont les clauses paraissent invocables devant le juge administratif en dehors de tout litige contractuel⁵³³. Il s'agit ici d'une situation pour le moins hybride où l'on touche les frontières du contractuel et de l'unilatéral : il n'en demeure pas moins que l'ensemble de ces instruments demeurent impératifs et produisent des effets de droits.

S'il n'apparaît pas possible d'être exhaustif quant à l'ensemble des instruments en présence, il va de soi que la catégorie des contrats portant sur l'organisation du service

⁵²⁶ CE, Sect. 31 mars 1989, *Département de la Moselle*, Rec. CE, p. 105 ; RFDA 1989, p. 466, concl. Fornacciari ; AJDA 1989, p. 315, chr. Baptiste et Honorat ; RA 1989, p. 368 note Terneyre

⁵²⁷ CE, 13 mai 1992, *Commune d'Ivry-sur-Seine*, Rec. CE p. 1982

⁵²⁸ CE, Sect. 18 mars 1977, *CCI de la Rochelle*, Rec. CE, p. 153, concl. Massot

⁵²⁹ Conseil d'Etat, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, Rapport public pour 2008, La documentation française 2008, p. 157-158

⁵³⁰ Y. Madiot, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, LGDJ 1971

⁵³¹ CE, 11 janvier 1961, *Barbaro et de la Marnière*, Rec. CE, p. 25

⁵³² Conseil d'Etat, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, op. cit., p. 159

⁵³³ V. ainsi : CE, 28 mars 2003, *Association MJC de Meru*, req. n° 252448. Rec. Leb. Tables.

public semble non limitative. Si le juge a pu ainsi qualifier de contrats les conventions de transferts de service entre l'Etat et les collectivités territoriales, il pourrait également requalifier un certain nombre d'actes directifs ayant pour objet l'organisation du service public. Il n'en reste pas moins que l'effectivité de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales demeure entre les mains du juge administratif.

2. *Les instruments impératifs dérivés*

Il faut évoquer les instruments impératifs « dérivés » comme ceux qui ont été consacrés comme tels par le juge. C'est ici l'œuvre prétorienne qu'il faut saluer puisque le juge va être à l'origine d'une reconnaissance de la valeur impérative d'un certain nombre d'instruments de la contractualisation.

Ainsi, le juge a pu reconnaître à certains instruments de la contractualisation la qualité d'actes administratifs unilatéraux négociés. Chronologiquement, il faut y voir les prémisses de la contractualisation des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales, avant même que les conventions d'administration ne soient évoquées. Ces actes sont nés pour partie à l'occasion de l'acte II de la décentralisation : c'est le cas du contrat de solidarité « réduction du temps de travail » inauguré par l'ordonnance des 16 et 30 janvier 1982⁵³⁴ permettant d'attribuer une aide d'Etat aux collectivités territoriales en échange de la réduction du temps de travail de deux heures. Ce contrat a ainsi pu être modifié par la voie réglementaire⁵³⁵ et un tribunal administratif a pu considérer que ses stipulations revêtaient un caractère réglementaire et étaient, par suite, susceptibles d'être invoquées par les tiers à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir⁵³⁶. De même, le juge a pu reconnaître à des « contrats particuliers » conclus en vertu de la loi du 29 juillet 1982 dans la droite ligne des contrats de plan la qualité de contrat⁵³⁷.

⁵³⁴ V. ainsi : Y. Gaudemet, *Le contrat de solidarité (aspects de droit public)*, DS 1982, p. 343

⁵³⁵ CE, 1^{er} mars 1991, *Pabion*, Rec. CE, p. 69, RDSS 1992, p. 201, concl. P. Hubert ; RFDA 1991, p. 390

⁵³⁶ TA Nice, 4 février 1986, *Mme Monique Descamps*, AJDA 1986, p. 508, note J. Moreau. Dans son commentaire à l'AJDA, M. Moreau considère que « les stipulations du contrat de solidarité présentent un caractère réglementaire [et] que la requérante, tiers à ce contrat, était recevable à en invoquer la violation ». Il faut préciser également que M. Moreau cite la jurisprudence applicable aux contrats portant sur l'organisation du service public, notamment la décision CE, Sect. 18 mars 1977, *CCI de la Rochelle*, précitée.

⁵³⁷ CE, 7 mars 2008, *Ministre de l'écologie et du développement durable*, req. n° 290259

Si les exemples qui sont donnés ne sont pas limitatifs, il n'en demeure pas moins que cette requalification éventuelle demeure résiduelle. Il faut néanmoins souligner la potentielle importance quantitative des instruments susceptibles d'être qualifiés soit d'actes unilatéraux négociés ou encore d'actes mixtes dans une matière qui faisait la part belle à l'unilatéral. L'avènement de la convention d'administration peut également être à l'origine d'une évolution jurisprudentielle sur ce point.

Un trait commun caractéristique de la contractualisation est d'ouvrir un nouvel interface de dialogue entre l'Etat et les collectivités territoriales, permettant selon ses thuriféraires d'aboutir à un traitement différencié du local basé sur du cas par cas. Juridiquement, il est intéressant de croiser ce phénomène de contractualisation avec un autre phénomène qu'est le développement des agences. Même si celles-ci concernent essentiellement l'Etat et plus particulièrement la déconcentration, il faut y voir en commun avec la contractualisation la volonté de sortir du cadre original de l'Administration. Hier, celle-ci était pensée de l'Etat vers les acteurs, aujourd'hui l'Administration est pensée des acteurs vers l'Etat. Cette évolution va de pair avec l'évolution de l'Etat post-moderne qui souhaite adopter une démarche plus consensuelle où non seulement la norme mais les litiges peuvent être réglés d'un commun accord par les acteurs eux-mêmes. C'est précisément l'objet de la contractualisation que d'offrir une structure spécifique de résolution des litiges.

Section 2 : L'existence de mécanismes parallèles de règlements des conflits

En matière de contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales il faut relever deux types différents de conflits dont la survenance apparaît de prime abord inégale : le conflit opposant l'Etat à une collectivité territoriale qui n'aurait pas « exécuté » ses engagements et l'autre opposant une collectivité à l'Etat pour les mêmes raisons. Outre le recours classique au juge, le cadre des relations Etat-collectivités territoriales offre un interface privilégié de résolution parallèle des litiges que la contractualisation n'a pas remis en cause, bien au contraire elle n'a fait qu'en étendre les possibilités. L'institution de la tutelle administrative dans la cadre de la décentralisation entre l'Etat et les collectivités territoriales, aujourd'hui contrôle de légalité, ouvre en

soi des interfaces de dialogues entre l'Etat et les collectivités territoriales qui sont généralement peu évoqués mais qui fonctionnent convenablement et régulièrement. L'apparition de la contractualisation a eu pour effet de multiplier des interfaces de dialogue entre l'Etat et les collectivités territoriales.

Il faut donc voir ici le trait caractéristique de ce qu'il convient d'appeler « mode alternatif de règlement des litiges », c'est-à-dire la possibilité de résoudre un litige sans l'intermédiaire du système juridictionnel officiel. Précisément, le monde du droit administratif et plus particulièrement de la décentralisation territoriale offre un certain nombre de possibilités classiques et finalement peu étudiées mais qui, paradoxalement, fonctionnent de manière satisfaisante. Loin de remettre en cause ces structures traditionnelles, la contractualisation s'y est superposée : il y a donc une survie des modes classiques de résolution des litiges entre l'Etat et les collectivités territoriales dans le cadre classique des procédés du droit administratif et de l'institution de la tutelle administrative (§1).

La contractualisation des rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales permet d'augmenter les possibilités de résolution non contentieuse des conflits tant par le contrat ou encore la convention en elle-même que par l'émergence de nouvelles structures ad-hoc liées à ces mêmes instruments. La contractualisation induit donc l'émergence spécifique des modes alternatifs de règlement des litiges et, dépassant ce cadre strict, apparaît finalement comme un nouveau mode de régulation des rapports entre Etat et collectivités territoriales (§2).

§ 1 : La survie des modes classiques de résolution des litiges

L'arrivée de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales n'a pas bouleversé les interfaces traditionnels de dialogue ni les procédures administratives non contentieuses existant traditionnellement en droit administratif, qu'il s'agisse d'ailleurs du droit administratif général ou encore de droit des collectivités territoriales. Pour ce qui concerne ce dernier, il existe de manière séculaire une procédure de recours gracieux dans le cadre de la décentralisation territoriale qui fonctionne de manière globalement satisfaisante et qui n'a pas été remise en cause (A). Cette procédure peut se poursuivre

cette fois dans un angle davantage para-contentieux dans la pratique de l'arbitrage et de la transaction (B).

A. Le recours gracieux dans le cadre de la décentralisation territoriale

Le recours gracieux, de manière large, peut être défini comme un recours administratif dirigé contre l'autorité qui a pris une décision permettant à celle-ci de « révoquer sa décision, c'est-à-dire l'abroger pour l'avenir ou la retirer, ce qui fait disparaître rétroactivement ses effets passés »⁵³⁸. Dans le cadre de la décentralisation territoriale, il est possible d'analyser ce recours gracieux de deux points de vue différents. La première manière doit s'entendre des collectivités vers l'Etat et la seconde de l'Etat vers les collectivités territoriales. Cette distinction doit assurément être associée à celle des instruments de la contractualisation en distinguant selon le type d'acte. Dès lors, il convient de distinguer successivement en premier lieu les recours gracieux des collectivités territoriales (1) des recours gracieux du préfet (2).

1. Les recours gracieux des collectivités territoriales

Les recours gracieux ascendants sont donc les recours qui sont dirigés des collectivités territoriales vers l'Etat. Dans le cadre de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités il s'agira particulièrement des mesures unilatérales détachables des instruments de la contractualisation tels qu'ils ont été envisagés. Il peut s'agir aisément de toute décision se rapportant à la contractualisation qui peut faire l'objet de recours gracieux. Il faut rappeler à cet égard que la procédure du recours gracieux est possible même sans texte⁵³⁹ et, à la différence du contentieux administratif, elle peut inclure tant des moyens de légalité que d'opportunité. Enfin, exercés efficacement dans le délai de recours contentieux, ces recours permettent de le proroger⁵⁴⁰. Ce rappel de règles générales ne doit pas conduire à oublier l'intérêt pratique de ce recours gracieux qui peut être à même de résoudre un certain nombre de difficultés qui peuvent s'ériger à l'occasion de l'exécution d'une convention d'administration ou encore d'un contrat

⁵³⁸ Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, Tome 1, 16^e édition 2001, p. 577, n° 1233

⁵³⁹ CE, 20 avril 1956, *Ecole professionnelle de dessin*, Rec. CE, p. 163

entre l'Etat et les collectivités territoriales. Il s'agit de la manière classique de désamorcer un contentieux qui trouve une résonance particulière dans le champ des relations Etat-collectivités territoriales même dans le cas où il s'agit d'un recours gracieux ascendant. Néanmoins les règles qui sont énoncées ici trouvent également à s'appliquer dans le champ plus spécifique du contrôle de tutelle, aujourd'hui de légalité, plus spécifiquement dans le cadre des recours gracieux descendants, c'est-à-dire de l'Etat vers les collectivités.

2. Les recours gracieux du préfet

Il s'agit là des recours gracieux exercés de l'Etat vers les collectivités territoriales. Si l'hypothèse paraît plus rare en pratique, dans la mesure où l'Etat semble avoir moins d'intérêt à contester des mesures d'exécutions d'instruments de la contractualisation, elle n'en perd pas néanmoins son avantage.

Le recours gracieux descendant apparaît néanmoins comme un aspect des plus classiques des rapports Etat-collectivités territoriales⁵⁴¹ qui se trouve déjà dans l'institution de la tutelle administrative⁵⁴². Ainsi, le représentant de l'Etat va dialoguer avec la collectivité en cas de désaccord sur l'adoption d'un acte afin d'éviter préventivement une saisine du juge administratif ; que ce désaccord porte sur une décision explicite ou encore implicite⁵⁴³. Ainsi, le recours gracieux du préfet⁵⁴⁴ ou de ses agents⁵⁴⁵ auprès de la collectivité ayant pris l'acte litigieux est de nature à proroger les délais de recours contentieux. Dans une circulaire du 17 novembre 1986, le ministère de l'intérieur considérait que cette faculté était nécessaire afin de : « convaincre l'autorité locale de réformer ou retirer, si nécessaire, l'acte que vous estimez entaché d'illégalité. Cette jurisprudence doit permettre de réduire les saisines du juge administratif et de faciliter votre mission de conseil et de dialogue avec les élus

⁵⁴⁰ CE, 10 juillet 1964, *Centre médico-pédagogique de Beaulieu*, Rec. CE., p. 1999

⁵⁴¹ J.-C. Douence, *Le recours gracieux contre une délibération d'une assemblée locale*, RFDA 1996, p. 328

⁵⁴² V. ainsi : CE, 24 novembre 1911, *Commune de Saint-Blancard*, Rec. CE, p. 1089 ; S. 1912.3.1 note Hauriou

⁵⁴³ CE, Sect. 28 février 1997, *Commune du Port* ; AJDA 1997, p. 421 chron. Chauvaux et Girardot ; JCP G 1997, n° 36, p. 374 note Dupont-Marillia ; RFDA 1997, p. 1190, concl. Stahl et p. 1198 note Douence ; D. 1998 n° 43 p. 409, chron. Verpeaux et Marceau ;

⁵⁴⁴ CE, 18 avril 1986, *COREP d'Ille-et-Vilaine*, Rec. CE. T. p. 423 ; D. 1987.70, note P. Négrin, *Gaz. Pal.* 1986.2. somm. 491, note X. Prétot, *AJDA* 1986.455, obs. D. Chabanol, *RFD adm.* 1987.206, concl. Roux ;

⁵⁴⁵ CE, 15 octobre 1999, *Commune Savigny-le-Temple c/ Ministère de l'intérieur*

locaux »⁵⁴⁶. Même si aujourd'hui le nombre d'actes soumis à transmission pour le contrôle de légalité diminue, il est intéressant de souligner que sur plus de 18 millions d'actes transmis entre 2007 et 2009 aux préfetures seuls un peu plus de 195.000 ont fait l'objet de recours gracieux et un peu plus de 3000 ont fait l'objet de déférés préfectoraux⁵⁴⁷. Dans son rapport public pour 1993, le Conseil d'Etat soulignait à l'époque que « l'importance du nombre des **désistements** - 25 à 40 % - qu'on peut regarder comme révélant le caractère efficacement dissuasif des déférés, et la contribution de ceux-ci au bouclage de négociations entre préfet et collectivités locales dont la seule menace de recours n'avait pas suffi à assurer le succès, dès lors en particulier, que leur motivation n'est pas requise (Conseil d'Etat, 16 juin 1989, *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de Belcodène*, Lebon p. 512) (...) »⁵⁴⁸.

Il faut ajouter que ce dialogue est authentiquement un mode alternatif de règlement des litiges ou plus précisément un mode « administratif » de règlements des litiges⁵⁴⁹. Ce propos doit être complété en ajoutant que le juge administratif refuse de voir une fusion de l'acte de tutelle avec l'acte de la collectivité territoriale⁵⁵⁰.

Même si quantitativement les recours gracieux descendants semblent plus importants, il faut se placer dans l'hypothèse où une collectivité territoriale refuserait d'exécuter ses engagements liés à un instrument de la contractualisation que ce soit explicitement ou implicitement. A ce moment-là ce recours gracieux descendant trouverait tout son intérêt, qu'il se place dans le cadre d'un « pré-déféré préfectoral » ou dans le cadre classique d'un recours gracieux précédant un recours pour excès de pouvoir si l'acte en cause n'est pas soumis à transmission⁵⁵¹. Il n'en demeure pas moins que ces recours gracieux sont à ranger au nombre des mesures destinées à prévenir la confrontation devant le juge et, eu égard aux statistiques, il est possible de considérer que cette méthode n'a pas perdu d'intérêt. Pour autant, il ne s'agit pas là de la seule méthode « traditionnelle » de résolution alternative aux litiges : la procédure administrative contentieuse et non contentieuse connaît également d'autres remèdes qui pourraient se

⁵⁴⁶ Circulaire n° 86-334 du 17 novembre 1986, *BOMI* 4^e trimestre 1986

⁵⁴⁷ http://manage.dgcl.interieur.gouv.fr/sections/les_collectivites_te/administration_des_c/regime_des_actes/controle_de_legalite/

⁵⁴⁸ Conseil d'Etat, Rapport public pour 1993 : *Décentralisation et ordre juridique*, La documentation française 1993, p. 61

⁵⁴⁹ J-M. Auby et R. Drago, *Traité de contentieux administratif*, t.1, 3^e éd., LGDJ 1984, n° 790

⁵⁵⁰ CE, 8 janvier 1971, *URSSAF des Alpes-Maritimes*, Rec. CE, p. 11 concl. Vught ; AJDA 1971, p.161 note Ferrari

⁵⁵¹ V. ainsi : CE, 11 juillet 1988, *Commune de Fréjus*, RFDA 1988, p. 741

voir appliquer au cas spécifique de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales.

B. Les procédures administratives para-contentieuses traditionnelles

La contractualisation territoriale aboutit à mettre en place de nouveaux interfaces de dialogue entre l'Etat et les collectivités territoriales. Le contentieux pouvant naître à cette occasion, s'il peine à trouver sa résolution devant les structures traditionnelles du contentieux administratif, pourrait se trouver résolu à l'occasion de procédures para-contentieuses présentant le même caractère souple que les instruments de la contractualisation.

La contractualisation territoriale pourrait ainsi relancer l'attrait de certains mécanismes comme celui de l'arbitrage ou encore celui de la transaction.

Ces procédures sont le plus souvent envisagées pour régler un litige entre une personne privée et l'Administration et n'ont pas nécessairement pour fonction de régler des litiges dans le cadre de relations entre personnes publiques. Pour autant, dès lors qu'il existe deux personnes morales distinctes il y a tout lieu de considérer que ces procédures sont envisageables. De surcroît, elles sont aujourd'hui encouragées par les pouvoirs publics dans le cadre des procédures de rationalisations de choix publics : « La démarche de la revue générale des politiques publiques visant à optimiser l'efficacité de l'action administrative et à améliorer la qualité du service rendu aux usagers doit s'appliquer également à la prévention et au règlement des différends. La simplification et la clarification des règles de droit de même que la qualité des consultations menées avant leur adoption sont de nature à prévenir les contentieux. (...) Ces réformes nécessaires pourront certainement réduire le nombre des contentieux nés d'un déficit d'explication des mesures nouvelles ou des incompréhensions résultant de l'excessive complexité du droit »⁵⁵². Deux procédures distinctes retiennent ici l'attention par leur

⁵⁵² Circulaire du 6 avril 2011 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits, JORF n° 0083 du 8 avril 2011, p. 6248

spécificité et leur impact possible dans le cadre de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales : il s'agit de l'arbitrage (1) et de la transaction (2).

1. L'arbitrage dans le cadre de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales

L'arbitrage est, dans l'absolu, susceptible d'être organisé soit préventivement par l'insertion d'une clause compromissoire dans un contrat de telle sorte que les litiges à naître soient soumis à la juridiction arbitrale soit de manière curative en organisant par un compromis ou une convention destinée à confier le règlement d'un litige actuel à une juridiction arbitrale. Il s'agit donc d'un règlement « para-juridictionnel » des litiges dans la mesure où ce règlement se fait en dehors de l'ordre juridictionnel légal mais tout de même contentieux dans la mesure où l'on évoque une juridiction arbitrale dont la décision pourrait être ultérieurement contestée.

Evoquer l'arbitrage dans le cadre des relations Etat-collectivités territoriales peut apparaître paradoxal dans la mesure où l'article 2060 du code civil dispose qu' : « On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public. Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre ». Un certain nombre d'exceptions existent et figurent notamment à l'article L.311-6 du Code de justice administrative mais le principe général du droit selon lequel les personnes publiques ne peuvent recourir à l'arbitrage demeure solidement ancré⁵⁵³ bien qu'il n'ait qu'une valeur législative et non constitutionnelle⁵⁵⁴. Cette prohibition se fonde notamment sur le nécessaire respect par les personnes publiques de la compétence juridictionnelle et sur le principe selon

⁵⁵³ CE, avis, 6 mars 1986, *Eurodisneyland*, EDCE 1987, n° 38, p. 178, *Grands avis du Conseil d'Etat*, Dalloz, 2^e éd. 2002, p. 175

⁵⁵⁴ Cons.const., déc. n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004, *Loi de simplification du droit*, Rec. CC, p. 211 (cons. 32) ; LPA 22 décembre 2004 note J-E. Schoettl ; LPA 15 décembre 2005, chron. Janicot p. 4

lequel les personnes publiques ne peuvent consentir de libéralités⁵⁵⁵ et, par conséquent, ne peuvent être condamnées à payer une somme qu'elles ne doivent pas⁵⁵⁶.

La matière de l'arbitrage concerne essentiellement des litiges contractuels, quand bien même cette question n'était envisagée qu'entre personnes publiques et personnes privées et non pas directement entre personnes publiques. Il semble que cette considération s'estompe au fil du temps : l'irruption de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales n'en est d'ailleurs pas totalement étrangère.

Ainsi, le vice-président Sauvé déclarait-il que : « la vie des personnes publiques est ancrée dans l'évolution de notre société. A côté de la mise en œuvre unilatérale de prérogatives de puissance publique, ces personnes ont développé des activités qui touchent aux « affaires » au sens large du terme, et qui entraînent des coopérations nombreuses, multiformes et de plus en plus approfondies entre le secteur public et le secteur privé, dont le contrat est l'un des instruments principaux »⁵⁵⁷. Si la contractualisation des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales ne saurait assimiler les relations aux « affaires », il faut néanmoins considérer qu'elle s'en rapproche, du moins par l'emploi d'outils proches. Ainsi, la contractualisation des rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales pourrait être classée au sein de « coopérations nombreuses » dont le vice-président Sauvé faisait mention. A telle enseigne que le Président Labetoulle à l'occasion de son rapport sur l'arbitrage en 2007 a pu plaider pour l'ouverture à l'arbitrage de l'ensemble des litiges contractuels et en y incluant les « contrats passés entre plusieurs personnes morales de droit public, notamment ceux relatifs à l'organisation du service public, à la mise en œuvre des lois de décentralisation ou à la coopération entre collectivités publiques »⁵⁵⁸. Cette proposition n'a pas été retenue.

A la suivre, il n'y aurait qu'un pas à franchir (législatif, assurément⁵⁵⁹) pour considérer qu'il n'y ait plus d'éventuel tabou à ce que l'Etat et les collectivités territoriales puissent

⁵⁵⁵ V. ainsi : concl. Romieu sur CE, 17 mars 1893, *Compagnie des chemins de fer du Nord*, S. 1894.3.119

⁵⁵⁶ CE, Sect., 19 mars 1971, Mergui, Rec. CE, p. 235, concl. M. Rougevin-Baville ; RDP 1972, p. 234 note Waline ; CJEG 1972, p. 35 note X.

⁵⁵⁷ Intervention de M. Jean-Marc Sauvé à l'occasion du colloque du 30 septembre 2009 organisé par la chambre nationale pour l'arbitrage privé et public

⁵⁵⁸ Rapport du groupe de travail sur l'arbitrage, 13 mars 2007, *La documentation française*, p.4. Disponible sur : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/074000267/0000.pdf>

recourir à l'avenir à ce mode alternatif de règlement des litiges. Il faudrait y voir un changement de mentalité important et une possible source de réduction du contentieux devant les juridictions administratives. D'aucuns pourraient y voir également une source potentielle d'économies pour l'Etat qui pourrait ainsi échapper à d'éventuelles condamnations bien que la jurisprudence actuelle du Conseil d'Etat en matière de contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales ne semble pas suffisamment dissuasive pour l'y encourager. Toutefois, le caractère institutionnel de la contractualisation territoriale a tendance à exclure celle-ci de la sphère des « affaires » - pour reprendre le vocable de M. Sauvé - de telle sorte qu'une généralisation du recours à la justice arbitrale dans un litige ne concernant que des personnes publiques semble peu envisageable, d'autant plus si l'on considère l'impact que cela pourrait avoir sur la dépense publique.

Il n'en demeure pas moins l'argument budgétaire reste fréquemment invoqué pour inciter les personnes publiques et les services de l'Etat à recourir aux modes alternatifs de règlement des litiges, à l'instar de récentes circulaires plaidant pour un recours plus fréquent à la transaction : « La démarche de la revue générale des politiques publiques visant à optimiser l'efficacité de l'action administrative et à améliorer la qualité du service rendu aux usagers doit s'appliquer également à la prévention et au règlement des différends. (...) La transaction facilite le règlement rapide des différends. Elle permet ainsi une gestion économe des deniers publics, tout en favorisant une indemnisation rapide des parties »⁵⁶⁰. Il y a aurait alors un côté profondément paradoxal de recourir au contrat - que constitue la transaction - pour sauver la contractualisation territoriale.

2. La transaction dans le cadre de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales

La transaction semble également « à la mode » si l'on en croit la littérature administrative officielle puisqu'elle aurait la vertu de garantir des économies substantielles à l'Etat. Il faut tout de même considérer, à l'instar de l'arbitrage, que

⁵⁵⁹ La réforme est actuellement en suspens depuis l'échec du projet de loi de simplification du droit du 13 juillet 2006 dont l'article 19 prévoyait d'habiliter le gouvernement à légiférer par ordonnance sur cette question.

⁵⁶⁰ Circulaire précitée du 6 avril 2011 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits, op.cit

l'éventuel développement de transactions entre l'Etat et les collectivités territoriales serait un changement majeur de la pratique ancienne consistant soit à recourir à un mode administratif de règlement des litiges par le biais du recours gracieux soit à un mode juridictionnel en saisissant le juge administratif.

La transaction est définie par l'article 2044 du code civil comme : « un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître. Ce contrat doit être rédigé par écrit ». La transaction est donc, à la base, un contrat permettant de régler un litige actuel ou à venir. Ce contrat peut d'ailleurs intervenir à l'issue d'une mission de conciliation organisée devant le tribunal administratif⁵⁶¹. Il faut d'ailleurs souligner que l'organisation d'une mission de conciliation ou de médiation reste une exigence courante, ainsi qu'en témoigne un récent rapport parlementaire rendu à propos de l'application des contrats de projets Etat-régions. Partant du constat de « l'absence de moyen juridique permettant de contraindre l'Etat à respecter les engagements qu'il a pris dans le cadre des CPER. La force contraignante des contrats repose essentiellement sur la volonté et l'intérêt des différentes parties à la respecter », ce rapport envisage (proposition n°10) de mettre en place un « organe de médiation » destiné à « mesurer les défauts d'exécution des parties prenantes et d'y proposer des réponses adéquates. Des compensations pourraient par exemple être prévues lorsque le défaut de respect des engagements n'est pas imputable à un abandon de projet consenti par l'ensemble des parties concernées »⁵⁶².

Dans le champ de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales, il peut toutefois sembler paradoxal, de régler un litige portant sur un « contrat » ou une convention par un autre contrat. Néanmoins la transaction semble s'y prêter davantage que l'arbitrage dans la mesure où elle suppose avant tout sur un accord de volontés entre les parties et des concessions réciproques⁵⁶³. Il faut ne faut toutefois pas que la transaction concerne des matières intéressant l'ordre public à l'instar de la police administrative. Néanmoins, la transaction ne souffre pas de la même interdiction de principe que l'arbitrage : la jurisprudence a eu l'occasion de le souligner depuis fort longtemps⁵⁶⁴. Le juge administratif

⁵⁶¹ Article L. 211-4 CJA

⁵⁶² Rapport d'information sur les partenariats entre l'Etat et les collectivités territoriales par M. Georges Labazée, sénateur, enregistré le 9 octobre 2012, pp. 36-37

⁵⁶³ CE, Ass. Avis du 6 décembre 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré de l'Hay-les-Roses*, Rec. CE, p. 433, concl. Le Chatelier ; AJDA 2033, p. 280 chron. Donnat et Casas

⁵⁶⁴ CE, 17 mars 1893, *Chemin de Fer du Nord*, précité

contrôlera néanmoins, le cas échéant, la légalité de la transaction⁵⁶⁵ qui ne déploiera ses effets que si elle a été signée par les deux parties⁵⁶⁶ et que, bien évidemment, le contrat que constitue la transaction ne soit pas nul⁵⁶⁷. Dans le cas de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales, s'agissant de matières pour lesquelles le juge administratif serait compétent, le contrat de transaction sera un contrat administratif⁵⁶⁸. Si l'on retrouve également la prohibition faite aux personnes publiques de consentir des libéralités il faut néanmoins relever qu'aucune règle ni principe ne fait obstacle à ce que l'Etat et les collectivités territoriales aient recours à la transaction pour résoudre leurs différends. La transaction peut, si les circonstances le permettent, faire l'objet d'une homologation lui donnant ainsi une force exécutoire similaire à celle d'un jugement⁵⁶⁹. Il faut préciser toutefois que les tiers ne semblent pas recevables à agir eu égard au caractère contractuel de la transaction.

Dès lors, il est possible de considérer que la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales ne saurait être réduite à son aspect strictement contentieux tel qu'il est classiquement entendu, c'est-à-dire par rapport aux décisions de la juridiction administrative. Il va de soi que la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales ne saurait rester neutre sur le plan contentieux. Toutefois, la méthode et l'évolution des rapports qu'elle induit pousse à rechercher des méthodes de résolution des conflits différentes des méthodes classiques : qu'il s'agisse de recours gracieux dans la cadre de la décentralisation ou encore des méthodes para-juridictionnels comme l'arbitrage ou la médiation. Ainsi, l'étude du contentieux de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales conduit à envisager l'existence de modes de résolution des litiges spécifiques à la contractualisation.

⁵⁶⁵ CE, Sect. 17 mars 1971, *Mergui*, précité.

⁵⁶⁶ CE, 30 octobre 1974, *Commune de Saint-Pierre-les Bois c/ Gohin*, Rec. CE, p. 525

⁵⁶⁷ CE, Sect. 2 décembre 1938, *Laily*, Rec. CE, p. 905 ; CE, 30 octobre 1953, *Carrère*, Rec. CE, p. 463

⁵⁶⁸ V. en ce sens : TC, 18 juin 2007, *Société Briançon Bus*, Rec. CE, p. 600

⁵⁶⁹ CE, Ass. Avis du 6 décembre 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré de l'Haÿ-les-Roses*, précité.

§ 2 : *L'existence de modes spécifiques de résolution des conflits propres à la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales.*

La contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales fait bouger un certain nombre de frontières du droit administratif, y compris au niveau du contentieux qui est susceptible désormais d'être réglé tant par des modes alternatifs de règlement des litiges classiques, tels qu'ils ont été examinés que par des modes alternatifs de règlements des litiges spécifiques à la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales.

La contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales est vectrice d'une idée de réciprocité et de traitement « égal » nécessaire afin d'instaurer « une relation de confiance entre l'Etat et les collectivités territoriales (...) indispensable au maintien et au développement des partenariats entre l'Etat et les collectivités, qui leur permettent de déployer leur action dans une logique de complémentarité et non de concurrence. Elle suppose le respect de la parole donnée comme des prérogatives de chacun »⁵⁷⁰. Dès lors qu'une difficulté surgit dans la mise en œuvres des engagements souscrits dans la contractualisation, le réflexe ne semble pas être la saisine du juge dans la mesure où les instruments de la contractualisation ont, dans leur grande majorité, ouvert à côté des structures traditionnelles de résolution des litiges des structures ad hoc qui sont autant d'interfaces de dialogue destinés à éviter de se retrouver devant le juge administratif. Il s'agit là d'un gage de sécurité pour l'ensemble des parties dans la mesure où l'absence d'impérativité de la plupart des instruments de la contractualisation risque fort d'aboutir, en l'état actuel de la jurisprudence, à un rejet des requêtes.

Ainsi, il apparaît que de nouvelles structures accompagnent la naissance d'instruments de la contractualisation. C'est le cas des contrats locaux de sécurité qui se sont vus rapidement accompagnés d'une instance spécifique qu'est le « conseil local de sécurité et de prévention de la délinquance » qui est précisément en charge de l'application du contrat local de sécurité à telle enseigne qu'il a pu être considéré que « la rénovation des contrats locaux de sécurité élaborés et signés depuis 1997 se justifie dès lors qu'ont été mis en

⁵⁷⁰ Rapport d'information sur les partenariats entre l'Etat et les collectivités territoriales par M. Georges Labazée, op.cit., p. 5

place les conseils locaux de sécurité et de prévention de la délinquance (CLSPD) en 2002 »⁵⁷¹. Pour ce qui concerne les contrats de projets Etat-région « une instance nationale d'évaluation (INE), composée de trois collèges, Etat, conseils régionaux et personnalités qualifiées, avait été mise en place dans l'objectif d'assurer un suivi et une évaluation partagée des CPER et des programmes opérationnels européens. Mais, d'après la DATAR, elle a été mise en sommeil depuis fin 2009 en raison notamment du calendrier électoral. Si une telle instance devait revoir le jour, il conviendrait que les observations de l'ensemble de ses parties prenantes, et notamment des collectivités, soient prises en compte et permettent effectivement d'améliorer les modalités de la contractualisation, de la négociation à la mise en œuvre des opérations »⁵⁷². Les contrats urbains de cohésion sociale, qui ont pris la suite des contrats de ville, sont également entrés dans cette logique comme en témoigne ces extraits du contrat de Saint-Denis de la Réunion : « Nouvelle forme de contractualisation, le CUCS tend à simplifier les circuits de décision et à alléger le formalisme partenarial. Or, offrir aux publics en difficulté des parcours d'accompagnement balisés et durables, suppose une lecture commune des territoires et des problématiques. C'est pourquoi, le maintien d'une stratégie générale partagée par tous les partenaires appelle un renforcement de la coordination des interventions sur le terrain. Forte de son expérience de culture de projet, déjà éprouvée dans le cadre du contrat de ville, Saint-Denis choisit de renforcer les moyens stratégiques de son équipe projet. **Pour la conduite du contrat** , les signataires conviennent de mettre en place une structure de pilotage politique, **le comité de pilotage**, assisté d'un comité technique et appuyé sur une structure de conduite technique, l'équipe projet. Les signataires du contrat s'engagent à mettre en place collectivement les dispositifs propres à en permettre l'évaluation »⁵⁷³. La multiplication des exemples aboutit à la conclusion que la contractualisation induit un nouveau type de rapports, notamment en termes contentieux, en organisant un nouveau cadre de résolution des litiges et participe, dès lors, à une nouvelle forme de régulation des rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales en créant des structures spécifiques qui pourront être amenées à trancher d'éventuels litiges nés de l'application ou de la non-application de l'instrument en cause. Ainsi, c'est à la convention ou au « contrat » qu'il faut retourner et au sein duquel doivent également se trouver les solutions aux

⁵⁷¹ Propositions d'orientations pour la mise en place de contrats locaux de sécurité de nouvelle génération, disponible sur : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/064000183/0000.pdf>

⁵⁷² Rapport d'information sur les partenariats entre l'Etat et les collectivités territoriales par M. Georges Labazée, op.cit., p. 5

⁵⁷³ <http://sig.ville.gouv.fr/Synthese/CS0401>

problèmes nés de son application. Cette vision des choses n'est d'ailleurs pas éloignée de la jurisprudence du juge administratif qui énonce en dogme l'exigence de loyauté des relations contractuelles avec pour corollaire l'idée selon laquelle il faut « sauver le contrat » et donc, si possible, toujours résoudre les litiges sur le terrain contractuel⁵⁷⁴.

L'existence de modes alternatifs de résolution des litiges, même s'ils sont spécifiques à la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales, ne peut permettre de surmonter l'ensemble des difficultés qui surgissent dans l'application de l'ensemble de ses instruments. Une évolution est nécessaire de la part du juge administratif notamment sur la vision des actes à portée directive que sont les conventions d'administration, cela en particulier lorsque l'ensemble des autres solutions alternatives n'ont pu valablement fonctionner. Il n'en demeure pas moins que la contractualisation vue par le prisme du contentieux présente un certain nombre de nouveautés ou, plus exactement, renouvelle différemment des problématiques plus anciennes liées tant à la résolution des litiges qu'aux relations qu'entretiennent Etat et collectivités territoriales. Dès lors, l'émergence de structures ad-hoc potentiellement chargées de résoudre « en interne » un certain nombre de litiges apparaît davantage comme la traduction plus large d'une vision de la contractualisation reposant sur l'idée d'une nouvelle régulation des rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales. A ce titre, la contractualisation réalise indéniablement une nouvelle forme de régulation des rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales qui, s'ils ne se substituent pas totalement à l'institution de la tutelle administrative, renouvellent l'image de la tutelle administrative et apparaissent assurément comme un nouveau mode de contrôle de l'Etat sur les collectivités territoriales. Ainsi, le concept de régulation n'est pas nécessairement en relation avec un éventuel gain de liberté pour les collectivités territoriales alors que certaines idées reçues – notamment parmi ces dernières – semblaient y donner crédit.

⁵⁷⁴ V. en ce sens : CE, Ass. 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, Rec. CE, p. 509, concl. Glaser et RFDA 2010, p. 506 ; AJDA 2010, p. 142, chron. Liéber et Botteghi ; AJDA 2011, p. 665, chron. Lallet et Domino ; RFDA 2010, p. 519 note Pouyaud ; *GAJA 18^e éd.*, p. 939, n° 118

Chapitre 2 : L'inaptitude de la contractualisation à fonder un nouveau modèle institutionnel de relations

La contractualisation territoriale est un phénomène conçu afin d'instaurer une nouvelle forme de régulation entre l'Etat et les collectivités fondée sur l'idée de co-administration ou encore de partenariat. L'idée de régulation doit s'entendre ici au sens large c'est-à-dire comme « l'équilibrage d'un ensemble mouvant d'initiatives naturellement désordonnées par des interventions normalisatrices »⁵⁷⁵. Elle est en prise avec les réformes successives en matière de décentralisation, à telle enseigne que le dernier projet de loi de modernisation prévoyait dans son article 6 la création d'un nouvel instrument de la contractualisation, le « pacte de gouvernance territorial » qui devait être « l'instrument privilégié de la clarification des compétences des collectivités territoriales et de la rationalisation de leurs moyens d'action » et donc « un instrument global de modernisation de l'action publique » mais « dans le respect du principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales dans la mesure où seuls se verront imposer ses stipulations les collectivités territoriales et les établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre qui l'auront approuvé par une délibération spécifique »⁵⁷⁶. Selon la même méthode, ce pacte de gouvernance territorial se voyait doubler de conférences territoriales d'action publique chargées de coordonner les politiques publiques et donc de participer à son élaboration. L'idée de ce projet de loi était d'inscrire de manière profonde l'idée d'une contractualisation de l'action publique permettant d'aboutir à un traitement différencié du local sans qu'il y ait d'affirmation « unique » nationale qui ne soit mécaniquement appliquée à l'échelon local, pour autant le flou de sa rédaction n'a pas convaincu les sénateurs qui y voyaient un enchevêtrement d'actes conventionnels et d'actes unilatéraux ainsi qu'un risque de tutelle supplémentaire.

La volonté d'associer les acteurs que sont l'Etat et les collectivités territoriales dans un « partenariat » trouve sa traduction concrète dans la contractualisation qui apparaît dès

⁵⁷⁵ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, op.cit., p. 792

⁵⁷⁶ Exposé des motifs du projet de loi de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles

lors commune une tentative de mise en œuvre d'une nouvelle forme de régulation (Section 1). Toutefois cette formule est commode car elle est un affichage politique tout en revêtant une réalité juridique beaucoup plus discutable. En effet, il existe un hiatus dans la mesure où cette tentative de régulation se heurte inévitablement au cadre rigide de l'Etat unitaire qu'est la France : la contractualisation n'est pas en mesure de répondre à l'ensemble des promesses qu'elle développe dans la mesure où elle ne permet pas de sortir du cadre décentralisé (par opposition à fédéral) de la relation Etat-collectivités territoriales (Section 2).

Section 1 : Un développement erratique de structures partenariales insusceptible de dégager un modèle

L'idée de « partenariat » semble résolument « à la mode », tant du côté de l'Union européenne, que pour ce qui concerne l'Etat. Si, pour M. Richer, « le terme « partenariat » n'appartient pas originellement au vocabulaire juridique, il renvoie à un état d'esprit, à un type de relation dans les affaires ou la vie administrative. Il s'agit, banalement, d'indiquer que deux personnes ou institutions agissent en harmonie dans un intérêt commun »⁵⁷⁷. La volonté de l'Etat d'associer les collectivités à l'exercice de compétences ou encore à la mise d'un projet et d'afficher ainsi un partenariat entre eux apparaît davantage comme un objectif et la contractualisation comme un moyen parmi d'autres susceptible de l'atteindre. Par le passé, le langage était unilatéral, aujourd'hui il devient contractualisant. Il y a là une évolution certaine sur le terrain des instruments ou encore des actes juridiques qui traduit également une évolution de fond destiné à faire du partenariat une nouvelle « manière d'être » de l'Etat ou encore une nouvelle manière de gérer opérationnellement (et de contrôler) les politiques publiques mises en œuvre au niveau local.

Cette transformation est également liée à l'évolution du paysage institutionnel mais également des finances publiques : il y a davantage d'acteurs et moins de financement, d'où la nécessité d'associer ces acteurs dans un objectif commun. Reste que l'accomplissement de cet objectif, même si sa détermination demeure entre les mains de

l'Etat, implique le partenariat entre les pouvoirs publics. Si l'on considère que « la dialectique « national-local » a longtemps rythmé les rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales (...) [cette] distinction tend aujourd'hui à s'atténuer dans la mesure où la complexité des actions et leur coût financier rendent plus nécessaire la mise en jeu de cercles de solidarité intercommunale, départementale, régionale, nationale et européenne. Aucune opération d'envergure ne peut relever aujourd'hui d'une seule collectivité. Le croisement des compétences et des financements est souvent une condition de l'efficacité pour atteindre l'objectif au moindre coût et dans les meilleurs délais (contrat de plan) »⁵⁷⁸. C'est la raison pour laquelle les partenariats se sont multipliés au fil des années et la contractualisation est apparue de manière évidente comme le meilleur moyen d'y parvenir en garantissant une souplesse des instruments juridiques et une concertation plus importante des différents acteurs.

La contractualisation territoriale répond également à un besoin de plus en plus pressant de financement des politiques publiques, impliquant l'association de personnes privées. Il ne s'agit pas là d'une nouveauté et la technique contractuelle a été utilisée très tôt afin d'obtenir des financements pour l'accomplissement des politiques publiques.

La transformation induite par la contractualisation territoriale aboutit à associer réellement les investisseurs privés à l'élaboration des politiques publiques qui vont être conduites. Il ne s'agit plus de demander un concours financier ou technique mais d'intégrer dans l'élaboration des politiques publiques des personnes privées qui vont faire valoir leurs intérêts.

La contractualisation territoriale conduit, de manière paradoxale, à faire sortir la relation Etat-collectivités territoriales de son exclusivité institutionnelle en associant à l'élaboration des politiques publiques des acteurs privés. Comme l'explique M. Gaudin : « Les politiques contractualisées se donnent souvent comme objectif complémentaire d'élargir le cercle des acteurs impliqués dans les politiques, même si c'est pour opérer un filtrage savant des interlocuteurs jugés « valables ». (...) Par-delà les gains d'efficacité ou de responsabilité qui peuvent être recherchés par le perfectionnement des règles qui lient les cosignataires

⁵⁷⁷ L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, op.cit., p. 651, n° 1118

⁵⁷⁸ V. Hémerly, *Le partenariat, une notion juridique en formation ?*, RFDA 1998, p. 347

publics et privés dans les politiques contractuelles, il faut également envisager ce qui dans la contractualisation serait porteur de changement dans les styles de gouvernement et le rôle de l'État »⁵⁷⁹. La contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales est ainsi pensée comme un nouveau mode de régulation dans la mesure où, au-delà des instruments eux-mêmes qui ont été évoqués, elle permet de répondre à multiplication des niveaux de décisions. Le développement de la contractualisation territoriale atteint un tel stade qu'il est possible d'évoquer l'institutionnalisation du phénomène par la création de structures et d'instances partenariales destinées précisément à négocier les instruments de la contractualisation. Le partenariat ainsi créé entre l'Etat et les collectivités territoriales par la contractualisation combine tant un mode conventionnel (les instruments de la contractualisation) qu'un mode institutionnel avec la création de structures ad hoc⁵⁸⁰.

La généralisation de cette méthode conduit à considérer que la contractualisation se veut à la fois comme un instrument de régulation des rapports Etat-collectivités territoriales, mais qu'elle tente également d'inclure des personnes privées dans ce cadre institutionnel qui en était, à l'origine, exclusif. La contractualisation territoriale ne fait donc pas qu'associer l'Etat et les collectivités territoriales dans la détermination et la conduite des politiques publiques : elle aboutit également à y inclure des personnes privées. Il s'agit là d'un aspect novateur de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales, consacrant par la même occasion une mutation profonde de l'action publique. Le recours aux acteurs privés dans la détermination des politiques publiques « prend cependant aujourd'hui une dimension et une portée différentes : des raisons pratiques (la crise des finances publiques, le souci d'efficacité...) mais aussi idéologiques (le déficit de légitimité de l'Etat, l'affirmation du principe de subsidiarité...) conduisent à associer systématiquement les acteurs sociaux à la mise en œuvre des actions publiques et à la fourniture des services d'intérêt collectif. (...) L'architecture étatique, devenue baroque, a perdu de sa rigueur et de son classicisme : l'Etat ne se présente plus comme un bloc monolithique, mais comme formé d'éléments hétérogènes ; et les anciens mécanismes qui garantissaient l'unité organique de l'Etat sont relayés par des procédés plus souples,

⁵⁷⁹ J-P. Gaudin, *La contractualisation des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales*, op.cit., p. 17

⁵⁸⁰ V. en ce sens : J-F. Sestier, *La coopération contractuelle comme alternative à la coopération institutionnelle*, AJDA 2013, p. 857

tels le contrat, qui supposent la reconnaissance du pluralisme et l'acceptation de la diversité »⁵⁸¹.

Dès lors, c'est à un double titre que le partenariat par la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales conduit à une nouvelle régulation de l'action publique en passant par l'établissement de ce qu'il convient d'appeler des « partenariats public-public » (§ 1) et des « partenariats publics-privés » (§ 2).

§ 1 : La tentative de régulation par le partenariat « public-public »

Il s'agit là de l'expression la plus répandue de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités avec la création de structures institutionnelles de partenariat qui sont devenues aujourd'hui un trait caractéristique du droit des collectivités territoriales⁵⁸². Ainsi, « dans les relations entre personnes publiques on parle depuis longtemps de partenariat, notamment entre l'Etat et les collectivités locales pour désigner des modalités, notamment contractuelles, de réalisation en commun de politiques publiques, en théorie sur un pied d'égalité »⁵⁸³. La raison du développement de ce partenariat institutionnel réside dans le fait que l'Etat unitaire qu'est la République française, s'il garde un rôle majeur d'animateur, « n'est plus en situation de faire croire qu'il pourrait penser seul l'action publique »⁵⁸⁴. Il s'agit là d'un trait significatif de la nouvelle « gouvernance » qui anime les relations Etat-collectivités territoriales en mettant en place cette régulation dont la traduction est double : tant des instruments conventionnels spécifiques que des structures institutionnelles ad hoc qui sont chargées de les élaborer et d'en assurer matériellement le suivi.

Ainsi, la régulation par la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales aboutit à une double conséquence : d'une part, l'émergence d'instruments juridiques spécifiques (qui peuvent être d'authentiques contrats, des conventions d'administration la plupart du temps ou encore des actes administratifs unilatéraux négociés) et d'autre

⁵⁸¹ J. Chevallier, *L'Etat post-moderne*, op.cit., pp. 95 à 97

⁵⁸² V. ainsi les actes du colloque « Les coopérations entre collectivités publiques » publié aux *Petites affiches*, 16-17 septembre 2010, n° 185-186

⁵⁸³ L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, op.cit., p. 651, n° 1118

⁵⁸⁴ J. Caillosse, *Les « mises en scène » juridique de la décentralisation*, op.cit., p. 92

part la mise en place de structures partenariales abritant ces instruments et chargés de veiller à leur élaboration et à leur exécution. Il faut y voir un mouvement de fond qui vise à transformer en profondeur l'action publique locale. Toutefois, les réalités juridiques et pratiques de la contractualisation ne sont pas identiques selon que celle-ci est librement consentie par les différents acteurs ou qu'elle est imposée. A cet égard, la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales revêt un double visage : celui d'une contractualisation voulue et réellement négociée lorsque l'Etat propose un partenariat aux collectivités territoriales (A) et celui d'une contractualisation imposée lorsque l'Etat impose aux collectivités territoriales un partenariat (B). Le développement de structures institutionnelles partenariales et la contractualisation allant de pair, cette nouvelle régulation devient ainsi un nouveau moyen pour l'Etat de maintenir sa présence au niveau local.

A. Le partenariat proposé par l'Etat aux collectivités territoriales

La contractualisation apparaît comme le meilleur instrument du partenariat proposé par l'Etat aux collectivités territoriales dans la mesure où il permet d'associer l'ensemble des acteurs autour d'un projet commun qui se trouve consacré par un instrument commun dans le cadre d'une structure commune. Il y a là une imbrication de la contractualisation dans le cadre de structures institutionnelles de coopérations spécialement créées à cet effet. Dès lors, cette nouvelle forme de régulation est destinée à renouveler essentiellement les rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales pour tenter artificiellement de « gommer » l'idée de tutelle (1). Pour autant, le développement de la contractualisation n'est pas sans traduire une limite de l'action de l'Etat qui se trouve également en nécessité d'associer les collectivités territoriales à son action (2).

1. Une volonté de dépassement de la relation de tutelle

La contractualisation entre l'Etat et les collectivités témoigne d'une volonté profonde de l'ensemble des acteurs de dépasser le cadre traditionnel de la relation de tutelle en instaurant un véritable dialogue entre l'ensemble des acteurs car « dans sa définition théorique, le contrat implique l'égalité des parties. Par le procédé de la

contractualisation, il y aurait ainsi consécration de la « dignité »⁵⁸⁵ des collectivités locales enfin véritablement reconnues aptes à traiter d'égal à égal avec l'Etat »⁵⁸⁶. Ce « partenariat administratif » se caractérise également par une superposition des niveaux d'administration ; par un maillage entre structures administratives décentralisées et déconcentrées et la création de structures *ad hoc* permettant la coordination des politiques publiques au niveau local au travers d'instruments de la contractualisation. Cette situation s'explique également par les nécessités de la régulation qui doit se faire au plus près des acteurs : « le régulateur doit être un « régulateur de terrain », disposant d'une connaissance intime du secteur qu'il est chargé de réguler »⁵⁸⁷. Les structures déconcentrées ne suffisent ainsi plus aux nouvelles formes d'intervention de l'Etat : la participation des collectivités territoriales est devenue centrale, tant d'un point de vue politique que financier. Ainsi, il y a nécessaire coordination d'une politique territoriale française qui ne se conçoit plus uniquement comme imposée d'un « centre » vers une « périphérie ». Les structures de coopération entre l'Etat et les collectivités territoriales sont là pour en témoigner : il n'y a ainsi plus « un » centre⁵⁸⁸ mais des « centres » qui coordonnent l'action publique au niveau local. Il s'agit, jusque là, de partenariats proposés aux collectivités territoriales. On en trouve différents exemples.

Le plus emblématique est certainement le comité interministériel d'aménagement du territoire, géré par la DATAR et chargé de prévoir les orientations et les domaines de la contractualisation pour les contrats de projets Etat-région. De même, une convention avait été signée le 16 janvier 2008⁵⁸⁹ entre l'Etat (l'actuelle DATAR) et l'Association des régions de France met en place une structure d'évaluation mixte des contrats de projets – redevus contrats de plan – dont la programmation est intimement liée aux aides structurelles de l'Union européenne. Cette instance nationale devait être relayée au niveau local par les comités régionaux en charge de l'évaluation, néanmoins il apparaît que cette dernière ait été mise en sommeil depuis 2009.

⁵⁸⁵ J.-M. Pontier, *Contractualisation et planification*, RDP 1993, p. 641 et s

⁵⁸⁶ V. Hémery, *Le partenariat, une notion juridique en formation*, RFDA 1998, p. 347

⁵⁸⁷ J. Chevallier, *Contractualisation et régulation* in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz 2008, p. 91

⁵⁸⁸ « Le modèle centre/périphérie n'a pas survécu aux bouleversements introduits ces 25 dernières années dans les rapports que les Etats entretiennent avec leur(s) territoire(s). (...) La décentralisation fait « bouger » le centre. (...) La déconcentration se fait ainsi indissociable de la décentralisation, dont elle finit par devenir une composante nécessaire. » J. Caillosse, *Les « mises en scène » juridique de la décentralisation*, op.cit., p. 154-155

⁵⁸⁹ http://www.calvados.pref.gouv.fr/sections/basse-normandie/les_missions_du_sgar/contrat_de_projet8120/le_contrat_de_projet/downloadFile/attachedFile_7/060116_Convention_Evaluation_DIACT-ARF.pdf?nocache=1291820359.31

Parfois la démarche de contractualisation peut s'inverser : la contractualisation émane de structures institutionnelles existantes. C'est le cas en matière de gestion financière et budgétaire des collectivités territoriales. La plus importante des structures de coopération en la matière demeure le comité des finances locales, composé en majorité d'élus locaux et de parlementaires, créé par la loi du 3 janvier 1979⁵⁹⁰ qui, en vertu de l'article L. 1211-3 du code général des collectivités territoriales, a pour mission de contrôler l'affectation des concours financiers de l'Etat, en particulier de la dotation globale de fonctionnement. Les travaux de ce dernier ont ainsi permis la mise en place d'un « contrat de stabilité » en 2008, remplaçant le « contrat de croissance et de stabilité » et visant précisément à maîtriser les dépenses publiques. Pour autant, si la contractualisation opère une mutation dans le contrôle de l'Etat en instaurant une nouvelle régulation elle répond également à un besoin profond de renouvellement des politiques publiques. L'idée est, en effet, de concevoir « en commun » l'intérêt général afin que celui-ci soit mis en œuvre collectivement. Si « la dialectique « national-local » a longtemps rythmé les rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales (...) cette distinction tend aujourd'hui à s'atténuer dans la mesure où la complexité des actions et leur coût financier rendent plus nécessaire la mise en jeu de cercles de solidarité intercommunale, départementale, régionale, nationale et européenne. Aucune opération d'envergure ne peut relever aujourd'hui d'une seule collectivité. Le croisement des compétences et des financements est souvent une condition de l'efficacité pour atteindre l'objectif au moindre coût et dans les meilleurs délais »⁵⁹¹.

2. L'Etat en nécessité de contractualiser

L'histoire des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales garde la marque profonde d'une relation de dépendance des secondes vis-à-vis du premier. La transition semble aujourd'hui faite entre une situation initiale de « dépendance » vers une situation « d'interdépendance » où l'Etat ne peut imposer seul de politique publique sans le concours des collectivités territoriales, de même que les collectivités territoriales ne peuvent exercer pleinement l'ensemble des compétences que si elles disposent des

⁵⁹⁰ Loi n° 79-15 du 3 janvier 1979 instituant une dotation globale de fonctionnement versée par l'Etat aux collectivités locales et à certains de leurs groupements et aménageant le régime des impôts directs locaux pour 1979, JORF du 4 janvier 1979, p. 25

moyens tant juridiques que financiers pour y parvenir. Ainsi que le relève M. Bernard : « Aujourd'hui, aucune politique publique n'appartient à une seule collectivité. Toutes sont intersectorielles, interministérielles, inter-collectivités. L'interdépendance conduit à la coopération. Il y a une pédagogie de l'œuvre commune qui répond à l'attente du citoyen, qui n'a que faire des compétences juridiques des uns ou des autres. Il exige que tous ses élus, communaux, départementaux, régionaux, nationaux, s'arrangent entre eux pour lui assurer, avec ses impôts, des services proches, efficaces et peu coûteux. »⁵⁹². On peut donc dire, avec M. Faure, que « le dilemme « Etat *ou* collectivités territoriales » se résout par la solution « Etat *et* collectivités territoriales » (J. Rivero, 1950) »⁵⁹³. Il y a donc une réelle institutionnalisation des structures de partenariat qui partent ou aboutissent à la contractualisation des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales. Il faut considérer qu'il y a là une nouvelle régulation. Toutefois, ce mouvement ne s'arrête pas aux relations verticales entre l'Etat et les collectivités territoriales car « corrélativement à la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales, la même technique se généralise entre elles, pouvant même dans certains cas aboutir à la définition de stratégies communes, comme en Picardie. Certaines régions ont même réussi à devenir le centre d'un maillage contractuel du territoire. C'est le cas de la région Centre »⁵⁹⁴.

La contractualisation et le « partenariat », qu'elle instaure illustre bien ce phénomène, même si les relations qui en résultent demeurent asymétriques dans la mesure où l'Etat conserve l'initiative et ne saurait se retrouver à la merci de son partenaire local. Il faudrait plus logiquement parler – par analogie avec les contrats administratifs – d'un partenariat « administratif » dans la mesure où celui-ci reste marqué par une situation d'inégalité des parties alors même que le discours de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales reste dominé par une vision égalitaire. Il n'en demeure pas moins que cette « culture de l'égalité a rendu nécessaire la fabrication juridique, c'est-à-dire, au sens propre : artificielle d'un territoire homogène. La haine des différences propre à la politique jacobine s'est ainsi traduite dans une production d'unité fictive. Les différenciations territoriales ne s'en sont pas plus mal portées, qui ont su exploiter toutes

⁵⁹¹ V. Hémerly, *Le partenariat, une notion en formation*, op.cit.

⁵⁹² P. Bernard, *La Coopération entre l'Etat et les collectivités locales. Réflexions sur la co-administration*, CURAPP, La loi du 28 pluviôse an VIII, PUF 2000, p. 126

⁵⁹³ B. Faure, *Droit des collectivités territoriales*, op.cit., p. 445, n° 566

⁵⁹⁴ E. Portal, *La gouvernance contractuelle des territoires : acteurs et enjeux* in M. Leroy et E. Portal (dir.), *Contrat, finances, territoires*, L'Harmattan 2006, p. 74

les ressources symboliques offertes par le mythe égalitaire. C'est à la déconstruction de ce montage que nous sommes en train d'assister »⁵⁹⁵. La contractualisation entre l'Etat et les collectivités apparaît donc comme le symptôme d'une transformation profonde du pacte républicain autour d'une vision renouvelée de l'égalité. La contractualisation substitue à la logique « du » centre une logique « des » centres. Cette transformation de la vision de la décentralisation ne se fait pas sans heurt. Elle est difficile pour l'Etat qui doit accepter un déclin du centralisme, elle n'est pas non plus aisée pour les collectivités qui n'acceptent que très difficilement la constitution de « centres » locaux qui sont très vite regardés comme la mise en œuvre de tutelles, notamment entre la Région et les autres collectivités territoriales. La contractualisation induit ainsi une nouvelle vision de la décentralisation dont les premiers effets commencent juste à être ressentis. Il n'empêche qu'un profond changement de paradigme est en marche.

Derrière le partenariat, se développe une véritable régulation ou encore un véritable contrôle qui s'exerce de la part de l'Etat. Dans la majorité des cas, le partenariat et la contractualisation sont voulus et même demandés par les collectivités territoriales mais il est des cas où l'Etat va contraindre à contractualiser, notamment entre collectivités territoriales. La contractualisation des relations de l'Etat et des collectivités territoriales déborde ainsi le cadre strict des relations Etat-collectivités territoriales pour atteindre l'ensemble de la sphère des collectivités territoriales en imposant le « partenariat ». Cette démarche est également motivée par la circonstance que « l'intérêt public est une notion évolutive, et sa satisfaction n'est plus l'apanage des seules collectivités publiques. Une illustration est fournie par la création de structures du type groupement d'intérêt public, qui permettent de s'acheminer vers une sorte d'administration mixte conciliant les intérêts du secteur public et du privé pour la satisfaction d'un besoin réel et précis, et qui individualisent l'apport de chacun à l'œuvre commune »⁵⁹⁶.

⁵⁹⁵ J. Caillosse, *Les mises en scènes juridiques de la décentralisation*, op. cit., p.93

⁵⁹⁶ V. Hémerly, *Le partenariat, une notion en formation*, op. cit.

B. Le partenariat imposé par l'Etat aux collectivités territoriales

Alors que dans le cas précédent, il est possible de voir une réelle intention d'association des collectivités territoriales aux politiques publiques initiées par l'Etat, dans le cas présent il y a davantage « partenariat » imposé aux collectivités territoriales, notamment dans des matières éminentes dans lequel l'Etat entend garder la main, même lorsque les compétences ont été transférées, en faisant participer financièrement les collectivités territoriales. Dès lors, « la contractualisation peut apparaître comme un appât pour obtenir une participation financière de la collectivité locale, à moins que celle-ci ne puisse désormais être acceptée que sous réserve d'un changement dans les modes de relations consistant dans le passage d'une relation de subordination unilatérale à une collaboration contractuelle »⁵⁹⁷. En pratique, la liberté contractuelle permet à la partie la plus puissante de faire adopter par la plus faible des dispositions qu'elle n'aurait pu imposer par une décision unilatérale. L'objectif est d'associer les collectivités locales à un programme que l'Etat désire réaliser, et, alors même que ce dernier ne dispose pas des moyens juridiques de les contraindre, il les oblige à accepter ses propositions »⁵⁹⁸.

Ce partenariat forcé se retrouve aujourd'hui dans le droit de l'intercommunalité, en développement croissant. Evoquer l'intercommunalité pourrait sembler incongru dans la mesure où cette problématique concerne avant tout les relations entre collectivités territoriales. Toutefois, l'immixtion de l'Etat dans ce domaine particulier s'effectue aujourd'hui par le prisme de la contractualisation où il joue un rôle considérable. Dès lors, le droit de l'intercommunalité constitue un exemple intéressant illustrant l'attitude contraignant de l'Etat dans la contractualisation territoriale (1). Il faut y voir une irruption de la part de l'Etat dans l'organisation et la répartition des compétences entre collectivités territoriales alors même que celles-ci ont été ou sont d'ores et déjà transférées par la loi. La création de l'établissement public du Grand Paris apparaît également comme l'aboutissement de ce processus avec la création du contrat de développement territorial (2).

⁵⁹⁷ J.-M. Pontier, *Coopération contractuelle et coopération institutionnelle*, *RA* 1994.162 et s., spéc. p. 165.

⁵⁹⁸ V. Hémerly, *Le partenariat, une notion en formation*, op.cit.

1. L'exemple du droit de l'intercommunalité

Ainsi que le relève M. Faure, « les formules d'EPCI qui se sont succédées vont dans le sens d'une vaste diversification marquant progressivement la réduction du rôle et des pouvoirs des communes regroupées »⁵⁹⁹. Apparue primitivement sous la forme du syndicat de communes dans la loi du 22 mars 1890 limités à la mise en commun de moyens, celui-ci ne trouve sa pleine dimension que par l'ordonnance du 5 janvier 1959⁶⁰⁰ qui l'autorise simultanément à gérer plusieurs services publics. Le véritable essor de l'intercommunalité débute par la loi du 31 décembre 1966⁶⁰¹ créant les communautés urbaines visant à régler les problèmes liés aux grandes agglomérations. La particularité des communautés urbaines tient à la circonstance qu'elles sont dotées d'une fiscalité propre et bénéficient d'une dotation globale de fonctionnement et d'une dotation globale d'équipement. S'intéressant enfin aux communes, la loi du 6 février 1992⁶⁰² crée la communauté de communes et la communauté de ville. Souhaitant lutter contre la complexité du système de l'intercommunalité, la loi du 12 juillet 1999⁶⁰³ est venue réformer l'ensemble du système en instaurant des principes communs aux EPCI dotés d'une fiscalité propre tout en « systématisant ce que le doctrine administrative a pu appeler des « chaînes de contrat » »⁶⁰⁴. Il faut y voir une volonté de la part de l'Etat de rationaliser le morcellement administratif du territoire en favorisant l'association et le regroupement des différentes collectivités territoriales, ce qui rappelle que la décentralisation demeure essentiellement un problème d'organisation administrative dont l'Etat conserve la maîtrise. Dès lors, si « la coopération entre les collectivités publiques est indispensable pour harmoniser les territoires des politiques publiques et pour dégager les synergies techniques et financières nécessaires à la réalisation des projets » elle ne permet toutefois pas « d'emporter la conviction quant à ses vertus quand on constate la persistance de l'enchevêtrement de ses périmètres, l'inadaptation d'un certain nombre de structures et, très souvent l'absence de vision globale sur les

⁵⁹⁹ B. Faure, *Droit des collectivités territoriales*, op.cit., p. 344, n° 446

⁶⁰⁰ Ordonnance n° 59-33 du 5 janvier 1959 relative à la décentralisation et à la simplification de l'administration communale, modifiant l'art. 7 de l'ordonnance 45-993 du 17 mai 1945 relative aux services publics des départements et communes et de leurs établissements publics, concernant les indemnités attribuées aux fonctionnaires et agents de l'Etat, JORF du 6 janvier 1959, p. 316

⁶⁰¹ Loi n° 66-1069 du 31 décembre 1966 relative aux communautés urbaines, JORF du 4 janvier 1967 p. 99

⁶⁰² Loi n° 92-125 du 6 février 1992, relative à l'administration territoriale de la République, JORF n° 33 du 8 février 1992, p. 2064

⁶⁰³ Loi n° 99-586 du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale, JORF n° 160 du 13 juillet 1999, p. 10361

⁶⁰⁴ F. Priet, *Rapport introductif : la coopération entre collectivités publiques*, LPA 16-17 septembre 2010, n° 185-186, p. 3

enjeux de la coopération »⁶⁰⁵. En effet : jusqu'à présent cette volonté d'organiser un partenariat entre les différentes collectivités territoriales reposait sur une logique incitative. Or, les choses sont aujourd'hui différentes et l'action de l'Etat conduit aujourd'hui à imposer un partenariat aux collectivités et la contractualisation devient un outil majeur de ce processus.

Ainsi les lois du 13 août 2004⁶⁰⁶ et du 16 décembre 2010⁶⁰⁷ viennent considérablement transformer l'intercommunalité dans son essence même : en passant de l'incitation à la coopération entre collectivités à l'obligation de recourir à la formule de l'EPCI par la contractualisation. La loi du 16 décembre 2010 procède ainsi au regroupement systématique des communes au sein d'établissements publics de coopération intercommunale (art. 30 et s. de la loi modifiant les règles de création des établissements publics de coopération intercommunale) intimement liée à la création du schéma départemental de coopération intercommunal. Cette dernière disposition montre un système entièrement maîtrisé par l'Etat, obligeant au regroupement communal par l'article 35 de la loi créant un article L. 5210-1-1 au sein du code général des collectivités territoriales⁶⁰⁸. Ainsi, conformément au nouvel article L.1611-8 du code

⁶⁰⁵ F. Priet, *Rapport introductif*, op.cit., p. 11

⁶⁰⁶ Loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, JORF n° 190 du 17 août 2004, p. 14545 ; v. également le numéro spécial de l'AJDA consacré à cette loi, n° 36/2004

⁶⁰⁷ Loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales, JORF n° 0292 du 17 décembre 2010, p. 22146 ; v. également le numéro spécial de l'AJDA consacré à cette loi : AJDA du 24 janvier 2011

⁶⁰⁸ Article 35 : «Après l'article L. 5210-1 du code général des collectivités territoriales, il est inséré un article L. 5210-1-1 ainsi rédigé : ainsi rédigé : « Art.L. 5210-1-1.-I. — Dans chaque département, il est établi, au vu d'une évaluation de la cohérence des périmètres et de l'exercice des compétences des groupements existants, un schéma départemental de coopération intercommunale prévoyant une couverture intégrale du territoire par des établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre et la suppression des enclaves et discontinuités territoriales.

« II. — Ce schéma prévoit également les modalités de rationalisation des périmètres des établissements publics de coopération intercommunale et des syndicats mixtes existants.

« Il peut proposer la création, la transformation ou la fusion d'établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre, ainsi que la modification de leurs périmètres. « Il peut également proposer la suppression, la transformation, ainsi que la fusion de syndicats de communes ou de syndicats mixtes. « Ces propositions sont reportées sur une carte annexée au schéma comprenant notamment les périmètres des établissements public de coopération intercommunale, des syndicats mixtes, des schémas de cohérence territoriale et des parcs naturels régionaux.

« III. — Le schéma prend en compte les orientations suivantes :

« 1° La constitution d'établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre regroupant au moins 5 000 habitants ; toutefois, ce seuil de population n'est pas applicable aux établissements publics dont le territoire comprend des zones de montagne délimitées conformément à l'article 3 de la loi n° 85-30 du 9 janvier 1985 relative au développement et à la protection de la montagne ; par ailleurs, ce seuil peut être abaissé par le représentant de l'Etat dans le département pour tenir compte des caractéristiques géographiques particulières de certains espaces ;

« 2° Une amélioration de la cohérence spatiale des établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre au regard notamment du périmètre des unités urbaines au sens de l'Institut national de la statistique et des études économiques, des bassins de vie et des schémas de cohérence territoriale ;

« 3° L'accroissement de la solidarité financière ;

« 4° La réduction du nombre de syndicats de communes et de syndicats mixtes au regard en particulier de l'objectif de suppression des doubles emplois entre des établissements publics de coopération intercommunale ou entre ceux-ci et des syndicats mixtes ;

général des collectivités territoriales, « à compter du 1^{er} janvier 2015, aucun projet ne pourra bénéficier d'un cumul de subventions de la part d'un département ou d'une région si, dans la région concernée, aucun schéma d'organisation des compétences et de mutualisation des services n'a été conclu. La loi prévoit néanmoins une exception pour les communes de petite taille : un tel schéma n'est en effet pas exigé lorsque le projet a été décidé par une commune dont la population est inférieure à 3500 habitants ou un établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre dont la population est inférieure à 50.000 habitants. De même, les projets intervenant en matière de culture, de tourisme ou de sport ne sont pas soumis au respect de cette condition »⁶⁰⁹.

Le caractère extrêmement englobant de ces nouveaux schémas, obligeant au regroupement intercommunal, a pour effet de contraindre les communes à déléguer leurs compétences à un EPCI cette fois de manière obligatoire. Il s'agit bien là de partenariat imposé dans la mesure où ces « schémas d'organisation n'ont pas seulement pour vocation à prévoir les conditions de l'organisation des interventions financières respectives de la région et des départements, ils fixent également les délégations de compétences de la région aux départements et des départements à la région, ainsi que les conditions d'organisation et de mutualisation des services »⁶¹⁰. La contractualisation ainsi imposée devient un moyen pour l'Etat d'aboutir à un partenariat forcé entre

« 5° Le transfert des compétences exercées par les syndicats de communes ou les syndicats mixtes à un établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre ;

« 6° La rationalisation des structures compétentes en matière d'aménagement de l'espace, de protection de l'environnement et de respect des principes du développement durable.

« IV. — Un projet de schéma est élaboré par le représentant de l'Etat dans le département. Il est présenté à la commission départementale de la coopération intercommunale.

« Il est adressé pour avis aux conseils municipaux des communes et aux organes délibérants des établissements publics de coopération intercommunale et des syndicats mixtes concernés par les propositions de modification de la situation existante en matière de coopération intercommunale. Ils se prononcent dans un délai de trois mois à compter de la notification. A défaut de délibération dans ce délai, celle-ci est réputée favorable.

« Lorsqu'une proposition intéresse des communes ou des établissements publics de coopération intercommunale ou des syndicats mixtes appartenant à des départements différents, le représentant de l'Etat dans le département saisit pour avis le représentant de l'Etat dans le ou les autres départements concernés, qui se prononce dans un délai de trois mois après consultation de la commission départementale de la coopération intercommunale. A défaut d'avis rendu dans ce délai, l'avis est réputé favorable.

« Le projet de schéma, ainsi que l'ensemble des avis mentionnés aux deux alinéas précédents, sont ensuite transmis pour avis à la commission départementale de la coopération intercommunale qui, à compter de cette transmission, dispose d'un délai de quatre mois pour se prononcer. A défaut de délibération dans ce délai, celle-ci est réputée favorable. Les propositions de modification du projet de schéma conformes aux I à III adoptées par la commission départementale de la coopération intercommunale à la majorité des deux tiers de ses membres sont intégrées dans le projet de schéma.

« Le schéma est arrêté par décision du représentant de l'Etat dans le département et fait l'objet d'une insertion dans au moins une publication locale diffusée dans le département.

« Il est révisé selon la même procédure au moins tous les six ans à compter de sa publication.

« V. — Sur le territoire des départements de Paris, des Hauts-de-Seine, de Seine-Saint-Denis et du Val-de-Marne, les schémas départementaux de coopération intercommunale ne sont pas dans l'obligation de prévoir la couverture intégrale du territoire par des établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre.

⁶⁰⁹ V. Donier, op.cit., p. 98

⁶¹⁰ V. Donier, op.cit., p. 98

collectivités territoriales tout en s'assurant un contrôle de l'exercice des compétences transférées aux collectivités, en dehors du cadre classique du contrôle administratif. Il s'agit indéniablement d'une nouvelle régulation qui se voit imposée aux collectivités territoriales. L'intercommunalité n'est pas le seul exemple de partenariat imposé : la loi sur le Grand Paris et l'instauration parallèle des contrats de développement territorial apparaît également comme du partenariat imposé aux collectivités territoriales, permettant d'y voir une volonté ferme de contrôle de la part de l'Etat.

2. L'exemple du contrat de développement territorial

L'émergence d'une nouvelle régulation conventionnelle ne permet pas d'occulter la réalité d'une intervention dirigiste de la part de l'Etat dans la répartition des compétences des collectivités territoriales. Ainsi, la création du Grand Paris apparaît davantage comme un partenariat imposé, jusque dans ses instruments, par un Etat interventionniste marquant ainsi : « le retour de l'Etat aménageur dans un contexte transformé par la décentralisation et par l'ouverture à la concurrence du secteur des transports et des opérations d'aménagement. La loi établit elle-même le nouveau parti d'aménagement, préparé au sommet de l'Etat, et les moyens de le mettre en œuvre »⁶¹¹.

Ainsi, la création du Grand Paris par la loi du 3 juin 2010⁶¹² aboutit-elle en réalité à la création d'un nouvel établissement public industriel et commercial, la Société du Grand Paris, composé pour moitié de représentants de l'Etat et pour le restant de collectivités territoriales. La création de la Société du Grand Paris est toutefois intimement liée aux contrats de développement territorial dont elle n'est toutefois pas automatiquement signataire. Ils sont conclus entre le préfet de région, les collectivités territoriales et/ou les EPCI concernés afin de mener à bien « (...) dans le respect des principes énoncés aux [articles L. 110](#) et [L. 121-1](#) du code de l'urbanisme, les objectifs et les priorités en matière d'urbanisme, de logement, de transports, de déplacements et de lutte contre l'étalement urbain, d'équipement commercial, de développement économique, sportif et

⁶¹¹ G. Marcou, *La loi sur le Grand Paris : le retour de l'Etat aménageur ?*, AJDA 2010, p. 1868

⁶¹² Loi n° 2010-597 du 3 juin 2010 relative au Grand Paris

culturel, de protection des espaces naturels, agricoles et forestiers et des paysages et des ressources naturelles »⁶¹³.

Il faut préciser que ces instruments qui ne sont pas officiellement obligatoires le deviennent nécessairement dans la mesure où, d'une part, ils accompagnent l'aménagement urbain autour des gares et autres zones de desserte et, d'autre part, ils vont lier la société du Grand Paris dans la mesure où celle-ci ne pourra pas conduire d'opération d'aménagement si le contrat de développement territorial ne le prévoit pas.

Le partenariat « forcé » est ainsi poussé à son comble dans la mesure où l'instrument de la contractualisation que constitue le contrat de développement territorial prescrit un certain nombre d'actions en matière d'urbanisme et d'aménagement du territoire obligeant par la même les autres documents d'urbanisme à être mis en conformité avec lui. Il faut relever, avec M. Marcou, que « c'est la première fois que la loi confère une portée prescriptive, en matière d'aménagement urbain, à des dispositions d'un contrat passé entre l'Etat et des collectivités territoriales. En effet, se rattachant à une police spéciale, les actes administratifs faits en matière d'urbanisme, qu'il s'agisse d'actes réglementaires ou non réglementaires, ne peuvent prendre une forme contractuelle, en dehors des modalités de réalisation d'une opération d'aménagement (P. Frier, Contrats et urbanisme réglementaire : les obstacles juridiques, Dr. adm. mars 2005, p. 13-15) ». En effet : « le décret n° 2011-724 du 24 juin 2011 relatif aux contrats de développement territorial montre que le pouvoir de décision unilatérale dans le domaine des documents de planification urbaine est directement affecté dans l'hypothèse où une action ou une opération valant déclaration de projet simplement prévue par le *projet* de contrat serait incompatible avec les dispositions des documents d'urbanisme »⁶¹⁴. Ainsi : « les contrats de développement territorial représentent un nouvel outil d'aménagement associant programmation et prescription, l'action et la réglementation, mais sous la direction de l'Etat »⁶¹⁵.

⁶¹³ Article 21 de la loi n° 2010-597 du 3 juin 2010 relative au Grand Paris

⁶¹⁴ F. Priet, *L'Urbanisme est-il soluble dans le contrat ?*, AJDA 2011, p. 2157

⁶¹⁵ G. Marcou, *La loi sur le Grand Paris : le retour de l'Etat aménageur ?*, op.cit.

Au-delà du partenariat public-public que constitue le contrat de développement territorial, celui-ci apparaît également comme un contrat-cadre ouvrant la voie à d'autres contrats (dont la définition semble se caractériser par son flou) susceptibles d'être conclus, cette fois, avec des personnes privées dans la mesure où l'article 22 de la loi du 3 juin 2010 prévoit : « pour la mise en œuvre des actions et opérations nécessaires à un contrat de développement territorial, les communes et les établissements publics de coopération intercommunale concernés peuvent conclure avec une personne morale de droit public ou privé, jusqu'à l'expiration du contrat de développement territorial, un contrat portant à la fois sur la conception du projet d'aménagement global, l'élaboration d'une proposition de révision ou de modification du document d'urbanisme et la maîtrise d'ouvrage des travaux d'équipement concourant à la réalisation du projet d'aménagement ».

L'exemple du contrat de développement territorial permet de marquer profondément le nouveau mode de relation qu'institue l'Etat par la voie de la contractualisation en s'assurant un contrôle certain des projets et des actions dont la réalisation dépend en grande partie des compétences des collectivités concernées. De plus, les partenariats qui sont ainsi créés et qui ont été abordés jusqu'ici ne concernent que des personnes publiques. Il semble qu'un cap important ait été franchi en matière de contractualisation des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales en faisant intervenir désormais des personnes privées dans des domaines qui, jusqu'alors, leur était étrangers. Il s'agit d'un tournant dans la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales qui de « public-public » devient « public privé ».

***§ 2 : La tentative de régulation par le partenariat « public-privé » :
l'exemple du groupement d'intérêts publics***

L'association de personnes morales de droit privé aux personnes morales de droit public n'est pas une nouveauté. En revanche, l'institutionnalisation de structures de coopération conventionnelles faisant participer les personnes privées à l'élaboration et à

la conduite des politiques publiques est radicalement nouvelle. Les besoins de financement des personnes publiques, l'importance financière croissante des collectivités territoriales ainsi que les compétences transférées ont conduit l'Etat à organiser de manière plus précise et plus directive la coordination des politiques publiques et leurs financements par des investisseurs privés. Dès lors, la contractualisation est devenue un outil de régulation des relations entre l'Etat, des collectivités territoriales et des investisseurs privés concevant puis réalisant un même projet, toujours sous la houlette de l'Etat.

Ce développement de structures de partenariat « public-privé » aux côtés de structures classiques « public-public » apparaît comme la volonté de l'Etat de contrôler au plus près l'exécution des opérations les plus importantes des collectivités territoriales et, cela faisant, franchit un cran majeur dans la contractualisation de ses relations avec celles-ci. Il s'agit, en définitive, du stade le plus ultime de la contractualisation territoriale qui aboutit à faire sortir la relation Etat-collectivités territoriales de son cadre institutionnel en principe exclusif de personnes morales de droit privé.

Le partenariat public-privé qui en résulte apparaît aujourd'hui comme une nécessité lorsque les finances publiques sont en baisse et que le financement public (à la fois de l'Etat et des collectivités territoriales) ne suffit pas à financer les politiques publiques. Dans cette mesure, la contractualisation dépasse le cadre de la régulation des relations Etat-collectivités territoriales. Elle doit être analysée une nouvelle régulation des territoires où l'Etat devient le coordinateur de l'ensemble des acteurs en présence : les collectivités territoriales, les personnes privées sans oublier l'Etat lui-même.

La transformation des structures de l'Etat aboutit au développement d'une contractualisation territoriale insidieuse dans la mesure où elle tente d'embrasser également les relations que les collectivités territoriales sont susceptibles d'entretenir avec des personnes privées. Il faut y voir la volonté de l'Etat de garder la main au sein de ce jeu tripartite qui se met en place. La contractualisation territoriale se réalise par de nombreux instruments juridiques tantôt formels, tantôt informels mais elle recouvre une même réalité pratique : davantage de contrôle de la part de l'Etat et, par conséquent, la mise en œuvre de nouveaux rapports avec une nouvelle régulation dont il est question.

L'exemple du groupement d'intérêts publics (ci-après, GIP) est particulièrement intéressant dans la mesure où il apparaît comme le stade ultime de la contractualisation territoriale puisqu'il aboutit à créer une structure institutionnelle dotée de la personnalité morale.

Partant, le GIP est un instrument conventionnel doublé d'une structure institutionnelle de partenariat. Il s'agit là, en effet, d'un aboutissement de la contractualisation dans la mesure où tant la dimension conventionnelle qu'institutionnelle sont totalement imbriquées l'une dans l'autre. Afin de comprendre l'intérêt de cette formule dans le champ de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales, il importe de définir les raisons d'être du GIP (A) pour en comprendre l'évolution récente et les hypothèses de mutation de la formule (B).

A. Le but du GIP : instaurer conventionnellement un partenariat tripartite

Le GIP est ainsi une personne morale de droit public⁶¹⁶ conventionnelle : elle a été introduite par la loi du 15 juillet 1982⁶¹⁷. Créé sur la base d'une convention entre les participants, le GIP permet de favoriser la coopération entre personnes publiques, d'une part, mais surtout entre personnes publiques et privées, d'autre part. Initialement créé pour mettre un frein à la prolifération des personnes privées créées par l'administration et à l'absence de structure publique de coopération, le GIP est ainsi la seule structure permettant d'associer simultanément l'Etat, des collectivités territoriales et tout type d'établissement public avec des personnes privées.

La contractualisation territoriale est ici poussée à son paroxysme dans la mesure où elle aboutit à décloisonner la relation exclusive Etat-collectivités territoriales pour y faire

⁶¹⁶ TC, 14 février 2000, *GIP Habitat*, Rec. CE, p. 748 ; GAJA n° 106 ; AJDA 2000, p. 645, chr. Guyomar et Collin ; JCP 2000.II.10301, note Eveno ; AJFP juill-août 2000, p. 13, comm. Mekhantar ; LPA 4 janv. 2001, note Gégout et 24 juillet 2001, note Demaye ; RTD com. 2000, p. 602, obs. Orsoni

⁶¹⁷ Loi n° 82-610 du 15 juillet 1982 d'orientation et de programmation pour la recherche, JORF du 16 juillet 1982, p. 2270

intégrer des personnes privées qui vont se trouver dotées, dans une large mesure, d'un pouvoir de décision.

Tout projet de GIP repose en effet sur la manifestation de volonté de l'ensemble de ses membres : ceci implique la signature d'une convention entre les personnes publiques et privées qui sont membre du groupement. Cette convention est un véritable contrat fixant les règles du jeu que se donnent leurs membres. Toutefois cette convention ne donne pas, par elle-même la personnalité morale au groupement. Il faut ensuite qu'elle soit approuvée par la puissance publique : le préfet ou le ministre saisi d'une demande d'approbation d'une convention doit vérifier que le projet entre bien dans le champ d'application de la loi.

La particularité du GIP est ainsi de reposer sur une volonté commune des différents acteurs (publics et/ou privés) pour s'associer afin de mener à bien une action commune : « les GIP, de manière tout à fait originale, constituent en effet les seules personnes publiques créées sur le fondement d'une convention librement conclue entre différentes personnes, publiques et/ou privées en vue d'exercer en commun une activité d'intérêt général »⁶¹⁸.

L'innovation de cette formule du GIP est assurément l'association entre personnes morales de droit public et personnes privées dans un cadre institutionnel doté de la personnalité morale de droit public. L'ensemble des membres du GIP constituent un tout qui va déterminer l'action publique : il n'y a donc pas seulement association de personnes privées à l'exécution d'une mission de service public mais bel et bien détermination de l'action publique en association avec des personnes privés.

La formule du GIP permet non seulement d'organiser l'exercice matériel de compétences entre collectivités territoriales mais également d'associer des personnes morales de droit privé selon des modalités qui sont déterminées par les signataires de la convention constitutive du GIP. Il n'en demeure pas moins que si l'Etat encourage à la création de ce genre de structure il en conserve néanmoins la clef : rien ne peut se faire sans lui. La dernière réforme globale des GIP par la loi du 17 mai 2011 dite de

simplification du droit si elle n'en a pas clarifié le régime a toutefois conduit à un durcissement du contrôle exercé par l'Etat en la matière.

B. Une formule en mutation

Le principe de base présidant à la création du GIP demeure la souplesse de la formule qui repose, précisément, sur son fondement conventionnel. C'est dans la mesure où les différents acteurs se mettent d'accord pour déterminer tant les actions que les moyens nécessaires qu'il y a naissance d'une structure institutionnelle de coopération. Ici, la convention précède la structure de coopération et la marge de manœuvre de l'Etat réside simplement dans l'alternative d'acceptation ou de refus de l'opération en cause (dans la plupart des cas, il est partie à la convention). La réforme précitée a entendu précisément remettre en cause ce fondement en mettant « à mal la spécificité des GIP en encadrant leur origine conventionnelle. A ce titre, l'article 100 de la loi renforce le contrôle exercé sur la création des GIP, en prévoyant que la convention constitutive des GIP doit être approuvée par l'Etat et non plus seulement par une autorité administrative (ce que prévoyaient, par exemple, la loi de 1982 ou encore l'avant-projet de loi établi par le Conseil d'Etat). Le fait de réserver à l'Etat l'approbation de la convention constitutive d'un GIP répond au souci de préserver « la sécurité juridique pour l'ensemble des membres du GIP. Par ailleurs, il est difficile d'imaginer que les cocontractants puissent faire naître une personne morale de droit public sans approbation préalable de la puissance publique » (rapport Sénat, B. Saugey, 1^{re} lecture, préc., p. 138). Une telle préoccupation paraît ainsi bien éloignée de celle consistant à identifier un régime spécifique aux GIP. Elle n'emporte aucune incidence sur la nature même des GIP et ne peut être regardée à ce titre comme un élément d'identification déterminant de cette catégorie de personnes publiques. Mais surtout, cet article contribue à limiter la liberté contractuelle des membres des GIP, en renforçant le contrôle de l'Etat, ce qui met à mal l'une des spécificités des GIP »⁶¹⁹.

Cette évolution consacre un contrôle plus important de la part de l'Etat sur cette structure institutionnelle de coopération qu'est le GIP et, par hypothèse, sur l'exercice

⁶¹⁸ L. Janicot, *La rationalisation manquée des groupements d'intérêt public*, AJDA 2011, p. 1194

⁶¹⁹ L. Janicot, *La rationalisation manquée des groupements d'intérêt public*, op.cit.

des compétences des autres personnes morales de droit public qui en sont partie. Ce contrôle n'est renforcé que pour ce qui concerne les opérations importantes, c'est-à-dire tant par leur dimension financière que territoriale ce qui explique que lorsque « les activités du groupement d'intérêt public n'excèdent pas le ressort d'un département, d'une région ou d'une collectivité d'outre-mer (...), sa convention constitutive est approuvée par le représentant de l'Etat ou, pour les groupements dont les activités relèvent des missions énumérées à [l'article 33 du décret du 29 avril 2004 susvisé](#), par l'autorité de l'Etat compétente pour l'exercice de ces missions »⁶²⁰.

L'essor de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales conduit celui-ci à davantage encadrer, réguler, ou encore limiter la liberté d'action de celles-là même si ses intentions sont parfois louables : assurer le financement des grands projets et s'assurer d'une absence de risque financier démesuré que l'Etat serait conduit à assumer par la suite. Il n'en demeure pas moins nécessaire de se méfier des « ruses d'un Etat qui se servirait du droit de la décentralisation pour se refaire tout à la fois une identité et une santé »⁶²¹. La contractualisation apparaît ainsi comme un outil de régulation commode et de plus en plus privilégié par l'Etat. L'exemple du GIP n'est pas isolé, il pourrait également s'étendre dans les années qui viennent. Cette exemple de reprise en main étatique n'est pas isolé : les avant-contrats accompagnant les contrats il faut également mentionner le sort particulier qui a été fait aux contrats de partenariat, en particulier aux avant-contrats désormais susceptibles d'être conclus par l'Etat et les collectivités territoriales. Ces derniers marquent également une forte reprise en main de l'Etat dans ce domaine spécifique où, également, les enjeux en terme territoriaux et financiers sont conséquents.

Il faut voir ici les limites évidentes des tentatives de régulation des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales par la contractualisation : que ce soit en institutionnalisant un partenariat « public-public » ou « public-privé », la contractualisation n'est pas de nature à renouveler la matière des relations Etat-collectivités territoriales. Ainsi, elle bute tant sur les caractéristiques propres de l'Etat

⁶²⁰ Décret n° 2012-91 du 26 janvier 2012 relatif aux groupements d'intérêt public

⁶²¹ J. Caillosse, *Les « mises en scène » juridiques de la décentralisation*, op. cit., p. 151

unitaire dans lequel la décentralisation est vécue avant tout comme un mode d'organisation administrative que sur la structure même du droit administratif français qui a pour but ultime de faire primer l'intérêt général national sur l'intérêt général local. En l'état actuel des choses, la contractualisation ne saurait être considérée comme une source d'accroissement de liberté pour les collectivités territoriales. En effet : il apparaît que la contractualisation repose sur deux visions différentes d'une même réalité juridique, administrative et politique : assurer de meilleures conditions à l'exercice des compétences et en assurer efficacement le contrôle.

Section 2 : La contractualisation territoriale prisonnière de la décentralisation administrative

Ainsi qu'il a pu être dit dans la première partie, la contractualisation territoriale ne peut se concevoir que dans le cadre de la décentralisation administrative territoriale.

Il n'en demeure pas moins que la contractualisation postule un certain nombre d'évolutions de la décentralisation administrative dans la mesure où elle porte un certain nombre d'aspirations de la part des collectivités territoriales.

L'examen de la réalité de la contractualisation conduit ainsi à distinguer deux visions de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales : celle de l'Etat et celles des collectivités territoriales. Alors que les secondes voient dans la contractualisation un moyen de différenciation et de traitement au cas par cas permettant d'échapper à une vision purement égalitaire du local, le premier y voit un nouvel instrument de contrôle souple et efficace. Les promesses de transformation profonde et radicale des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales, auxquelles ces dernières font foi, ne sauraient être tenues par la contractualisation pour la raison que celle-ci n'a pu changer le cadre constitutionnel et légal dans lequel la relation Etat-collectivités territoriales évolue.

Le cadre de l'Etat unitaire et la vision centralisatrice de l'organisation administrative française constituent des butoirs infranchissables à la contractualisation malgré les promesses qu'elle contient. Si la contractualisation apparaît comme un nouveau mode d'action pour l'Etat, sa mise en œuvre n'a pas permis de transformer la relation entretenue avec les collectivités territoriales. A ce stade, la contractualisation territoriale apparaît davantage comme un espoir déçu.

Le premier exemple concerne la répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales où l'irruption de la contractualisation n'a pas transformé la situation (§ 1). Le second exemple est en connexion directe avec le premier et concerne les finances locales : ici également, l'intervention de la contractualisation n'a absolument pas changé une situation qui demeure dominée par la maîtrise étatique, malgré les évolutions constitutionnelles récentes (§ 2).

§ 1 : L'absence de renouvellement sur le terrain de la répartition des compétences et des transferts de services

L'apparition et le développement consécutif de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales trouve son origine dans l'acte I de la décentralisation en 1982 avec le développement des conventions en matière de répartition des compétences ainsi qu'en matière de transfert de service de l'Etat aux collectivités territoriales. Ces dernières sont apparues comme le fer de lance de la contractualisation et n'ont eu de cesse que de se développer jusqu'à aujourd'hui : chaque réforme de décentralisation s'est vue accompagnée de conventions de transferts de compétences. Ce mouvement part d'un constat simple selon lequel : « la recherche d'une politique contractuelle par l'Etat est la reconnaissance à la fois de la place essentielle des collectivités locales dans la réalisation des équipements collectifs et de l'impossibilité pour l'Etat de parvenir à ses fins par des moyens purement autoritaires »⁶²². Fort de ce développement, la tendance s'est également généralisée à propos de la répartition des compétences entre l'Etat et les

⁶²² J-M. Pontier, *L'Etat et les collectivités locales*, op.cit. p. 548

collectivités territoriales. En analysant les raisons pour lesquelles la contractualisation s'est développée dans ce domaine (A), il sera dès lors possible d'en discuter le bien-fondé dans la mesure où l'émergence de la contractualisation en la matière n'a pas transformé le caractère profondément unilatéral de ces transferts de compétences (B).

A. Une volonté politique de procéder aux transferts de compétences et de services par voie conventionnelle

Ainsi que Maurice Hauriou l'écrivait dans son traité de droit administratif : « Les pays modernes n'ont pas besoin seulement d'une bonne administration, ils ont besoin aussi de liberté politique ». Les relations entre l'Etat et les collectivités territoriales combinent ainsi deux aspects différents : l'existence d'une organisation administrative satisfaisante et l'assurance de relations conçues selon l'impératif démocratique. En effet : les structures administratives décentralisées ne sont pas seulement des entités administratives mais également des entités territoriales démocratiques existant comme la reproduction au niveau local de l'architecture démocratique existant au niveau central. Il y a donc une nécessité pour l'Etat de conserver à la décentralisation son caractère démocratique dans la mesure où celle-ci est également une condition de sa consolidation : l'aspect administratif et l'aspect démocratique sont donc interdépendants. Dès lors, il apparaît nécessaire de teinter cette relation, au moins sur le plan politique, d'égalité : la contractualisation est apparue comme la meilleure manière d'y parvenir (1). Toutefois, les collectivités territoriales si elles sont dans une demande de relations plus égalitaire entre elles et l'Etat demandent également à la contractualisation de leur conférer un traitement différencié (2). Précisément, l'affichage politique trouve ses limites dès lors que le droit empêche dans une large mesure que la contractualisation puisse mettre un terme à l'égalité républicaine telle qu'elle a été interprétée par le Conseil d'Etat et aujourd'hui par le Conseil constitutionnel.

1. La contractualisation vécue comme le symbole d'égalité retrouvée entre l'Etat et les collectivités territoriales

Dans le rapport « Vivre ensemble » présenté par la Commission Guichard en 1976 avançait déjà : « Une voie paraît ouverte pour placer les rapports entre l'Etat et une autorité locale élue sur un pied d'égalité, c'est celle des procédures contractuelles. L'expérience récente montre cependant qu'elle est grosse d'ambigüités. (...) Même si on lui réserve un caractère exceptionnel, il est à peu près certain que la formule contractuelle se développera à l'avenir parce que les collectivités locales seront de plus en plus « majeures » ; parce que les structures administratives ne se modifieront pas en un jour et que le besoin d'adaptation sera de plus en plus vivement ressenti »⁶²³.

Cette vision des choses a un côté prophétique près de trente ans après tant le développement de la contractualisation a été exponentiel. Non seulement les transferts de service⁶²⁴ mais également les transferts de compétences ont été aménagés conventionnellement. Il faut néanmoins y voir les raisons profondes pour lesquelles la contractualisation a été tant favorisée dans le domaine de la répartition des compétences et également des transferts de services de l'Etat vers les collectivités territoriales. En effet, la contractualisation devient ici un mode d'affichage politique par lequel l'Etat entend symboliser un changement de paradigme : le transfert ne serait plus décidé au niveau central et imposé au niveau local mais il ferait l'objet de négociations sur la base d'une convention et donc d'un échange « réciproque » entre parties. Il faut ajouter que la contractualisation apparaît également comme le paravent d'un désengagement de l'Etat par la décentralisation ; désengagement qui se traduit tant par un transfert de compétences que par l'absence de transfert des ressources correspondantes permettant leur exercice.

Si la contractualisation entre dans le domaine du « symbole » des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales c'est dans la mesure où elle fait appel à l'idéologie du contrat et à son vocabulaire : « parties », « partenaires », « obligations

⁶²³ Rapport de la commission de développement des responsabilités locales, *Vivre ensemble*, La documentation française, 1977, pp. 111-119

⁶²⁴ Article 8 de la loi précitée du 7 janvier 1983

récioproques »...autant de mots qui n'ont juridiquement peu ou pas de sens dans une relation Etat-collectivités territoriales façonnée par l'histoire de la construction de l'Etat moderne. Il n'en demeure pas moins que la contractualisation apparaît comme le symbole d'une quête égalitaire des collectivités territoriales, à l'aune des réformes décentralisatrices qui ont permis à ces dernières de voir leurs compétences grandir avec leurs revendications vis-à-vis de l'Etat central. Dans l'ensemble de la littérature parlementaire – notamment sénatoriale – l'idée de rechercher l'égalité par le contrat semble omniprésente. L'Etat s'en est d'ailleurs largement accommodé dans la mesure où le recours à la contractualisation, s'il est plus complexe à mettre en œuvre, apparaît comme un formidable moyen de consensus de telle sorte que les avantages politiques de la contractualisation l'emportent sur l'incommodité administrative de sa mise en œuvre⁶²⁵.

L'affichage politique ne se limite d'ailleurs pas à la recherche d'une égalité des relations Etat-collectivités territoriales : il s'étend également à la recherche d'un traitement différencié du local de telle sorte que la contractualisation permettrait finalement de rompre avec l'uniformité rigide de l'égalité républicaine à laquelle les collectivités territoriales sont soumises et au terme de laquelle le principe de libre administration « ne saurait conduire à ce que les conditions essentielles d'application d'une loi organisant l'exercice d'une liberté publique dépendent de décisions des collectivités territoriales et, ainsi, puissent ne pas être les mêmes sur l'ensemble du territoire »⁶²⁶.

La contractualisation territoriale postule ainsi, en application du principe de subsidiarité, un droit à la différenciation qui s'exprime par le phénomène de territorialisation du droit. Cela faisant, la contractualisation conduit à sortir d'une logique égalitaire pour envisager le droit des collectivités territoriales selon un prisme fondé sur l'équité.

2. La contractualisation vécue comme un droit à la différenciation

Il s'agit du deuxième paradoxe de la contractualisation : celle-ci serait un instrument de traitement différencié du local qui permettrait de sortir de l'égalité républicaine et de

⁶²⁵ L'intitulé même de la loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité est à cet égard éloquent.

⁶²⁶ Cons.const., déc. n° 93-329 DC du 13 janvier 1994, précitée, cons. 18

l'uniformité de traitement qui en découle. En son temps, le rapport Guichard précité soulignait-il que : « (...) L'intérêt essentiel de la politique contractuelle est de permettre l'expression d'une « demande locale », le plus souvent traduite en termes de programmes assortis d'objectifs »⁶²⁷.

Les différents actes de la décentralisation ont eu pour effet de réveiller une tendance « fédéraliste » des collectivités territoriales qui osent ériger leurs compétences comme autant de facteurs d'autonomie vis-à-vis de l'Etat central et réclament par la contractualisation une certaine émancipation pour reprendre le vocabulaire de la tutelle. L'intégration européenne n'y est pas non plus étrangère en ayant développé la prise en compte du fait local avec le développement des régions en Europe. Il y a assurément un choc de culture entre une vision des relations Etat-collectivités territoriales reposant sur l'institution de la tutelle et une nouvelle régulation qui reposerait sur l'idée de contrat. Il faut s'interroger avec le Professeur Caillosse : « Comment éviter d'insister, tout d'abord, sur la prise en charge juridique de la thématique des différences et de la diversité, là où, hier encore, s'imposaient, comme autant de vérités naturelles, le dogmes de l'Unité, et, parfois même, de l'Uniformité ? Plus que d'autres, ces emblèmes de la raison juridique ont eu vocation à mettre en scène cette conception jacobine du territoire que le droit public a formalisée et dont nous sommes toujours des héritiers obligés. Le mode d'organisation territoriale de l'action publique qui a pu en résulter a désormais bien du mal à résister aux tensions qu'il lui faut subir. (...) Il faut alors compter, dit-on, avec des systèmes d'action dans lesquels l'Etat n'apparaîtrait plus qu'à la façon d'un acteur parmi d'autres. Voilà une thèse qui gagnerait sûrement à être discutée davantage ; reconnaissons-lui ce mérite de nous désigner le territoire comme agent fictif de la contractualisation générale du droit public ! »⁶²⁸.

Il n'est pourtant pas dans les moyens de la contractualisation d'être un instrument efficace ni d'établissement d'égalité entre l'Etat et les collectivités territoriales ni d'aboutir à un instrument de différenciation du local. En effet : celle-ci n'ayant vocation à se développer que dans l'espace juridique constitutionnel et légal qui lui est dévolu, l'ensemble des conventions ou autres contrats pouvant être conclus ne peuvent l'être

⁶²⁷ Rapport de la commission de développement des responsabilités locales, *Vivre ensemble*, op.cit., p. 113

⁶²⁸ J. Caillosse, *Les « mises en scènes juridiques » de la décentralisation*, op.cit., p. 91-93

qu'en vertu d'une habilitation législative qui est, par nature, unilatérale. La contractualisation ne peut rien y changer.

B. La permanence du caractère unilatéral de la répartition de compétences et du transfert de services

L'affichage politique contractuel est ainsi démenti par la réalité juridique : la possibilité d'organiser des transferts de services ou la répartition des compétences par voie conventionnelle repose avant tout sur une habilitation législative. L'examen minutieux de ces conventions montre également que l'ensemble du dispositif reste entre les mains de l'Etat qui va imposer, au final, sa volonté. Le caractère unilatéral de la répartition des compétences s'explique en réalité par le fait que celle-ci reste une prérogative étatique qui demeure rétive à l'idée de contrat (1). Du reste, la contractualisation n'est pas davantage un gage de liberté pour les collectivités qui n'ont ici pas le choix à l'inverse d'autres systèmes politiques (2).

1. La répartition des compétences, une prérogative de l'Etat central

Ainsi que le rappelle M. Faure : « les collectivités territoriales, comme toute autorité administrative, ne doivent leurs compétences qu'à l'Etat. De son indivisibilité est induite une représentation qui l'érige en seul véritable garant de l'intérêt général qui, à ce titre, garde la maîtrise de ce qui doit, selon la politique du moment, ressortir de la responsabilité des collectivités ou demeure réservé à la sienne propre. (...) Il ne faut pas se méprendre sur l'idée contemporaine d'une « décentralisation négociée » par laquelle différents procédés de nature contractuelle viendraient régler la répartition réciproque des responsabilités entre l'ensemble des acteurs publique (contrats de projet, contrats de ville, contrat de sécurité...). (...) Il n'empêche, cette activité [contractuelle] trouve

toujours son fondement dans leur aptitude [des collectivités] à régir toute question d'intérêt local telle que reconnu par la loi (...) »⁶²⁹.

En effet, l'organisation des compétences dans le cadre d'un Etat unitaire à l'instar de la République française ne saurait tolérer une vision autre qu'unilatérale dans la mesure où seul l'Etat détient « la compétence de sa compétence ». Il doit donc décider de manière unilatérale de la répartition des compétences. L'ensemble des transferts de compétences qui ont été opérés le sont par voie unilatérale même si les *modalités de mises en œuvre* de ces transferts restent déterminées par la voie conventionnelle : les deux ne doivent pas être confondus. Précisément, il est fréquent que les deux soient confondus par les acteurs. La contractualisation ne saurait s'immiscer dans ce qui se trouve être la colonne vertébrale de l'Etat unitaire : la répartition des compétences. Les conventions qui sont prévues par la loi sont un camouflage consensuel ou contractuel d'une réalité qui ne peut être, en l'état, qu'unilatérale. Il n'y a donc pas de réel choix pour les collectivités territoriales même si elles continuent de revendiquer un choix à la différenciation et à la possibilité de venir jouer un rôle quant à la répartition des compétences. Ainsi, la proposition n° 3 d'un récent rapport parlementaire prévoit-elle de : « Mettre en place un dispositif de compétences obligatoires partageables par accord entre les collectivités. Affirmer un principe contractuel général »⁶³⁰.

2. L'absence de choix des collectivités territoriales

En effet : il n'y a ici aucun réel choix pour les collectivités territoriales en matière de transfert de compétences. Elles sont conduites à accepter, quand bien même la convention est là pour atténuer les effets d'un transfert de compétences unilatéral. Il est toutefois des cas où les collectivités peuvent refuser les transferts, c'est le cas en matière d'expérimentations. La loi du 27 février 2002 avait ainsi prévu des expérimentations en matière de transfert à certaines collectivités territoriales de la gestion des ports

⁶²⁹ B. Faure, *Droit des collectivités territoriales*, op.cit., p. 481

⁶³⁰ Rapport parlementaire n° 498 fait au nom de la délégation aux collectivités territoriales et à la décentralisation sur le synthèse de propositions adoptées par la délégation aux collectivités territoriales susceptibles d'animer les discussions législatives à venir par Mme Jacqueline Gourault et M. Edmond Hervé, <http://www.senat.fr/rap/r12-498/r12-4981.pdf>

maritimes (aux régions)⁶³¹ et des aérodromes civils⁶³². En l'absence de candidature des collectivités territoriales, ces expérimentations ont été transformées par la loi du 13 août 2004 par des transferts définitifs aux collectivités de ces mêmes infrastructures sur le principe du volontariat, s'agissant d'expérimentations⁶³³. Il faut également souligner que les collectivités ne peuvent prendre l'initiative de contractualiser : « les collectivités locales ont seulement l'initiative de l'initiative : elles peuvent faire valoir qu'elles sont disposées, qu'elles souhaitent même passer un contrat avec l'Etat »⁶³⁴. Il faut donc y voir nécessairement une absence de choix des collectivités territoriales sur les transferts de compétences dont elles peuvent faire l'objet. Les débats actuels sur l'existence d'une clause générale de compétence sont également de nature à conférer à l'Etat un rôle majeur dans la détermination des compétences pouvant être dévolues et, in fine, faire éventuellement l'objet d'éventuelles conventions. Il y a donc une maîtrise du processus par l'Etat.

Dans d'autres systèmes juridiques, les collectivités territoriales peuvent conserver la maîtrise du processus de transfert de compétences cela même dans le cadre d'un état unitaire. C'est le cas de l'Italie où : « la loi n° 59 de 1997 a confié aux régions une grande part de la procédure de répartition des fonctions. Dans une première étape, le gouvernement a déterminé par des décrets d'exécution les fonctions à répartir directement entre régions, provinces et communes, lorsqu'elles concernent des domaines non prévus par l'article 117 de la Constitution, et les fonctions à attribuer globalement aux régions et autres collectivités locales lorsqu'il s'agit de domaines énumérés à l'article 117. Dans une deuxième étape, il en est résulté pour les régions l'obligation de procéder elles-mêmes, dans un délai de six mois, à la répartition des compétences entre les autres collectivités territoriales. Ainsi les régions deviennent, à tout le moins dans les domaines strictement régionaux, des acteurs de la répartition des fonctions. C'est une innovation parce que l'ordre juridique constitutionnel italien se caractérisait par le fait que jusqu'alors l'État se réservait le pouvoir de déterminer les fonctions des collectivités

⁶³¹ Article 104 de la loi n° 2002-276 du 27 février 2002

⁶³² Article 105 de la loi n° 2002-276 du 27 février 2002

⁶³³ V. ainsi : N. Kada, *Transferts et expérimentations dans le cadre de la loi du 27 février 2002 : une (petite) pierre pour un (vaste) édifice* in Gilles J. Guglielmi et J. Martin (dir.) *La démocratie de proximité : bilan et perspectives de la loi du 27 février 2002, dix ans après*, Berger-Levrault 2013, p. 183

⁶³⁴ J-M. Pontier, *L'Etat et les collectivités locales*, op.cit., p. 547

locales. La reconnaissance d'un tel rôle aux régions leur donne la possibilité d'organiser la répartition des compétences administratives d'une manière propre à chacune. La réforme du système administratif engagée par la loi n° 59 de 1997 a entraîné une réforme de ces organes. Le décret législatif 281 de 1997 a consolidé les conférences, en renforçant leur rôle au travers de la mise en place de nouvelles procédures visant à favoriser les ententes et les accords entre l'État et les collectivités locales. Par ailleurs, ce même décret introduit un organe unique, la conférence unifiée, qui est la fusion de la conférence État-régions et de la conférence État-autonomies locales, appelés à donner un avis dans les domaines d'intérêt commun des régions, provinces et communes. Étant donné l'imbrication de plus en plus grande des compétences des différents niveaux de gouvernement territorial et le large éventail des fonctions qui lui sont attribuées, la conférence unifiée a acquis ces dernières années un poids croissant en tant qu'organe de concertation entre les collectivités territoriales et le gouvernement. Le système des conférences contribue, même à cadre constitutionnel inchangé, à transformer la forme du gouvernement national. Le consensus au sein des conférences à propos des actes du gouvernement, y compris des projets de loi, finit par emporter la décision, même au sein du Parlement où il devient de plus en plus difficile de ne pas tenir compte des positions exprimées par les pouvoirs territoriaux »⁶³⁵.

Les conventions de transfert de services inaugurées par la loi du 2 mars 1982 doivent également être considérées comme asymétriques dans la mesure où l'État dispose d'un pouvoir de résiliation unilatéral même si le juge peut annuler la décision de résiliation, s'agissant d'un contrat entre personnes publiques⁶³⁶. Ici encore, il s'agit d'un non-choix des collectivités territoriales dans la mesure où elles sont implicitement mais nécessairement tenues d'obtenir des moyens afin d'exercer les compétences qui lui sont dévolues par la loi. A cet égard, l'un des terrains les intéressants pour apprécier les limites de la contractualisation comme instrument de régulation demeure celui des finances locales où l'État conserve également la maîtrise du dispositif.

⁶³⁵ Compte rendu de la mission effectuée à Rome et à Palerme du 17 au 20 juin 2002 par une délégation du groupe interparlementaire France-Italie du Sénat, *La réforme régionale en Italie – Un exemple de décentralisation*, disponible sur : <http://www.senat.fr/ga/ga41/ga41.html>

⁶³⁶ CE, 13 mai 1992, *Commune d'Ivry-sur-Seine*, précité ; CE 25 mai 1992, *Département de l'Hérault*, AJDA 1992, p. 532 chron. Maugüe et Schwartz

§ 2 : *L'absence de renouvellement sur le terrain des finances locales*

La question du transfert de ressources équivalent au transfert de compétences est une pomme de discorde très ancienne entre l'Etat et les collectivités territoriales dans la mesure où elle est intimement liée à l'adoption de l'acte I de la décentralisation et aux premiers transferts de compétences. A l'époque : « certains ont accusé le gouvernement de réaliser des transferts de charges de l'Etat aux collectivités sous le couvert d'une nouvelle répartition des compétences. Cette dernière n'étant pas accompagnée, selon eux, des dévolutions des moyens financiers correspondants. Les pouvoirs publics centraux se sont toujours défendus de cette attitude machiavélique. Il nous semble que le débat est ainsi engagé sur de mauvaises bases. En effet, les finances locales posent deux problèmes liés mais distincts. D'un côté il faut s'interroger pour savoir si le montant global des ressources financières des collectivités est suffisant au regard des responsabilités qui leur incombent. De l'autre, il y a lieu d'examiner le degré d'autonomie dont elles disposent pour les utiliser »⁶³⁷. Il n'en demeure pas moins que sans transfert des ressources équivalent au transfert de compétences, le plein exercice par les collectivités territoriales des compétences ainsi transférées apparaît compromis. A moins qu'elles n'acceptent soit de s'endetter, soit de ne plus exercer telle ou telle activité de service public.

Après l'acte II de la décentralisation et les réformes constitutionnelles introduisant un article 72-2 à la Constitution obligeant d'affecter les ressources nécessaires au transfert de compétences, la problématique reste toujours posée en ces termes : de quelles ressources effectives disposent les collectivités territoriales et de quelle autonomie financière disposent-elles ? La contractualisation a également fait son apparition en matière de finances locales, également pour les mêmes raisons que pour la répartition des compétences. Pour apporter un début de réponse à ces deux interrogations, deux exemples sont à développer qui permettent successivement d'y répondre. Le premier exemple concerne les dotations de l'Etat aux collectivités territoriales qui font l'objet, au sein d'une « enveloppe normée » d'une contractualisation depuis plusieurs années. L'étude de cette contractualisation spécifique ne manque pas d'intérêt quant à la

⁶³⁷ R. Pierot, *L'autonomie financières des collectivités locales* in *Etudes de finances publiques : Mélanges en l'honneur de Paul-Marie Gaudemet*, Economica 1984, p. 559

question de savoir si les collectivités disposent des ressources nécessaires à leur fonctionnement (A). L'autre domaine concerne l'exemple des politiques de péréquation avec la contractualisation de la dotation de développement urbain, intégrée à la DGF, qui illustre également les limites de l'autonomie financière des collectivités territoriales vis-à-vis de l'Etat (B).

A. La contractualisation manquée des concours financiers de l'Etat aux collectivités territoriales

La dotation globale de fonctionnement comme d'ailleurs la majeure partie des concours financiers de l'Etat aux collectivités territoriales constitue en réalité des subventions de l'Etat aux collectivités territoriales. Le reste est constitué de compensation de transferts de charges, d'exonérations ou encore dégrèvements opérés par le législateur. Ces dotations représentent près de 30 % du budget des collectivités territoriales⁶³⁸ et plus de 41 milliards d'euros en 2013. La dotation globale de fonctionnement a ceci d'intéressant qu'elle constitue une enveloppe globale elle-même divisée en un total de 12 sous-enveloppes qui diffèrent selon les personnes morales (4 sous-enveloppes pour les communes, 2 pour les EPCI, 4 pour les départements et 2 pour les régions). La dotation globale de fonctionnement apparaît comme un progrès en soi dans la mesure où elle se définit précisément comme une enveloppe globale « qui assure une complète liberté d'utilisation à la collectivité bénéficiaire. Ce principe symbolise parfaitement le changement d'attitude de l'Etat en la matière ainsi qu'une « mutation profonde du contexte politique des relations financières entre les deux parties »⁶³⁹ ».

Il n'en demeure pas moins que dans la philosophie de la loi du 3 janvier 1979 ayant institué la DGF, celle-ci reste divisée en deux parts : une part forfaitaire perçue par toutes les collectivités bénéficiaires et une part variable qui est en réalité une dotation de péréquation perçue par les collectivités en difficultés.

⁶³⁸ <http://www.collectivites-locales.gouv.fr/principes-regissant-dotations>

⁶³⁹ Selon l'analyse de P. Coupaye et P. Josse, in *RFFP*, « Les subventions », n° 23

L'ensemble des dotations et subventions de l'Etat aux collectivités territoriales font l'objet depuis 1996 d'une « enveloppe normée » (comprenant toutes les dotations d'investissement et de fonctionnement de l'Etat à l'exclusion du fonds de compensation sur la valeur ajoutée et des amendes de police) et pour éviter une augmentation trop brutale de la DGF pour l'Etat a été mis en place dès la loi de finances du 30 décembre 1998 un contrat de croissance et de solidarité visant à « à garantir une prévisibilité des ressources des collectivités territoriales et des charges de l'État, grâce à une programmation pluriannuelle de l'évolution des dotations, et à associer les collectivités territoriales à l'effort de maîtrise de la dépense publique »⁶⁴⁰ devenu contrat de stabilité en 2008. La contractualisation a ainsi permis d'assurer une croissance régulière du contrat de stabilité et donc des dotations aux collectivités territoriales.

Toutefois, l'accroissement de la dette publique et la nécessaire maîtrise des dépenses publiques ont compromis la pérennité du mécanisme. L'Etat s'est vu contraint à geler ses dépenses et l'article 38 de loi de finances pour 2008 a eu pour effet « d'ajuster l'augmentation des transferts de l'État en faveur des collectivités territoriales à la maîtrise des dépenses du budget de l'État dans la lignée des conclusions du premier rapport du Conseil d'orientation des finances publiques »⁶⁴¹. Ainsi, le mécanisme du contrat de stabilité est en réalité un simple mécanisme d'équilibrage des comptes publics et un instrument de prévision des dotations dont la détermination reste totalement entre les mains de l'Etat : les collectivités territoriales n'ont ici aucune marge de discussion. « Alors que depuis 2008 la progression de l'enveloppe normée des concours financiers de l'Etat s'effectuait selon une norme « zéro volume » (c'est-à-dire selon un taux de croissance égal au taux d'inflation prévisionnel), depuis 2011 cette progression s'effectue selon une norme « zéro valeur » (ce qui correspond en pratique à une diminution annuelle égale au taux d'inflation prévisionnel) »⁶⁴². Ceci permet de mieux expliquer le passage du contrat de « croissance » au contrat de « stabilité ». De plus, la loi de programmation de programmation des finances publiques pour les années 2012 à 2017 prévoit-elle que : « l'enveloppe des concours financiers de l'Etat aux collectivités territoriales est stabilisée en valeur en 2013, puis diminuera de 750 millions d'euros par an, en 2014 et 2015.(...) En 2013, l'enveloppe des concours de l'Etat aux collectivités

⁶⁴⁰ E. Oliva, *La dotation globale de fonctionnement des communes*, Encyclopédie Dalloz des collectivités locales, folio n° 7280

⁶⁴¹ E. Oliva, *La dotation globale de fonctionnement des communes*, op.cit.

territoriales est ainsi stabilisée en valeur, à périmètre constant, par rapport à 2012, soit à un montant de 50,5 Md€. Elle diminuera de 750 millions d'euros par an en 2014 et 2015, soit — 1,4 % par an en moyenne sur 2014-2015 ». La contractualisation sera d'ailleurs encore renforcée dans la mesure où « à partir de 2014, les modalités d'association des collectivités territoriales seront négociées dans le cadre d'un pacte de confiance et de solidarité. Un pacte de confiance et de solidarité sera négocié avec les collectivités territoriales afin notamment de déterminer les modalités, à partir de 2014, de participation des collectivités territoriales à l'effort de redressement »⁶⁴³. L'association des collectivités au redressement des comptes publics par le truchement de ce nouveau « pacte de confiance et de solidarité » n'est pas sans susciter des interrogations quant à sa portée juridique qui n'en aura que s'il en résulte une inscription dans le prochain projet de loi de finances. La dernière réunion du comité des finances locales a ainsi pu mettre en exergue les points suivants, concernant ce pacte de confiance et de solidarité ayant vocation à être négocié initialement entre l'Etat et les régions : « Le comité des finances locales souligne : (...) que si la région demeure l'échelon pertinent de la contractualisation, tous les niveaux de collectivités territoriales doivent être associés à l'exercice. (...) Souhaite que la continuité de la contractualisation soit assurée et les délais respectés »⁶⁴⁴.

Outil de prévision et de programmation de l'action publique, la contractualisation des concours financiers de l'Etat aux collectivités territoriales ne change absolument pas la nature éminemment unilatérale de la matière des finances publiques. D'ores et déjà, les collectivités voient leurs ressources diminuer sans qu'elles ne soient à même, juridiquement, de protester. Il faudra également déterminer, pour l'avenir, si l'évolution de la contractualisation en matière de concours de l'Etat aux collectivités territoriales ne se traduirait pas à un recul de la logique de « l'enveloppe globale », ce qui aurait pour conséquence de retirer une part non négligeable de liberté aux collectivités dans la détermination de leurs actions. A ce titre, l'exemple de la dotation de développement urbain est tout à fait intéressant dans la mesure où il permet également de montrer une évolution du rôle de l'Etat dans l'attribution des dotations aux collectivités territoriales à l'aide de la contractualisation.

⁶⁴² L. Levoyer, *Finances locales*, Hachette 2012, p. 44-45

⁶⁴³ Loi n° 2012-1558 du 31 décembre 2012 de programmation des finances publiques pour les années 2012 à 2017

⁶⁴⁴ http://www.collectivites-locales.gouv.fr/files/files/comptereendu_cfl_25_juin_2013.pdf

B. La contractualisation source de limitation de l'autonomie financière des collectivités territoriales

La contractualisation de la dotation de développement urbain est un exemple instructif de l'évolution du comportement de l'Etat en matière de finances locales qui laisse présager un changement de paradigme important. En effet : jusqu'à présent, le fonctionnement des finances locales sur le mode de « l'enveloppe globale » laissait une marge de manœuvre importante aux collectivités territoriales et permettait de leur laisser une large part de liberté quant à l'utilisation des fonds ainsi versés. La mise en œuvre de la contractualisation vient modifier ce comportement en permettant d'assortir la subvention d'un certain nombre d'objectifs ce qui a pour effet corrélatif de restreindre la liberté de la collectivité concernée.

L'article L. 2334-40 du Code général des collectivités territoriales⁶⁴⁵ dispose : « Il est institué une dotation budgétaire intitulée dotation de développement urbain. (...) Pour l'utilisation de ces crédits, le représentant de l'Etat dans le département conclut une convention avec la commune ou l'établissement public de coopération intercommunale. Ces crédits sont attribués en vue de la réalisation de projets d'investissement ou d'actions dans le domaine économique et social. La subvention accordée ne doit pas avoir pour effet de faire prendre en charge tout ou partie des dépenses de personnel de la commune. Le représentant de l'Etat dans le département arrête les attributions de dotations sur la base d'objectifs prioritaires fixés chaque année par le Premier ministre après avis du Conseil national des villes ». Il faut d'ores et déjà constater que la loi a considérablement cadré le champ d'application de cette dotation qui ne peut pas couvrir d'éventuelles dépenses de personnel. La transformation profonde vient du fait que l'attribution de la subvention ne se fait plus par arrêté préfectoral mais par contrat de subvention⁶⁴⁶. Il est probable que cette dotation de développement urbain soit prochainement remplacée par une dotation politique de la ville⁶⁴⁷. Pour l'heure, il est intéressant de voir dans quelle mesure la circulaire du 23 avril 2013⁶⁴⁸ prévoit d'organiser les conditions dans lesquelles ce contrat de subvention intervient. Dans le modèle de convention figurant en annexe à la circulaire figure les clauses suivantes :

⁶⁴⁵ Créée par l'article 172 de la loi n° 2008-1425 du 27 décembre 2008 de finances pour 2009

⁶⁴⁶ V. sur ce point : Y. Gaudemet, *Qu'est-ce qu'une subvention publique ?*, RJEJ 2011, n° 689

⁶⁴⁷ M-C. de Montecler, *Le gouvernement annonce le retour de l'Etat dans les quartiers*, AJDA 2013, p. 373

« L'emploi de la subvention est soumis au contrôle de l'Etat. Le bénéficiaire de la subvention doit répondre à toute demande d'information qui lui sera exprimée à cette fin. Le bénéficiaire rendra compte de l'utilisation des crédits de la DDU à l'occasion de l'élaboration du rapport annuel global de la commune relatif à l'utilisation des crédits de la politique de la ville. (...) En cas de non-exécution de l'action décrite à l'article 2, le bénéficiaire sera amené à reverser à l'Etat la totalité de la subvention. En cas d'exécution partielle ou imparfaite du projet, le reversement sera dû proportionnellement. En cas de modification sans autorisation de l'affectation de l'investissement prévu à l'article 2 avant l'expiration d'un délai fixé dans l'arrêté attributif de subvention ». Il est intéressant de constater qu'il ne s'agit plus du tout d'une méthode de raisonnement fondé sur « l'enveloppe globale » mais sur la réalisation de missions spécifiques dont l'évaluation par l'Etat donnera lieu ou non au versement de la subvention. Si cette tendance se développait davantage, il serait possible de considérer que la contractualisation non seulement n'est que l'affichage d'une action unilatérale de la part de l'Etat mais également qu'elle remet en cause les principes mêmes des dotations de l'Etat aux collectivités territoriales.

Si la contractualisation en matière de finances locales peut être un outil efficace de gestion des comptes publics et de réduction des déficits, il n'en demeure pas moins qu'aujourd'hui elle finit par se retourner contre les collectivités territoriales dans la mesure où elle n'est pas à même de lui assurer une stabilité de ses ressources financières ni de lui garantir une véritable autonomie fiscale. Il faut appeler, avec M. Bouvier, à « aller vers une nouvelle forme de gouvernance sachant intégrer démocratie, solidarité et liberté. Quoiqu'il en soit, et si la crise actuelle semble accélérer une évolution allant dans le sens d'une intégration des acteurs publics, il ne faudrait pas que cette intégration prenne la forme d'une recentralisation du fait d'un défaut de réflexion »⁶⁴⁹.

CONCLUSION DU TITRE 1

⁶⁴⁸ http://www.collectivites-locales.gouv.fr/files/files/Circulaire_DDU_2013.pdf

⁶⁴⁹ M. Bouvier, *L'intégration financière des collectivités locales versus recentralisation*, RFFP 2013, n° 121, p. 15

La contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales, dans sa configuration présente, apparaît impossible à mettre en œuvre. En premier lieu, son caractère juridiquement hétéroclite rend sa prise en compte extrêmement difficile par le juge administratif révélant, par la même occasion, les limites du contentieux administratif traditionnel. En second lieu, le caractère diffus et composé des structures partenariales mises en place contribue également à brouiller le paysage institutionnel et à devenir un instrument du flou qui, au final, ne sert pas la relation Etat-collectivités territoriales et montre son incapacité à renouveler une relation ancienne fondée sur une conception unitaire de l'Etat que la contractualisation ne saurait dépasser.

La contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales est loin d'être un phénomène juridiquement homogène, rendant ainsi très difficile l'établissement d'une grille de lecture claire permettant de connaître précisément les conséquences juridiques qui en découlent ou sont censées en découler. Le contentieux administratif traditionnel révèle ainsi son inadaptation profonde avec un mode de raisonnement qui conduit, a priori, à exclure de son champ de contrôle les actes n'ayant pas d'effet impératif immédiat. Le caractère essentiellement directif de la majorité des instruments de la contractualisation que sont les conventions d'administration n'est pas clairement pris en considération par le juge administratif sauf à opérer d'éventuelles requalifications. Il semble que sur ce terrain, les choses soient en train d'évoluer et que le juge soit amené à sanctionner plus largement, à l'avenir, un certain nombre d'actes à portée directive. Il n'en demeure pas moins que ce caractère juridiquement hétéroclite n'est pas de nature à servir la sécurité juridique et donc garantir une stabilité des relations Etat-collectivités.

Le contentieux administratif révèle son inadaptation au phénomène de la contractualisation dont les instruments directifs sont, en partie, privés de sanction juridictionnelle, ne serait-ce que pour ce qui concerne le contentieux de la responsabilité. Cette inadaptation ne conduit toutefois pas à exclure, en tout cas d'un point de vue pratique et théorique, l'existence d'autres modes non contentieux ou « para-contentieux » de règlement des litiges. Il faut y voir également la possibilité d'un renouvellement en profondeur de la manière de trancher un contentieux concernant l'Etat et les collectivités territoriales : un certain nombre de mécanismes classiques et propre à la contractualisation sont à même de jouer un rôle certain en la matière. La

contractualisation a ici servi à multiplier les interfaces de dialogue entre l'Etat et les collectivités territoriales et peut donc, potentiellement, servir de mode alternatif de résolution des litiges.

Toutefois, cette multiplication d'interfaces de dialogue entre l'Etat et les collectivités territoriales n'est pas de nature à fonder une nouvelle régulation susceptible de supplanter ou de renouveler la relation Etat-collectivités territoriales. Ici également, le phénomène de la contractualisation est diffus et aboutit à dépasser le cadre institutionnel traditionnel du couple « Etat-collectivités territoriales » pour inclure des tiers que sont des acteurs privés. La contractualisation devient ainsi une réponse à la crise des finances publiques et donc au besoin de financements des opérations d'intérêt général. La contractualisation devient un moyen pour l'Etat de s'associer au plus près aux opérations menées par les collectivités territoriales et s'assurer, pour les opérations les plus importantes, de leur bonne exécution en s'en arrogent la maîtrise. Dès lors, il apparaît que la contractualisation ne saurait être une régulation efficace qui supplanterait la relation traditionnelle Etat-collectivités territoriales, basée sur une histoire et des fondements constitutionnels clairs qui s'imposent. Ceci se retrouve précisément sur des domaines majeurs que sont la répartition des compétences et le domaine des finances locales. L'introduction de la contractualisation dans ces domaines n'a pas fondamentalement changée un mode de relation unilatéral, bien au contraire. La contractualisation apparaît pour ce qu'elle est : non pas une réponse à la question « moins d'Etat » mais une réponse à la question « mieux d'Etat ». Dans ces deux matières précitées, il se trouve que la contractualisation n'est que l'expression différente d'une mode de relation qui demeure essentiellement jacobin et unilatéral : il n'y a pas véritablement de place pour une régulation fondée sur une idéologie contractuelle ou encore sur un véritable partenariat. Ce serait nier la relation de contrôle qui est la base de la relation Etat-collectivités territoriales, contrôle qui repose sur l'exercice libre de compétences dévolues par la loi. La contractualisation est souvent présentée comme un instrument de remise en ordre, notamment sur le terrain de la répartition des compétences. Or, la multiplication des niveaux de compétences et des instances institutionnelles par la contractualisation aboutissent à un brouillage considérable de la relation Etat-collectivités territoriales. A tel point qu'il est possible de se demander si l'arlésienne qu'est la « clarification des compétences » n'est pas un instrument

supplémentaire de contrôle de la part de l'Etat aboutissant, de fait, à une recentralisation. L'idée de recentralisation ne s'entend pas ici strictement comme le fait pour l'Etat de retirer juridiquement des compétences aux collectivités territoriales mais d'aboutir à une réduction de la liberté des collectivités territoriales dans l'exercice de leurs compétences. La question se pose donc de savoir dans quelle mesure la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales n'est pas une source de recentralisation et donc, par conséquent, l'antithèse de la décentralisation.

*

TITRE 2. LA CONTRACTUALISATION TERRITORIALE ET LA LIBRE-ADMINISTRATION DES COLLECTIVITES TERRITORIALES

Des chapitres précédents se dégage en définitive une forme de « flou ». Celui-ci s'explique d'abord par le quiproquo sur la nature de la contractualisation examinée précédemment qui apparaît comme une nouvelle sorte de contrôle de l'Etat se greffant à côté de l'institution de la tutelle administrative. Les collectivités territoriales estiment qu'il s'agit là d'une reconnaissance de leur capacité à être des acteurs à jeu égal aux côtés de l'Etat. Pour autant, la contractualisation ne permet pas de faire progresser l'égalité entre collectivités territoriales dans la mesure où elle ne fait, actuellement, que renforcer les inégalités entre collectivités. En second lieu, la contractualisation gonfle artificiellement le millefeuille institutionnel alors même qu'elle est souvent présentée comme devant justement être un remède à cette situation.

Il y a ainsi un double décalage entre discours politique et réalité juridique : le sens même de la contractualisation n'est pas partagé par les parties en présence et la contractualisation ne sert pas, en réalité, les objectifs qu'elle est censée défendre. Cette situation, tant du point de vue juridique du point de vue institutionnel, conduit à s'interroger sur le point de savoir si en définitive la contractualisation n'est pas en définitive un instrument du flou dont le seul but serait de masquer la réalité : la contractualisation ne serait ainsi qu'un instrument au service d'un mouvement de recentralisation.

La faible sanction et les contours incertains des contrats ne garantissent pas l'équilibre et donc la sécurité juridique des rapports ainsi créés. C'est précisément ce flou, avec la liberté d'interprétation qu'il crée qui ouvre la voie, pour l'Etat, à une réappropriation de la réalité du pouvoir apparemment attribué aux collectivités territoriales c'est-à-dire en réalité à une forme de recentralisation. En effet : la contractualisation permet de redonner à l'Etat la part de contrôle qu'il avait abandonné à la faveur de l'acte I de la décentralisation, c'est-à-dire le contrôle pour motif d'opportunité.

Le flou engendré par la contractualisation crée une frustration de la part des collectivités territoriales. Il ne peut pas en être autrement dans la mesure où le double discours tenu sur la contractualisation aboutit sur une réalité très éloignée des promesses que les engagements pris laissaient supposer. En effet, la contractualisation repose sur une idéologie partenariat est donc consensuelle. Dès lors qu'elle devient en réalité un instrument de recentralisation, la contradiction est patente (Chapitre 1). Cette situation contribue au brouillage des relations entre l'État et les collectivités territoriales et expliquerait largement le malaise actuel exprimé par les collectivités territoriales. Au final, le contrat devient un instrument inégalitaire : la logique d'équité qui le soutient serait une illusion masquant l'inégalité et la discrimination entre collectivités territoriales.

Tout ceci conduit à considérer que la contractualisation apparaît comme un facteur d'instabilité juridique de la relation Etat-collectivités territoriales (Chapitre 2). Cette instabilité juridique se traduit d'abord par l'insécurité juridique qu'elle engendre. Elle se caractérise ensuite non seulement par son incapacité à clarifier la répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales mais également par sa propension à nourrir le mille-feuille administratif français. Si, en l'état, la contractualisation n'apparaît pas comme un progrès ou encore une garantie eu égard au principe de libre-administration des collectivités territoriales, il s'en faut de peu de choses pour qu'elle y parvienne. Des correctifs juridiques sont possibles dès lors que l'Etat consent à prendre la mesure des changements de fond tant juridiques qu'institutionnels suscités par la contractualisation.

Chapitre 1 : La contractualisation comme instrument de tutelle supplémentaire

La contractualisation doit être décrite et analysée pour ce qu'elle est, en dépit du discours politique et d'un certain nombre d'affichages. Il faut partir d'un constat simple : la contractualisation trouve sa place au sein d'une relation ancienne qui reste

encadrée par l'institution de la tutelle, c'est-à-dire le fait pour l'Etat d'exercer un contrôle sur l'activité des collectivités territoriales, tant sur leurs actes que sur les personnes. Il s'agit d'une exigence constitutionnelle que le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de réaffirmer à plusieurs reprises. Dès lors, la contractualisation ne saurait s'émanciper de ce cadre constitutionnel et légal.

Précisément, il est important de définir les principes de l'institution de la tutelle administrative et de sa réalité présente qu'est le contrôle de légalité. Ainsi, l'affichage « politique » de disparition de la tutelle est une illusion sauf sur un point majeur : une disparition de l'un des deux buts du contrôle. Désormais, le contrôle administratif ne peut être déclenché que pour motif de légalité et non plus pour motif d'opportunité.

Non seulement la contractualisation n'a pas supprimé le pouvoir de contrôle de l'État mais encore elle l'a en réalité renforcé en lui ouvrant de nouvelles possibilités d'expression. Dès lors, la contractualisation loin de faire disparaître le contrôle de l'Etat sur les collectivités territoriales devient un moyen de le réaffirmer. La contractualisation apparaît ici plus que jamais comme une forme modernisée du contrôle administratif, un contrôle qui passe désormais également par le contrat ou la convention.

La contractualisation, sans se substituer au contrôle administratif, transforme pourtant les rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales puisqu'elle offre à celui-ci l'occasion de dépasser le cadre strict du contrôle de tutelle qui est aujourd'hui un simple contrôle pour motif de légalité. La contractualisation devient un moyen sinon le moyen de réintroduire un contrôle d'opportunité. Elle permet de faire revenir par le contrat ou la convention un contrôle que l'Etat a « perdu » avec les différentes lois de décentralisation depuis 1982.

Dès lors, la contractualisation n'est pas cette situation idyllique où les collectivités se retrouvent à jeu égal avec l'Etat et seraient devenues d'authentiques « partenaires ». La diminution par les réformes de décentralisation du champ d'application du contrôle de l'Etat sur les collectivités territoriales ne peut être une source de frustration profonde dans la mesure où alors que la contractualisation pouvait apparaître comme une opportunité unique pour les collectivités territoriales de retrouver un pouvoir que le

législateur avait savamment réduit (Section 1) la contractualisation met en réalité en place de nouveaux instruments de contrôle participant en cela d'un mouvement silencieux de recentralisation (Section 2).

Section 1 : Le retour du contrôle par la contractualisation

A titre préliminaire, il peut paraître de prime abord inutile dans le cadre de cette thèse de revenir sur la question de la tutelle et sa transformation du fait des lois de décentralisation. Mais, en réalité, ce passage par le bref rappel des éléments essentiels de la tutelle est indispensable pour comprendre la subtilité du recours à la contractualisation comme instrument de reconquête d'une partie perdue : la tutelle. À la recherche de la tutelle perdue, tel pourrait être un des angles de lecture de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales.

La contractualisation est l'occasion pour l'Etat de réaffirmer le contrôle qu'il exerce sur les collectivités territoriales. Pour autant, ce contrôle n'est pas sans connaître un certain nombre de limites : s'il est une exigence constitutionnelle, la loi en a fixé les limites. Ces limites sont relativement récentes dans l'histoire des relations Etat-collectivités territoriales, d'où un problème d'adaptation d'un certain nombre de « réflexes » étatiques dans les relations entre l'Etat et les collectivités territoriales. Il existe aujourd'hui un décalage profond entre l'esprit des textes qui organisent le contrôle de légalité et la réalité de celui-ci qui demeure assez réduite. Dès lors, la contractualisation représente une aubaine pour l'Etat qui trouve ici une occasion unique de réaffirmer son pouvoir de contrôle sur les collectivités territoriales. Il y a assurément un côté paradoxal dans la mesure où la contractualisation repose sur une idéologie partenariale et consensuelle. Néanmoins, celle-ci se place dans le cadre historique d'une relation d'autorité teintée de jacobinisme qui demeure, dans une large mesure, une réalité juridique. Ainsi, la contractualisation – contrairement à l'affichage qui en est fait – apparaît pour l'Etat comme une formidable opportunité de réaffirmer son pouvoir de contrôle sur les collectivités territoriales. Pour le comprendre, il apparaît important de retracer l'évolution ou plutôt la réduction des pouvoirs de contrôle de l'Etat sur les collectivités territoriales au contrôle de légalité (§ 1) permettant ainsi d'apprécier

l'importance de la contractualisation dans le processus de réaffirmation de l'autorité de l'Etat ou, si l'on préfère, de recentralisation (§ 2).

§ 1 : Le contrôle de légalité comme survivance de la tutelle administrative

La tutelle administrative s'est réduite, à la faveur des lois de décentralisation, à la portion congrue du contrôle de légalité. En parallèle, la contractualisation a pris son plein essor.

Ces deux faits ne sont pas une simple coïncidence dans la mesure où la contractualisation apparaît davantage comme une contrepartie à la réduction du champ du contrôle administratif « traditionnel ». Précisément, il apparaît indispensable d'analyser les principes directeurs du contrôle de tutelle (A) pour comprendre la place réduite qu'occupe aujourd'hui le contrôle de légalité (B) et donc l'opportunité que constitue l'institution d'un contrôle de tutelle par la contractualisation.

A. La tutelle administrative, un contrôle approfondi

L'idée de contrôle se présente comme la contrepartie nécessaire et indispensable à l'indépendance vis-à-vis du pouvoir central. Pour autant, la mesure de cette indépendance sera fonction de l'étendue du contrôle ainsi opéré. C'est la raison pour laquelle il convient de définir tant la nature que le but de la tutelle administrative faisant apparaître l'existence d'un contrôle pouvant être déclenché tant pour motif d'opportunité que de légalité (1) et par les pouvoirs de contrôle étendus ainsi conférés à l'Etat (2).

1. Un contrôle tant d'opportunité que de légalité

Loin de la relation d'autorité que caractérise le pouvoir hiérarchique, la tutelle est en principe un rapport de contrôleur à contrôlé : elle est donc *dérogatoire* au système de centralisation qui caractérise l'administration centrale. C'est la raison pour laquelle, d'une part, seul un texte peut l'organiser et d'autre part, l'autorité centrale ne peut

dépasser le cadre fixé par ledit texte, ce que l'on souligne par deux formules « pas de tutelle sans texte »⁶⁵⁰ et « pas de tutelle au-delà des textes »⁶⁵¹. La tutelle apparaît ainsi comme un pouvoir dérogatoire et conditionné alors que le pouvoir hiérarchique est un pouvoir de « droit commun » appartenant d'office à l'autorité centrale en l'absence de toute base textuelle⁶⁵².

Pour ce qui concerne le but de la tutelle, il est d'usage de considérer que ce contrôle « est établi, d'abord dans l'intérêt général de l'Etat et afin de maintenir les administrations décentralisées dans les limites de leurs attributions. Mais aussi afin d'éviter les abus et les tyrannies locales »⁶⁵³. La tutelle est parfois présentée comme ayant un triple but : « soit l'intérêt de la personne contrôlée (ex. : contrôle de la gestion des finances municipales pour éviter le gaspillage), soit l'intérêt des tiers (ex. : contrainte exercée sur une commune qui ne paye pas ses dettes), soit (...) l'intérêt du tuteur lui-même »⁶⁵⁴. Il apparaît ainsi que la tutelle a pour but la protection de l'intérêt général, qu'il s'agisse ici d'un intérêt général *local* (la protection de la collectivité sous tutelle) ou d'un intérêt général *national*, ce dernier étant parfois érigé en doctrine comme « premier but » car il s'agit avant tout de faire « respecter la légalité par les personnes publiques qui y sont soumises »⁶⁵⁵. Les motifs pour lesquels la tutelle peut être exercée sont au nombre de deux : il faut distinguer entre la tutelle de légalité et celle d'opportunité.

La tutelle de légalité est le motif « classique » du contrôle de tutelle puisque la collectivité décentralisée est soumise au respect des lois et règlements édictés par l'autorité centrale. Il est donc normal et légitime que cette dernière veille à ce que l'ensemble des normes en vigueur soit uniformément appliquées sur l'ensemble du territoire. La tutelle d'opportunité est, de manière récurrente, recensée par les auteurs comme le second motif du contrôle de tutelle⁶⁵⁶ : il s'agit, pour l'autorité centrale, d'exercer son contrôle pour inopportunité de la décision. Néanmoins, « si le contrôle de

⁶⁵⁰ CE, 17 mars 1972, *Mme Figaroli*, Rec. 224, AJDA 1972, p. 213, chron. Labetoulle et Cabanes ; 19 décembre 1986, *Darmon*, Rec. 284, RDSS 1987, p. 473, concl. Robineau

⁶⁵¹ CE, 17 janvier 1913, *Congrégation des sœurs de Saint-Régis*, Rec. 72, concl. Corneille

⁶⁵² V. ainsi : CE, Sect. 30 juin 1950, *Quéralt*, Rec. 413, D. 1951, p. 593 note F. Marion ; Dr. soc. 1951, p. 246, concl. J. Delvolvé ; JCP 1950 n° 5909 ; note B.H., S. 1951.3.85, note J.-M. Aubry

⁶⁵³ M. Hauriou, *op.cit.*, p. 92

⁶⁵⁴ M. Waline, *op.cit.*, p. 232

⁶⁵⁵ G. Vedel et P. Delvolvé, *op. cit.*, p. 394

⁶⁵⁶ M. Waline, *op.cit.*, p. 232

la légalité de l'activité des organes sous tutelle peut et doit être total, le contrôle de l'opportunité peut n'être que partiel »⁶⁵⁷. Certains auteurs, comme M. de Laubadère, ont pu voir là un trait commun entre la tutelle et le contrôle hiérarchique⁶⁵⁸. Il n'en demeure pas moins que le déclenchement du contrôle de tutelle pour « inopportunité » est un élément fondamental de la tutelle administrative permettant de rappeler également la nature juridique de l'institution de la tutelle. Comme le souligne M. Regourd dans sa thèse : « l'idée selon laquelle la tutelle administrative permet au pouvoir central de contrôler la légalité des actes pris par la personne décentralisée mais aussi selon les cas leur opportunité est inhérente à la conception originelle. Elle a été constamment réaffirmée »⁶⁵⁹.

La tutelle administrative est donc conceptuellement un pouvoir de contrôle extrêmement puissant dans la mesure où, d'une part, sa mise en œuvre demeure entre les mains de l'Etat et, d'autre part, où les motifs de déclenchement du contrôle sont tant des motifs de légalité que d'opportunité. Il faut ajouter à cela que la tutelle administrative repose sur des procédés spécifiques faisant de celle-ci un pouvoir de contrôle étendu.

2. La tutelle administrative : un pouvoir de contrôle étendu

La plupart des auteurs, sauf quelques rares exceptions⁶⁶⁰, distinguent classiquement la tutelle sur les actes de la tutelle sur les personnes ou organes⁶⁶¹. Néanmoins, évoquer une tutelle sur les personnes semble être abusif dans la mesure où, d'une part, la notion de tutelle sur les personnes n'a guère de sens juridique et, d'autre part, elle est assimilable au pouvoir disciplinaire.

Il faut donc considérer que la tutelle administrative « ne concerne que le processus décisionnel. Elle ne s'exerce que par une série de mesures concernant les actes des collectivités décentralisées »⁶⁶². Dès lors, la tutelle administrative préserve l'initiative de la collectivité décentralisée, ce qui apparaît comme « le dénominateur commun des

⁶⁵⁷ G. Vedel et P. Delvolvé, *op.cit.*, p. 394

⁶⁵⁸ A. de Laubadère, *op.cit.*, p. 93

⁶⁵⁹ S. Regourd, *op.cit.*, n° 86

⁶⁶⁰ V. ainsi : M. Hauriou, *op.cit.*, p. 91 et s. ; A. de Laubadère, *op.cit.*, p. 148 qui réserve la notion de tutelle pour les actes.

⁶⁶¹ M. Waline, *op. cit.*, p. 232-233 ; G. Vedel et P. Delvolvé, *op. cit.*, p. 395 ; J. Rivero, *Droit administratif*, Dalloz 1965, 3^e éd., p. 285 ; P-L. Frier et J. Petit, *op.cit.*, p. 107

procédés de tutelle »⁶⁶³. Il faut donc distinguer un pouvoir d'annulation d'un pouvoir d'approbation, d'un pouvoir d'autorisation et d'un pouvoir de substitution d'action.

Le pouvoir d'annulation ou de suspension permet de faire disparaître rétroactivement des décisions dont l'exécution peut avoir été suspendue en cas d'urgence. L'autorité de contrôle peut ainsi annuler ou différer l'entrée en vigueur d'un acte sans toutefois intervenir dans son élaboration car « l'annulation et la suspension s'appliquent à un acte déjà inscrit dans l'ordonnancement juridique »⁶⁶⁴. Dans le cadre du pouvoir d'approbation, l'acte n'entre en vigueur qu'après approbation par l'autorité centrale. Encore une fois, l'autorité décentralisée dispose de l'initiative à tous les stades de la procédure dans la mesure où elle peut, en cas de refus de l'autorité centrale, soit renoncer à l'acte soit reprendre l'élaboration au point de départ. Le pouvoir d'autorisation implique que l'autorité décentralisée ne puisse agir qu'après avoir obtenu une autorisation de l'autorité centrale ; l'autorisation intervient, par hypothèse, suite à une demande préalable de la collectivité décentralisée qui détient donc l'initiative de la procédure. Le pouvoir de substitution d'action, enfin, permet à l'autorité centrale qui estime qu'une collectivité décentralisée n'a pas exercé ses compétences alors qu'elle devait agir, après une mise en demeure infructueuse, intervenir à la place de la collectivité décentralisée.

La tutelle administrative « classique » apparaît résolument comme un pouvoir de contrôle majeur pour l'Etat qui dispose de prérogatives considérables. Celles-ci ont précisément été considérées comme étant trop étendues et sous l'impulsion de l'acte I de la décentralisation, la tutelle administrative a été considérablement réduite au profit d'un contrôle strict de légalité des actes des collectivités territoriales.

B. Le recul de la tutelle sous l'impulsion des réformes décentralisatrices

La tutelle administrative en tant qu'institution de l'Etat unitaire n'a jamais été remise en cause jusqu'à présent. Néanmoins, l'expression même de tutelle administrative semble

⁶⁶² S. Regourd, *op.cit.*, n° 133

⁶⁶³ S. Regourd, *op.cit.*, n° 223

⁶⁶⁴ S. Regourd, *op.cit.*, n° 223

impropre à décrire l'Etat du droit : elle n'est d'ailleurs que peu utilisée tant la réalité juridique du contrôle de légalité est aujourd'hui éloignée des pouvoirs initiaux de la tutelle administrative. Il est nécessaire de réserver cette expression à des situations juridiques spécifiques qui justifient son emploi. Le développement de la contractualisation n'est d'ailleurs pas étranger à la volonté de changer les mentalités de manière à évacuer définitivement le présupposé péjoratif de la tutelle administrative (1) et de limiter le contrôle de l'Etat sur les collectivités territoriales à un strict contrôle de légalité (2).

1. La tutelle administrative : un présupposé péjoratif

La critique de l'expression *tutelle administrative* est apparue très tôt. Elle est principalement liée au fait que la notion juridique de tutelle relève principalement du droit civil avant d'être une institution du droit administratif. Or, dans le cadre de la décentralisation, d'une part, la collectivité décentralisée acquiert – précisément à la différence de l'incapable majeur ou du mineur non émancipé – la personnalité juridique et, par voie de conséquence, la capacité⁶⁶⁵. D'autre part la tutelle civile est assurée dans l'intérêt de la personne protégée⁶⁶⁶. Dans le cas de la tutelle administrative, cette dernière est assurée en premier lieu pour sauvegarder les intérêts de l'organe central et en second lieu pour protéger les intérêts de la collectivité décentralisée⁶⁶⁷. Après avoir souligné que l'intervention de l'Etat dans les affaires des collectivités s'effectue « d'un double point de vue : dans son propre intérêt, pour éviter que des mesures inconsidérées prises par les pouvoirs locaux ne viennent compromettre le lien de l'unité nationale ; à la fois dans son intérêt et dans celui de la commune, pour protéger la fortune des générations futures contre la génération présente », un auteur de la fin du XIXe siècle en déduit ainsi que « l'expression de tutelle administrative n'est donc justifiée à aucun des

⁶⁶⁵ Ainsi que le soulignent MM. Terré, Simler et Lequette : « la capacité d'un individu est une composante de sa personnalité juridique ». Il faut toutefois distinguer l'incapacité d'exercice privant un individu de l'exercice de ses droits « sans l'intervention d'une autre personne qui agit en son nom et à sa place pour le représenter ou, à ses côtés, pour l'assister » de l'incapacité de jouissance privant purement et simplement de l'exercice d'un droit, que l'individu en cause l'exerce lui-même ou par le biais de son représentant. (F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz 2002, 8^e éd., p. 108).

⁶⁶⁶ L'article 496 du Code civil dispose ainsi : « Le tuteur représente la personne protégée dans les actes nécessaires à la gestion de son patrimoine. Il est tenu d'apporter, dans celle-ci, des soins prudents, diligents et avisés, dans le seul intérêt de la personne protégée ».

⁶⁶⁷ C'est la position du doyen Hauriou : *op.cit.*, p. 91-92

deux points de vues qui se réunissent et se complètent pour expliquer l'intervention de l'Etat »⁶⁶⁸.

Les auteurs du début du XXe siècle n'ignorent pas cette critique : le doyen Hauriou ne rejette pas totalement la comparaison avec l'institution civiliste puisqu'il considère que la tutelle administrative a « de lointains rapports avec la tutelle de droit privé »⁶⁶⁹. Ainsi que le rappelait M. Faure : « la référence à la tutelle dans le discours juridique fait écran avec pour effet de masquer à la connaissance de tous cette réalité d'une confusion savamment entretenue entre décentralisation et déconcentration dans la même institution »⁶⁷⁰.

L'expression « tutelle administrative » véhicule toujours, malgré elle, cette idée de subordination. Cette conception des choses n'a plus rien à voir avec la volonté des différents actes de la décentralisation de consacrer une réelle indépendance juridique des collectivités vis-à-vis de l'Etat en supprimant une tutelle administrative pesante qui freinait considérablement la mise en œuvre par les collectivités territoriales de leurs propres compétences. Ainsi, le législateur s'est attaché à consciencieusement réduire à peau de chagrin la tutelle administrative à tel point que le juge constitutionnel a dû voler au secours de l'institution en 1982. L'affichage politique s'est ici, une fois n'est pas coutume, accompagné de modifications législatives dont le but était de graver dans le marbre de la loi de nouveaux rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales. Pour autant, s'il faut admettre que le relâchement du contrôle de l'Etat sur les collectivités territoriales par le passage de la tutelle administrative au contrôle de légalité a fait progresser l'autonomie de celles-ci, il n'en demeure pas moins que cette évolution s'est accompagnée d'un autre changement profond : la contractualisation.

2. Tutelle administrative contre contrôle de légalité

⁶⁶⁸ F. Fontaneau, *De la personnalité des cités (droit romain) et des actions exercées par ou contre les communes (droit français)*, Faculté de droit de Paris, Pedone 1888, p. 95 et 97

⁶⁶⁹ M. Hauriou, *op. cit.*, p. 91 et note de bas de page n° 24

⁶⁷⁰ B. Faure, *Faut-il garder le mot « tutelle » en droit administratif ?*, AJDA 2008 p. 113

Les lois des 2 mars et 22 juillet 1982⁶⁷¹ affirmaient solennellement la suppression de la tutelle. Toutefois, « il ne faut sans doute pas croire, en conséquence notamment de l'intitulé de la loi, qu'à une tutelle pesante a subitement succédé une tutelle légère. La loi ne fait que continuer l'évolution antérieure dans le sens d'une limitation du contrôle de tutelle. Et, à cet égard, il faut se garder de prendre certaines formules au pied de la lettre »⁶⁷². En effet : les lois de 1982 ne font que suivre un mouvement déjà engagé dont l'apport principal doit être limité, d'une part, à la suppression d'un contrôle a priori et, d'autre part, à la suppression de principe d'un contrôle pour motif d'opportunité.

Les lois précitées n'ont donc eu pour objet de supprimer le contrôle de l'Etat qui est demeure une exigence constitutionnelle : « Simplement, si le contrôle de l'Etat subsiste, il faut considérer que ce qui disparaît en 1982 c'est l'exercice d'un contrôle pour motif d'opportunité. Pour ce qui concerne les pouvoirs d'annulation et de suspension, seul un contrôle pour motif de légalité subsiste⁶⁷³ : s'il est initié par l'autorité centrale (en pratique, son représentant) il est en réalité effectué par le juge administratif. Les pouvoirs d'approbation et d'autorisation ont été tous deux supprimés. Subsiste un pouvoir de substitution d'action qui, s'il comporte toujours des éléments d'opportunité, reste conditionné par le refus d'une collectivité d'exercer un des « actes qui lui sont prescrits par la loi »⁶⁷⁴. Il semble donc devenu très difficile de parler aujourd'hui de tutelle administrative pour qualifier les rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales, tant les nouveaux rapports qui en résultent sont éloignés des règles de la tutelle administrative « classique », avec notamment la quasi disparition de la tutelle pour motif d'opportunité. Il faut ajouter à cela la diminution croissante du champ des actes soumis à transmission obligatoire au représentant de l'Etat⁶⁷⁵ à telle enseigne que

⁶⁷¹ Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 *relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions*, JORF 3 mars 1982, p. 730 et loi n° 82-623 du 22 juillet 1982 *complétant la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions*, JORF 23 juillet 1982, p. 2347

⁶⁷² R. Chapus, *op.cit.*, p. 413

⁶⁷³ V. ainsi : pour les communes, art. L. 2131-6 et R. 2131-1 et s. du Code général des collectivités territoriales (CGCT) ; pour la Corse, art. L. 4423-1 du même Code ; pour les départements, art. L. 3132-1 et s. et R. 3132-1 du même Code ; pour les régions, art. L.4142-1 et s. et R. 4142-2.

⁶⁷⁴ Art. L. 2122-34 du CGCT

⁶⁷⁵ V. en ce sens : Loi n° 2004-809 du 13 août 2004 ; Loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 ; Ordonnance n° 2009-1401 du 17 novembre 2009

le contrôle de légalité est qualifié par un rapport parlementaire de « passoire à géométrie variable »⁶⁷⁶.

Le développement corrélatif de la contractualisation à la faveur des réformes décentralisatrice n'est pas une coïncidence. S'il semble difficile de faire un procès d'intentions au législateur en l'accusant d'avoir réintroduit à la faveur de la contractualisation un pouvoir de tutelle, il n'en demeure pas moins que l'usage qu'en a fait l'Etat a abouti à ce résultat. Les différents instruments de la contractualisation constituent autant d'outils que l'Etat a su avantageusement utiliser à son profit. Ils lui permettent de renforcer son pouvoir de contrôle dans la mesure où le contrôle de légalité, tel qu'il ressort des différentes réformes, a été vidé de sa substance et paradoxalement délaissé par les préfets. La contractualisation par son caractère souple devient alors l'occasion pour l'Etat de réaffirmer son pouvoir de contrôle sur les collectivités territoriales.

§ 2 : La réaffirmation par la contractualisation du pouvoir de contrôle de l'Etat sur les collectivités territoriales

Le recul de la tutelle et son remplacement au profit d'un contrôle de légalité, s'il remplit toujours son obligation constitutionnelle de surveillance de l'activité des collectivités territoriales, aboutit indéniablement à une mise en retrait de l'Etat si l'on se place du point de vue de l'institution « traditionnelle » de la tutelle administrative.

La contractualisation apparaît comme une formidable opportunité pour l'Etat de retrouver du pouvoir dans la mesure où tant la démarche que la finalité de la contractualisation permet de conférer à l'Etat un rôle prééminent dans la relation ainsi nouée. Même s'il existe une volonté politique de mieux coordonner les politiques publiques et de conférer un rôle central aux collectivités territoriales, le bilan de la contractualisation n'est certainement au désavantage de l'Etat. Contrairement à

⁶⁷⁶ Prendre acte de la décentralisation : pour une rénovation indispensable des contrôles de l'Etat sur les collectivités territoriales, Rapport d'information n° 300 (2011-2012) de M. [Jacques MÉZARD](#), fait au nom de la délégation aux collectivités territoriales, déposé le 25 janvier 2012

l’affichage politique, la démarche même de la contractualisation apparaissant comme inégalitaire tant l’Etat conserve la maîtrise du processus (A). De plus, si la nature juridique des instruments de la contractualisation diffère, en revanche, l’objectif poursuivi reste le même : fixer un certain nombre d’objectifs et d’engagements en s’assurant de leur bonne réalisation (liant par là le versement de contreparties financières). Il s’agit ni plus ni moins que de phagocytter l’initiative locale en s’assurant par là même un contrôle diffus sur l’exercice par les collectivités des compétences qui leur sont dévolues par la loi (B). Ainsi, aussi bien en amont – lors de la phase d’élaboration – qu’en aval – lors de l’exécution – la contractualisation apparaît comme la faculté pour l’Etat de réaffirmer son pouvoir de contrôle sur les collectivités territoriales.

A. Un processus de contractualisation inégalitaire

La contractualisation apparaît comme étant un processus profondément inégalitaire dans la mesure où les parties ne sont pas, par définition, en situation d’égalité ce qui n’est pas une lapalissade. Le discours sur la contractualisation entre l’Etat et les collectivités territoriales tient à présenter ces deux acteurs comme des partenaires jouant à égalité et s’engageant mutuellement. Toutefois « un tel contrat est peu concevable entre l’Etat et les collectivités territoriales »⁶⁷⁷. Si l’on ne peut douter de la réalité des engagements qui sont pris – ce qui est différent de leur juridicité – il n’en demeure pas moins que les deux acteurs sont en situation d’inégalité, ne serait-ce que par rapport à leurs statuts constitutionnels. Le « droit » à la différenciation voulu par la contractualisation territoriale révèle ainsi un procédé sélectif et discriminatoire.

En effet : le processus de contractualisation est nécessairement inégalitaire dans la mesure où l’initiative de celle-ci ne peut être autrement qu’étatique (1). De plus, le contenu même des conventions ou contrats ainsi conclus s’il recueille le consentement des parties n’en demeure pas moins en grande partie imposé ce qui fait que les collectivités n’ont que la possibilité de refuser de contractualiser (2). Ces deux facteurs

⁶⁷⁷ J-M. Pontier, *L’Etat et les collectivités locales*, op.cit., p. 545

combinés montre bien une volonté forte de la part de l'Etat de contrôler le processus et donc le contenu de l'action publique : il y a bien retour du contrôle par le contrat.

1. La maîtrise par l'Etat de l'initiative contractuelle

Comme l'explique M. Pontier : « en principe devrait pouvoir prendre l'initiative du contrat toute partie, c'est-à-dire aussi bien la collectivité locale que l'Etat. Il apparaît à l'évidence, compte-tenu de ce qui a été dit précédemment, que l'initiative proviendra toujours de l'Etat. Les collectivités locales ont seulement l'initiative de l'initiative : elles peuvent faire valoir qu'elles sont disposées, qu'elles souhaitent même passer un contrat avec l'Etat. Elles peuvent, pour rendre plus crédible leur demande, présenter un dossier soigneusement préparé. L'initiative elle-même appartient à l'Etat seul. Ceci est d'ailleurs logique : l'Etat recherche l'association des collectivités locales dans le cadre de la politique qui a été définie par les organes compétents, et les collectivités décentralisées ne peuvent s'écarter de cette politique »⁶⁷⁸.

La contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales est d'abord une procédure d'initiative étatique : elle est voulue et développée par l'Etat dans une perspective bien définie. De telle sorte que les collectivités territoriales se voient reléguées au second plan dans la mesure où elles ne peuvent solliciter l'Etat sans que celui-ci l'ait voulu. Cette volonté s'exprime de manière plus ou moins formelle : soit la loi vient prévoir l'hypothèse d'une contractualisation, soit l'Etat vient solliciter la collectivité afin d'aboutir à l'exécution d'un projet commun. Il y a donc un contrôle a priori de l'Etat en contrôlant les domaines de la contractualisation dont il détient la détermination : l'action publique contractuelle est donc totalement entre les mains de l'Etat et les collectivités ne disposent que de « l'initiative de l'initiative » pour reprendre les termes de M. Pontier, c'est-à-dire la faculté de demander à ce que l'Etat propose un processus contractuel dans tel ou tel secteur. A aucun moment la collectivité ne peut agir sans que l'Etat n'y consente au préalable.

⁶⁷⁸ J-M. Pontier, *L'Etat et les collectivités locales*, op.cit., p. 547

De plus, loin d'établir l'égalité entre collectivités territoriales, la contractualisation vient développer de manière insidieuse une concurrence entre collectivités territoriales dans la mesure où elle aboutit à une « course à la contractualisation » et à une hiérarchisation entre les collectivités qui bénéficient du « contrat » et les autres.

La contractualisation devient ainsi un moyen de contrôle de l'action publique au niveau local : en restant maître de l'initiative, l'Etat contrôle également celle des collectivités qui n'ont pas nécessairement les moyens – notamment financiers – de s'opposer aux projets de l'Etat. La contractualisation en assurant à l'Etat la maîtrise de l'initiative et un contrôle de l'action publique locale est donc l'outil d'une recentralisation qui ne dit pas son nom : « la contractualisation des politiques publiques est donc apparue comme une manière de « recoudre » les morceaux d'une action publique découpés et distribués par la décentralisation dans les années 1980 ; ou plus précisément d'articuler entre eux des secteurs de politiques et des niveaux diversifiés de responsabilité, allant de la commune à l'État, tout en évitant de recourir de nouveau à la centralisation et aux rapports classique de tutelle »⁶⁷⁹. Il y a assurément un pouvoir de contrôle retrouvé de la part de l'Etat par la contractualisation qui devient un nouveau mode de développement de l'action publique dont l'Etat conserve la maîtrise.

Puisque les collectivités territoriales tiennent leurs compétences de transferts opérés par l'Etat et dès lors qu'elles ne sont pas fondées à refuser ces transferts, la contractualisation si elle se veut consensuelle n'est pourtant qu'une continuité dans l'histoire des relations Etat-collectivités territoriales. L'habillage « contractuel » ne fait que cacher une réalité profondément unilatérale où l'Etat maîtrise au final l'ensemble de la procédure. Pourtant, les collectivités ont davantage à gagner par la contractualisation aussi paradoxale que cela puisse paraître. Il faut s'accorder sur le fait que la France est et demeure un Etat unitaire et que la contractualisation n'y changera rien. En revanche, la contractualisation ouvre une fenêtre de discussion qui, même si elle est étroite, représente une avancée intéressante pour les collectivités territoriales même si le processus de contractualisation s'apparente aisément à un contrat d'adhésion. Dans tous les cas, l'Etat ne saurait se passer du consentement des collectivités territoriales.

⁶⁷⁹ J.-P. Gaudin, XVII. *La contractualisation des rapports entre l'État et les collectivités territoriales* in *Annuaire des collectivités locales*. Tome 24, 2004. pp. 215-234.

2. *Le processus de contractualisation s'apparente à un contrat d'adhésion*

Le processus contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales peut être analysé comme relevant du mécanisme du contrat d'adhésion. Ainsi il a pu être considéré à propos des contrats de plan Etat-région : « en réalité, on devrait au moins parler de « contrats d'adhésion », parce qu'ils ont avant tout pour objet de concourir à l'exécution du plan de la Nation et que les régions, en quête de financements étatiques, n'ont à vrai dire guère le choix »⁶⁸⁰.

Il apparaît que trois conditions doivent être réunies pour décider s'il y a ou pas contrat d'adhésion : celui-ci postule tout d'abord une inégalité entre les cocontractants « telle que l'un d'eux est plus ou moins maître des biens ou des services que l'autre peut désirer » puis, en second lieu, un rôle mineur de l'*intuitu personae* de telle sorte que « l'offre de contrat est adressée non à une personne déterminée mais au public en général » et enfin, en troisième et dernier lieu, l'absence de discussion du contenu du contrat de telle sorte que celui-ci est « l'œuvre exclusive d'une partie »⁶⁸¹. Seules deux des trois conditions semblent remplies dans la mesure où le contenu du contrat est partiellement déterminé par les négociations entre les parties. Il suffit d'ailleurs de se pencher sur les différents contrats de projets Etat-région – pour conserver cet exemple – pour s'apercevoir que le modèle est identique et que seule le contenu des actions évolue selon les régions en cause⁶⁸². Le choix est ainsi bien réduit pour les collectivités territoriales pour qui la marge de négociation est bien étroite : Malgré des menaces de retrait, des chantages à peine masqués, des négociations au finish, les régions ont toujours signé avec l'État, car les enjeux tant financiers que politiques sont trop importants (de part et d'autre) pour renoncer à ces partenariats. Mais les régions sont mises en vive concurrence, d'autant que les orientations que les administrations de l'État affichent ne sont pas toujours respectées »⁶⁸³.

⁶⁸⁰ D. Turpin, note sous TA Montpellier, 8 juillet 1985, *Demeglio*, AJDA 1986, p. 109

⁶⁸¹ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil : Les obligations*, op.cit., p. 197-198

⁶⁸² <http://www.datar.gouv.fr/cper-20072013-consulter-les-26-contrats-regionaux-les-5-conventions-de-massif-et-les-5-plans-fleuves>

Pour autant, la circonstance que le contenu du contrat ou de la convention soit peu ou prou dicté en partie par l'Etat n'enlève pas tout intérêt à la contractualisation dans la mesure où ils permettent d'assurer une « approche transversale et concertée des politiques publiques qu'ils offrent. La transversalité est favorisée par la participation de nombreux acteurs, du côté de l'Etat comme des collectivités concernées, ainsi que par l'étendue des domaines abordés »⁶⁸⁴. Néanmoins la circonstance que le contenu desdits instruments soient assimilés à des contrats d'adhésion contribue à faire de la contractualisation une opportunité pour l'Etat d'opérer un transfert de charges aux dépens des collectivités territoriales. Un rapport parlementaire faisant le bilan de la génération 2007-2013 de contrats de projets Etat-région considère qu'ils constituent « un moyen à peine déguisé, pour l'Etat, d'obtenir des cofinancements sur des projets qui relèvent de sa responsabilité. Les élus y participent, dans la mesure où ces projets constituent des éléments d'attractivité de leurs territoires, et où on leur affirme que ces projets ne pourraient voir le jour sans leur financement ». Ainsi : « Enfin, l'inscription en CPER de projets anciens, élaborés bien avant la négociation même des contrats a conduit certains acteurs à qualifier cet instrument de « voiture-balai » ou d'outil de « recyclage » de projets, plus que d'outil de coproduction des politiques publiques. Les faibles possibilités d'adaptation des projets, une fois inscrits en CPER, sont également déplorées, alors que la durée des contrats est longue. Dans ce cadre, la lisibilité et la plus-value des CPER sont parfois contestées dans la pratique. Les acteurs craignent que la logique de guichet prenne le pas sur une implication effective des parties prenantes dans la réalisation de projets identifiés en commun »⁶⁸⁵.

Ainsi, outre la maîtrise de l'initiative l'Etat conserve également la maîtrise du contenu de la contractualisation de telle sorte que les collectivités n'ont que la possibilité théorique de refuser de signer. En pratique, il faut compter non seulement sur un manque de répondant financier des collectivités vis-à-vis de l'Etat mais également sur une concurrence importante entre territoires en ce qui concerne l'obtention de financements de la part de l'Etat. Les collectivités ont également, dans une moindre mesure la possibilité d'inscrire également des projets et d'obtenir un financement étatique sous réserve, bien entendu, qu'elle consente d'abord aux projets de l'Etat.

⁶⁸³ J-P. Gaudin, XVII. *La contractualisation des rapports entre l'État et les collectivités territoriales*, op.cit

⁶⁸⁴ Rapport d'information sur les partenariats entre l'Etat et les collectivités territoriales par M. Georges Labazée, sénateur, enregistré le 9 octobre 2012, p.8

Il existe donc un renforcement du contrôle de l'Etat en amont par la maîtrise de l'initiative contractuelle et du contenu même des instruments qui sont adoptés. Ce renforcement est complété par la mise en place d'un contrôle diffus en aval, lequel contribue à un renversement de la logique décentralisatrice puisque c'est l'Etat qui détermine les domaines objets d'une contractualisation c'est-à-dire susceptibles de faire l'objet d'un financement

B. La mise en place d'un contrôle diffus par la contractualisation

La contractualisation apparaît, dans une certaine mesure, à front renversé avec la décentralisation bien qu'elle soit censée l'accompagner. Si elle l'accompagne, en effet, ce n'est pas nécessairement au sens où les collectivités territoriales peuvent l'entendre : la contractualisation accompagne l'adaptation de l'action publique qui reste déterminée par l'Etat. Ainsi, la contractualisation reste essentiellement un instrument de la recentralisation dans la mesure où elle redonne l'initiative à l'Etat et qu'elle instaure un véritable contrôle a priori (1) lui permettant de déterminer les domaines d'action des collectivités territoriales qui vont réellement être mis en œuvre. De plus, la mise en place de conditions de fond et de forme déclenchant la participation financière de l'Etat change considérablement la donne dans une matière où l'initiative locale et l'autonomie budgétaire sont restés des principes essentiels et sont en passe d'être profondément remis en cause aujourd'hui. Par l'évaluation des politiques contractualisées, l'Etat réinstaure un pouvoir de contrôle conséquent permettant de passer d'une logique de moyens à une logique de résultats susceptible de remettre en cause sa participation (2).

1. L'existence d'un contrôle a priori par la contractualisation

La question du transfert des compétences aux collectivités territoriales doit avoir pour conséquence le transfert complet de l'exercice de ces compétences et donc la maîtrise de l'initiative et du choix ou non de l'intervention publique. La contractualisation vient en quelque sorte neutraliser l'initiative locale au profit d'une initiative nationale à laquelle

⁶⁸⁵ Rapport d'information sur les partenariats entre l'Etat et les collectivités territoriales par M. Georges Labazée, op.cit., pp. 14 et 17

les collectivités sont associées. Il s'agit là d'un trait significatif de la contractualisation quand bien même cette attitude de l'Etat se concentre davantage sur les opérations d'importance. De ce fait, en maîtrisant l'initiative et les domaines de la contractualisation, l'Etat instaure un véritable contrôle a priori sur les collectivités territoriales en déterminant en amont les domaines de l'action publique qui font l'objet de la contractualisation et qui, in fine, se verront doter financièrement par l'Etat.

La contractualisation devient, par la même occasion, un moyen pour l'Etat de transférer des compétences et donc un certain nombre de charges aux collectivités territoriales. Il ne s'agit d'ailleurs pas seulement d'en contrôler le transfert mais également les modalités, de telle sorte que l'Etat aboutisse à fixer un certain nombre de conditions et à obtenir le droit d'en contrôler l'existence. Ainsi, « la politique contractuelle de l'Etat avec les collectivités locales peut être interprétée comme une volonté de remplacer en partie la tutelle par des engagements plus précis »⁶⁸⁶. Il faut considérer que ces engagements sont plus précis du point de vue de l'Etat, c'est-à-dire qu'ils permettent de mettre en œuvre des projets qui restent, pour certains, de la compétence exclusive de l'Etat. Ainsi, la contractualisation peut apparaître – c'est le cas des contrats de projets Etat-région – comme un gigantesque marchandage où sous réserve que les collectivités territoriales acceptent de cofinancer un certain nombre de projets portés par l'Etat, celui-ci va consentir à financer également d'autres projets des collectivités territoriales. Au final, l'avantage demeure acquis à l'Etat.

La contractualisation, loin de venir mettre de l'ordre dans la répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales contribue à la complexifier en développant les occasions de financements croisés et la mise en œuvre de projets relevant simultanément de plusieurs compétences différentes sans permettre toutefois de définir quel niveau de compétences est le bon. Ainsi : « ce qui gêne le plus la visibilité politique des contrats d'action publique est paradoxalement ce à quoi ils sont devenus le plus utiles, c'est-à-dire mettre en forme des « financements croisés », mêlant souplement dans un même projet des contributions budgétaires partenariales, par-delà les blocs de compétences qui avaient été prédéfinis à l'origine de la décentralisation. Ces financements croisés sont périodiquement dénoncés par tous les acteurs de l'action publique pour leur complication et

⁶⁸⁶ J-M. Pontier, *L'Etat et les collectivités locales*, op.cit., p. 548

leur opacité. Chacun promet d'y mettre un terme afin de clarifier les rôles. Et tout continue comme avant (pour conserver une souplesse, là encore, mais surtout pour pouvoir multiplier les « effets de levier » financiers sur le maximum de dossiers et aussi pour conserver des marges de manœuvre budgétaires le plus longtemps possible) »⁶⁸⁷. Cette situation peut s'expliquer par les besoins de financement des collectivités territoriales : si la contractualisation est la seule possibilité, malgré les risques qu'elle inclut, alors les collectivités n'ont pas le choix.

Si l'on se place du seul point de vue du cofinancement, l'intérêt de l'Etat est assurément de conserver un certain flou par la contractualisation. En effet, la multiplication des acteurs locaux, les effets pervers de la répartition des compétences accentués par la contractualisation ne peut qu'amoindrir le poids politique et économique des collectivités décentralisées face à un Etat central qui, disposant de l'initiative et de la majeure partie des ressources financières, est à même d'imposer sa volonté aux collectivités territoriales qui n'ont économiquement pas les moyens de le refuser. Il faut ajouter à cela une compétition profonde et réelle entre les collectivités qui n'ont que peu de moyens d'action et de regroupement face à l'Etat. Toutefois cette situation évolue profondément dans la mesure où les difficultés financières de l'Etat diminuent d'autant son pouvoir vis-à-vis des collectivités territoriales qui deviennent de plus en plus des acteurs en potentielle capacité de financement. La contractualisation, si elle sert le dialogue Etat-collectivités territoriales, reste tout de même un outil de choix de recentralisation de l'action publique en instaurant un véritable contrôle a priori, censé avoir disparu depuis 1982.

La maîtrise de l'initiative de la contractualisation par l'Etat se double également d'une évolution de l'attitude de celui-ci vis-à-vis des collectivités territoriales. Ainsi, l'Etat se retrouve vis-à-vis des collectivités territoriales dans la logique du contrôle a priori. L'intervention de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales conduit à encadrer l'action publique en fixant un certain nombre d'objectifs et de conditions à réaliser. Ainsi, la contractualisation marque le passage d'une logique de moyens à une logique de résultats.

⁶⁸⁷ J-P. Gaudin, XVII. *La contractualisation des rapports entre l'État et les collectivités territoriales*, p. 227

2. *Le passage d'une logique de moyens à une logique de résultats*

La contractualisation marque le pas d'un changement profond de logique : l'Etat ne se contente pas de confier un certain nombre de moyens aux collectivités en leur laissant une certaine liberté dans leur réalisation, il va précisément encadrer l'action des collectivités territoriales en délimitant les objectifs à atteindre et, bien entendu, en vérifiant l'accomplissement.

L'exemple de la dotation de développement urbain qui fait l'objet d'une contractualisation est à cet égard instructif dans la mesure où il montre réellement le passage de la logique d'une enveloppe globale qu'est la dotation globale de fonctionnement à une logique sectorielle d'encadrement par objectifs. Il faut considérer également que cette évolution en matière de finances publiques est impulsée par la LOLF qui tend à ce contrôle systématique de l'action publique par programmes et objectifs à atteindre.

Le contrôle de ces objectifs avec la réalisation de « l'évaluation » de la contractualisation conduit également à réinstaurer du contrôle par la contractualisation. En premier lieu, l'évaluation de la contractualisation, de surcroît en cours d'exécution, peut être l'occasion pour l'Etat de vérifier la réalisation des engagements pris par les collectivités et de verser ou non les subsides correspondants. Il s'agit, en premier lieu, d'une évaluation qui reste entre les mains de l'Etat et dont celui-ci éprouve des difficultés évidentes à abandonner. Des tentatives d'ouvrir cette mission d'évaluation aux collectivités territoriales a eu lieu. Ainsi, à propos des contrats de projet Etat-région, une convention avait été signée le 16 janvier 2008⁶⁸⁸ entre l'Etat (l'actuelle DATAR) et l'Association des régions de France mettant en place une structure d'évaluation mixte des contrats de projets. Cette instance nationale devait être relayée au niveau local par les comités régionaux en charge de l'évaluation, néanmoins cette évaluation est aujourd'hui en sommeil. Toutefois « Si une telle instance devait revoir le jour, il conviendrait que les observations de l'ensemble de ses parties prenantes, et notamment des collectivités, soient prises en compte et permettent effectivement d'améliorer les modalités de

⁶⁸⁸http://www.calvados.pref.gouv.fr/sections/basse-normandie/les_missions_du_sgar/contrat_de_projet8120/le_contrat_de_projet/downloadFile/attachedFile_7/060116_Convention_Evaluation_DIACT-ARF.pdf?nocache=1291820359.31

la contractualisation, de la négociation à la mise en œuvre des opérations ». Il n'en demeure pas moins que « le pilotage et le suivi des contrats sont inégaux selon les territoires, comme l'ont notamment pointé deux rapports d'évaluation sur la génération actuelle des CPER réalisés à l'initiative de la DATAR. Les comités de suivi ne se réunissent pas toujours régulièrement, alors qu'ils peuvent limiter bien des retards ou des blocages dans l'exécution des contrats »⁶⁸⁹.

La maîtrise de l'évaluation par l'Etat lui garantit une primauté considérable sur les collectivités territoriales dans la mesure où il est certain de contrôler les objectifs et de s'assurer une liberté quasi-totale de ne pas remplir ses engagements notamment financiers. Ce reproche est d'ailleurs le plus courant, notamment dans l'exécution des contrats de projets Etat-région : « Les retards pris par l'Etat dans l'exécution budgétaire de ses engagements, voire le non-respect de ces derniers, ont été évoqués à de nombreuses reprises lors des déplacements. L'asymétrie qui en résulte est absolument dommageable. Le respect par l'Etat de ses engagements contractuels doit être élevé au rang de priorité – et ce pour l'ensemble des ministères concernés »⁶⁹⁰.

Pour l'heure, force est de constater qu' « au total, l'évaluation des politiques contractuelles est un genre qui apparaît encore fragile mais qui est destiné à de grands développements, en tant qu'outil de régulation venant notamment contrebalancer le caractère foisonnant et parfois incertain de nombre de procédures contractuelles. Dans tous les cas, on peut difficilement se passer de leur souplesse dans le mouvement de décentralisation et d'expérimentation d'une gouvernance multi niveaux. Mais une évaluation approfondie irait dans le sens d'un contrôle démocratique accru sur les contrats d'action publique »⁶⁹¹.

Au final, la contractualisation apparaît comme un contrôle diffus permettant à l'Etat de réaffirmer son pouvoir de contrôle sur les collectivités. Au-delà d'une réaffirmation du rôle prépondérant de l'Etat en matière d'action publique, la contractualisation est indéniablement une source de développement de tutelle supplémentaire dans la mesure où elle développe des procédés spécifiques de contrôle qui dépassent très largement le cadre strict du contrôle de légalité.

⁶⁸⁹ Rapport d'information sur les partenariats entre l'Etat et les collectivités territoriales par M. Georges Labazée, op.cit., p.38

⁶⁹⁰ Rapport d'information sur les partenariats entre l'Etat et les collectivités territoriales par M. Georges Labazée, op.cit., p.36

Section 2 : La contractualisation source de nouveaux procédés de contrôle de l'Etat

Longtemps mises de côté, les prérogatives de puissance publique concernant l'exécution du contrat sont autant de potentielles sources de renforcement du pouvoir de contrôle de l'Etat sur les collectivités territoriales dans le cadre de la contractualisation. Ce postulat de départ est renforcé par la circonstance que cette contractualisation intervient dans le cadre de rapports dépendant de l'institution de la tutelle administrative : il n'y a donc pas d'égalité de départ entre les parties, comme cela pourrait être le cas d'autres contrats ou conventions conclues entre personnes publiques.

C'est la raison pour laquelle il est nécessaire d'examiner ces prérogatives, dans le cadre de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales, comme source de contrôle supplémentaire de la part de l'Etat. Il faut toutefois préciser, en premier lieu, que la contractualisation n'a pas remis en cause les pouvoirs traditionnels reconnus aux personnes publiques dans le cadre contractuel : ces pouvoirs subsistent dans le cadre de la contractualisation. En second lieu, le développement relativement récent dans l'histoire des relations Etat-collectivités territoriales de la contractualisation pose inévitablement la question de l'articulation des « règles générales applicables aux contrats administratifs » avec les principes de l'institution de la tutelle administrative et, aujourd'hui, du contrôle de légalité. La contractualisation apparaît ainsi non pas seulement comme une réaffirmation du contrôle de l'Etat sur les collectivités territoriales : elle participe d'un approfondissement de ce contrôle en mettant en place un pouvoir supplémentaire à la disposition de l'Etat.

En matière contractuelle, il est d'usage de distinguer le pouvoir de résiliation et de modification unilatérale, du pouvoir de sanction et du pouvoir de direction et de contrôle. Dans le cadre des relations Etat-collectivités territoriales et dans la perspective de la présente recherche, il importe de se consacrer aux pouvoirs qui sont susceptibles de développer une tutelle supplémentaire sur les collectivités territoriales. A cet égard, il

⁶⁹¹ J-P. Gaudin, XVII. *La contractualisation des rapports entre l'État et les collectivités territoriales*, pp. 230-231

est donc nécessaire de réserver un traitement à part au pouvoir de résiliation et de modification unilatéral (§ 1) ainsi qu'au pouvoir de direction et de contrôle (§ 2).

§ 1 : Le pouvoir de résiliation et de modification unilatérale comme source de tutelle supplémentaire

L'étude du pouvoir de résiliation et de modification unilatéral est tout à fait particulière dans le domaine des relations Etat-collectivités territoriales. En effet : cette relation est, par nature, asymétrique ce qui renforce potentiellement ces deux pouvoirs que l'on peut rattacher conceptuellement aux « règles générales applicables aux contrats administratifs » selon l'expression consacrée⁶⁹². Il faut aller plus loin en considérant que la mise en œuvre de ces prérogatives qui s'attachent aux pouvoirs exorbitants des personnes publiques en matière contractuelle peut dépasser largement l'office de l'autorité de tutelle ou de contrôle qu'est l'Etat vis-à-vis des collectivités territoriales en tout cas dans la vision des pouvoirs de contrôle qui résulte de la loi du 2 mars 1982.

Le caractère hétérogène de la contractualisation ne permet pas d'adopter, de prime abord, une position de principe commune à l'ensemble des instruments de la contractualisation. Il importe donc de distinguer l'application de ces pouvoirs en fonction des instruments en cause : contrat administratif ou convention d'administration. A cet égard première distinction s'en greffe une seconde : si les deux pouvoirs de résiliation et de modification unilatérale présentent des caractéristiques communes ils doivent être distingués eu égard à leur source et à leurs effets. Dès lors, il convient d'examiner successivement le pouvoir de résiliation unilatérale (A) du pouvoir de modification unilatérale (B).

A. L'emploi du pouvoir de résiliation unilatérale

⁶⁹² V. ainsi pour le pouvoir de modification unilatéral : CE, 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, RDP 1984, p. 212 note J-M. Auby, précité.

Le pouvoir de résiliation unilatéral fait partie des pouvoirs de l'administration partie à un contrat en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs⁶⁹³. Dans le cadre de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales, son utilisation ou la menace de son utilisation constitue sans aucun doute une arme redoutable, c'est la raison pour laquelle il convient d'examiner successivement l'utilisation du pouvoir de résiliation unilatérale dans le cadre classique des contrats administratifs (1) et dans celui plus spécifique des conventions d'administration (2).

1. L'emploi du pouvoir de résiliation unilatérale dans le cadre classique des contrats administratifs

Cette faculté « constitue l'un des traits distinctifs marquants des contrats administratifs par rapport aux contrats de droit privé »⁶⁹⁴. Pour autant, l'étude du pouvoir de résiliation unilatérale s'inscrit ici dans un cadre bien particulier qu'est le champ de la relation Etat-collectivités et donc de contrats qui sont conclus entre personnes publiques. La justification première du pouvoir de résiliation unilatérale réside dans la faculté pour la personne publique partie au contrat de faire prévaloir l'intérêt général qui peut commander de résilier le contrat : elle ne peut renoncer à ce droit⁶⁹⁵. Dans le cadre de contrats entre personnes publiques et dans le champ de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales, la question se pose en termes différents : d'une part parce que deux personnes publiques sont parties au contrat et d'autre part parce que ces deux personnes publiques sont dans une relation reposant sur l'institution de la tutelle administrative. Le champ est donc bien spécifique.

L'existence d'un pouvoir de résiliation unilatérale peut donc être profondément discutée dans le cadre d'un contrat conclu entre personnes publiques dans la mesure où les justifications classiques de son existence pourraient être remises en cause. Néanmoins, il apparaît « qu'il n'y a aucune raison pour dénier son existence dans le cadre des

⁶⁹³ CE, Ass. 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, Rec. CE, p. 246 ; AJDA 1958, II. 282 concl. Kahn ; D. 1958, p. 730 note de Laubadère

⁶⁹⁴ A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, précité. Tome II, p. 654, n°1422

⁶⁹⁵ CE, 6 mai 1985, *Association Eurolat*, RFDA 1986, p. 21 concl. Genevois ; AJDA 1985, p. 620 note Fatôme et Moreau ; RDP 1986, p. 21 note Llorens

conventions entre personnes publiques ; en effet l'intérêt public y est en quelque sorte doublement présent. Par contre au stade de sa mise en œuvre, certaines difficultés apparaissent. En effet, il est difficilement concevable de laisser les deux parties publiques en disposer à leur guise sous peine de dénaturation du contrat initial (...) »⁶⁹⁶. Il faut ajouter à cela que le contrat entre l'Etat et les collectivités territoriales joue un rôle majeur en matière de répartition des compétences ou de transferts de service et la résiliation abusive de celui-ci pourrait, au final, aboutir à une neutralisation de ces transferts.

C'est la raison pour sans dénier l'existence d'un pouvoir de résiliation unilatérale, la jurisprudence en a consciencieusement encadré l'exercice : « Autrement dit, ce n'est pas parce qu'un contrat est passé entre deux personnes publiques que ces pouvoirs sont paralysés ; simplement, le contrôle du juge du contrat quant à la justification de leur emploi est renforcé »⁶⁹⁷. Ainsi, le Conseil d'Etat a-t-il reconnu la faculté pour l'Etat de résilier une convention de transfert de services en considérant que « la convention ne prévoit ni limitation de durée, ni les conditions dans lesquelles il pourrait y être mis fin, l'une ou l'autre des parties pouvant la résilier à tout moment pour motif d'intérêt général »⁶⁹⁸. Citant les conclusions inédites de Mme Denis-Linton, M. Dreyfus en conclut « que le pouvoir de résiliation unilatérale continue d'exister sans que le fait que le contrat soit passé entre deux personnes publiques y fasse obstacle. La seule condition à son utilisation, on l'a déjà rappelé, résidant dans l'existence d'un motif clair d'intérêt général justificatif »⁶⁹⁹. Dès lors, s'il existe un motif d'intérêt général suffisant, l'Etat peut résilier la convention. Le Conseil d'Etat a pu ainsi en juger à propos de contrats conclus entre l'Etat et les régions du Limousin, Centre et Midi-Pyrénées prévoyant la construction d'une ligne TGV à laquelle l'Etat renonce finalement : « si l'Etat a pu mettre fin unilatéralement à ses engagements contractuels pour un motif d'intérêt général, eu égard notamment au coût élevé et à la faible rentabilité socio-économique du projet de liaison par rames pendulaires, ses cocontractants sont toutefois en droit d'obtenir réparation du préjudice résultant de la résiliation unilatérale de ces contrats particuliers par l'Etat, même en l'absence de toute faute de ce dernier, dès lors qu'aucune

⁶⁹⁶ J-D. Dreyfus, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, op.cit., p. 337

⁶⁹⁷ J-D. Dreyfus, note sur CE, Sect. 21 décembre 2007, *Région du Limousin*, AJDA 2008, p. 481

⁶⁹⁸ CE, 13 mai 1992, *Commune d'Ivry-sur-Seine*, précité; CE 25 mai 1992, *Département de l'Hérault*, précité

⁶⁹⁹ J-D. Dreyfus, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, op.cit., p. 342-343

stipulation contractuelle n'y fait obstacle »⁷⁰⁰. Il faut souligner, d'une part, que le juge se place ici sur le terrain de la responsabilité contractuelle sans faute et non pas sur celui du « fait du prince » et, d'autre part que la décision précise bien que la responsabilité contractuelle peut être engagée sous réserve de stipulations contractuelles contraires. Il apparaît dès lors possible de s'interroger, avec M. Moderne, sur le rattachement du pouvoir de résiliation unilatéral et plus généralement des prérogatives contractuelles exorbitantes des personnes publiques au seul contrat : « Sont-elles « contractuelles » en ce sens qu'elles appartiendraient à toute personne publique en sa qualité de contractant, c'est-à-dire au seul motif qu'elle est bien partie au contrat administratif, ou le sont-elles parce que l'administration bien que contractante, ne peut en toute hypothèse se départir de sa mission d'intérêt général ? (...) La véritable différence pourrait alors se situer au niveau de l'exercice de telles prérogatives et de la manière dont elles influent sur le contrat : dans le premier cas, le rapport contractuel est directement visé ; dans le second, il se trouve accidentellement dans le « champ » de l'action administrative »⁷⁰¹.

L'analyse de la jurisprudence administrative permet de considérer que dans le champ particulier de la relation Etat-collectivités territoriales, l'intérêt général national l'emporte sur l'intérêt général local. Dès lors, si théoriquement le pouvoir de résiliation unilatérale existe potentiellement pour les deux parties le contrôle du juge sur la mesure de résiliation risque d'aboutir infailliblement à l'annulation d'une décision de résiliation émise par une collectivité territoriale. Toutefois, cela ne signifie pas que toute décision de résiliation émanant de l'Etat soit validée par le juge administratif : les jurisprudences citées prouvent le contraire. Ainsi, il y a lieu de considérer que le pouvoir de résiliation unilatéral bénéficie en premier lieu à l'Etat et lui donne par la même occasion un pouvoir considérable sur les collectivités territoriales. Il n'apparaît pas ici que le législateur ou encore moins le juge administratif ait entendu dénier à l'Etat ce pouvoir.

⁷⁰⁰ CE, Sect. 21 décembre 2007, *Région du Limousin et autres*, req. n° 293260, concl. Prada-Bordenave, BJCP n° 57, p. 138 ; AJDA 2008, p. 481 note Dreyfus ; JCP A 2008, p. 32 obs. Pontier ;

⁷⁰¹ Préface F. Moderne de la thèse de M. P. Terneyre : « La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif » *Economica* 1989, p. VII

Le Conseil constitutionnel a reconnu le pouvoir de résiliation comme faisant partie des

« principes applicables aux contrats administratifs »⁷⁰². Il faut voir dans cette décision outre la consécration du pouvoir de résiliation le fait que celui-ci soit considérablement encadré dans son étendue : il doit être exercé, sous le contrôle du juge, lorsque les conditions de validité du contrat ne sont plus remplies. Ses conditions de validité dépendent essentiellement du l'intérêt général qui s'attache à la poursuite de l'exécution du contrat.

Dès lors, la considération déterminante selon laquelle l'Etat dispose du monopole de la définition de l'intérêt général national justifie le maintien de cette prérogative exorbitante. Si cette reconnaissance ne semble pas soulever de difficultés supplémentaires dans le cas d'authentiques contrats, il n'en va pas de même en matière de conventions d'administration eu égard à la nature essentiellement directive de ces instruments.

2. L'emploi du pouvoir de résiliation unilatérale dans le cadre des conventions d'administration

L'existence d'un pouvoir de résiliation unilatérale pour ce qui concerne les conventions d'administration est un sujet débattu en doctrine. Ainsi, M. Hourson considère-t-il que « la nature directive des stipulations conventionnelles retire toute pertinence au pouvoir de résiliation unilatérale ». De plus : « permettre la résiliation unilatérale viderait les conventions d'administration d'une partie de leur utilité. Elles n'ont d'intérêt, en effet, que dans la mesure où elles garantissent le maintien d'orientations pendant une durée déterminée. Aussi les signataires n'ont-ils vraisemblablement aucune raison de prononcer la résiliation de l'acte de façon unilatérale »⁷⁰³. Dans son ouvrage, M. Richer considère que : « quand il existe en vertu de règles générales, le pouvoir de résiliation unilatérale peut cependant être supprimé par la loi (ex : loi du 29 juillet 1982, art. 12

⁷⁰² Cons.const, déc. n° 84-185 DC du 18 janvier 1985, *Loi modifiant et complétant la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 et portant dispositions diverses relatives aux rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales*, Rec. CC, p. 36 ; RDP 1986, p. 395 chron. Favoreu

⁷⁰³ S. Hourson, *Les conventions d'administration*, op. cit., p. 478, n°s 774 et 775

pour les contrats de plan) ; il est douteux qu'il puisse l'être par un acte réglementaire »⁷⁰⁴.

S'il apparaîtrait logique que la loi puisse aménager l'exercice du pouvoir de résiliation dans le cadre des conventions d'administration, il ne semble pour autant pas possible d'en déduire qu'il ait été supprimé. L'exemple de la loi du 29 juillet 1982 est très instructif bien qu'il concerne aujourd'hui les contrats de projets et que la plupart des actes qui sont concernés ont tantôt un caractère contractuel, tantôt un caractère conventionnel : la bascule entre les deux étant faite par le juge administratif⁷⁰⁵. L'article 12 de la loi du 29 juillet 1982 prévoit que les contrats de plan « ne peuvent être résiliés par l'Etat, avant leur date normale d'expiration, que dans les formes et conditions qu'ils stipulent expressément ». Cet article ne prévoit nullement une suppression totale du pouvoir de résiliation mais son encadrement strict : la résiliation unilatérale par l'Etat est possible si celle-ci a bien été stipulée de manière expresse. La plupart des contrats de projet contient donc une clause standard en ce sens, à l'instar du contrat de projet conclu entre l'Etat et la région Basse-Normandie : « La modification substantielle ou la résiliation du présent contrat peut être demandée par l'une des parties sous réserve d'un exposé des motifs. Elle sera soumise à délibération en séance plénière de chacune des collectivités signataires et fera l'objet d'une saisine transmise par le Préfet de région à la Délégation à l'Aménagement et à la Compétitivité des Territoires »⁷⁰⁶.

Il faut également déduire de l'article 12 de la loi du 29 juillet 1982 que seule une loi peut déroger aux règles générales applicables aux contrats administratifs, et par extension aux conventions d'administration. Il faut donc en déduire que le pouvoir de résiliation s'applique sauf texte contraire venant formellement en encadrer l'exercice, ce

⁷⁰⁴ L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, op.cit., p. 265

⁷⁰⁵ V. sur ce point : CE, Sect. 21 décembre 2007, *Région du Limousin et autres*, précité : « les régions requérantes ont signé le 21 février 2001 un protocole d'accord avec l'Etat, puis, le 13 novembre 2001, avec l'Etat, la Société nationale des chemins de fer français (SNCF) et Réseau ferré de France (RFF), une convention-cadre dont l'objet est le financement et la réalisation de la modernisation de la liaison ferrée Paris-Orléans-Limoges-Toulouse et de la mise en service de six rames de TGV rendues pendulaires ; qu'elles ont signé le même jour avec les mêmes partenaires une convention relative au financement et à la réalisation de l'étude d'avant-projet détaillé ; qu'elles ont enfin signé avec l'Etat le 12 septembre 2002 une convention relative au financement du contrôle externe ; que si le protocole d'accord du 21 février 2001, qui ne fixe qu'un objectif et prévoit sa concrétisation par des conventions ultérieures, constitue une simple déclaration commune d'intention sans portée juridique, les trois conventions signées les 13 novembre 2001 et 12 septembre 2002 présentent en revanche le caractère de contrats susceptibles de mettre en jeu la responsabilité contractuelle de l'Etat »

⁷⁰⁶ <http://www.datar.gouv.fr/sites/default/files/datar/basse-normandie-cper-2007-2013.pdf>

qui serait cohérent avec le caractère d'ordre public du pouvoir de résiliation auquel il n'est en principe pas possible de renoncer. Il faut préciser qu'une telle exclusion de principe n'a pas été reprise dans les textes fondateurs de conventions d'administration, qu'il s'agisse par exemple des contrats locaux de sécurité⁷⁰⁷, des contrats de pays⁷⁰⁸ ou encore des contrats développement territorial⁷⁰⁹. La circonstance que « les acteurs publics ne se prononcent guère sur l'existence d'un pouvoir de résiliation unilatérale lorsqu'ils concluent une convention d'administration »⁷¹⁰ ne permet pas d'emporter la conviction : le pouvoir de résiliation semble être d'ordre public et seul un texte permet d'y déroger.

Le pouvoir de résiliation apparaît comme « une règle générale du droit des contrats administratifs. Ce qui est exact, c'est que, étant donné le fondement du pouvoir de résiliation, il existe des catégories de contrat où, en fait, il ne saurait trouver place parce que ce fondement ne peut pratiquement se retrouver ; ce sont les contrats ayant un caractère exclusivement financier (emprunt publics, etc.) ; la résiliation de tels contrats par l'administration ne pourrait viser qu'à satisfaire de purs intérêts pécuniaires qui ne correspondent pas au fondement réel de l'institution »⁷¹¹. Il ne semble pas que les conventions d'administration soient à considérer de cette manière.

Le Conseil constitutionnel en déclarant conforme à la Constitution une convention fiscale conclue avec la Nouvelle-Calédonie considère que « rien ne s'oppose à ce que, dans le cadre de la convention de droit interne passée par les autorités compétentes au titre de chacune des personnes morales contractantes, soient définis des droits et des obligations réciproques » et que « la définition de ces droits et obligations par la voie contractuelle ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de priver le législateur français des compétences que lui confère la Constitution ni d'attribuer aux autorités du territoire des prérogatives contraires à la Constitution »⁷¹². Aucun élément explicite de cette décision n'exclue à un quelconque moment l'existence d'un pouvoir de résiliation unilatérale qui

⁷⁰⁷ Circulaire du 28 octobre 1997, relative à la mise en œuvre des contrats locaux de sécurité, JORF n° 253 du 30 octobre 1997, p. 15757

⁷⁰⁸ Loi n° 99-533 du 25 juin 1999 d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire et portant modification de la loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, articles 24, 25 et 26

⁷⁰⁹ Loi n° 2010-597 du 3 juin 2010 relative au Grand Paris, article 21

⁷¹⁰ S. Hourson, thèse précitée, p. 481, n° 780

⁷¹¹ A. de Laubadère, B. Genevois, P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, op.cit., T. II, p. 663-664, n° 1430

⁷¹² Cons.const., déc. n° 83-160 DC du 19 juillet 1983, précitée, cons. n° 9

doit assurément être regardé comme faisant partie des règles et principes généraux applicables en droit interne, y compris à l'égard des conventions d'administration. Au sujet de cette décision, M. Dreyfus considère : « que la question de l'utilisation concurrente par les deux parties du pouvoir unilatéral se présente sous un jour spécifique ; en effet, la nature législative de la convention semble interdire au territoire de l'envisager tandis que le Parlement paraît lui tout à fait libre d'y avoir recours. Tant et si bien que seule une des parties en est titulaire à l'image de ce qui existe dans les contrats administratifs classiques »⁷¹³. Il faut ajouter à cela que la circonstance que deux personnes publiques soient parties au contrat ne justifie en aucune manière l'abandon d'un tel pouvoir⁷¹⁴.

Il faut donc en déduire que, hormis un texte contraire, il faut considérer que le pouvoir de résiliation unilatéral demeure également pour ce qui concerne les conventions d'administration. Compte-tenu de ce qui a été précédemment, il semble que ce soit également l'Etat qui bénéficie de cette possibilité. Pour autant, cette possibilité de résiliation demeure considérable encadrée, pour deux séries de raisons. D'une part, la logique dans laquelle s'inscrit la convention d'administration est avant tout – comme d'ailleurs la logique de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales – une logique de partenariat : la mise en œuvre du pouvoir de résiliation ne peut être, en ce cas, que parcimonieuse. Ainsi que l'écrivait les maîtres de requête Maugüé et Schwartz : « lorsqu'elle passe un contrat avec une autre collectivité publique pour l'organisation d'un service public, une personne publique ne dispose plus des pouvoirs traditionnels que sont le pouvoir de modification et le pouvoir de dénonciation, ou plutôt elle n'en dispose que sous le contrôle étroit du juge »⁷¹⁵. D'autre part, l'encadrement du pouvoir de résiliation unilatérale des personnes publiques s'est récemment développé pour donner pleine consistance au principe de loyauté des relations contractuelles : le juge administratif accepte pour tous les contrats administratifs d'ordonner une reprise des relations contractuelles signifiant implicitement qu'il peut annuler une mesure de résiliation⁷¹⁶.

⁷¹³ J-D. Dreyfus, th. précitée ; p. 341

⁷¹⁴ V. en ce sens : CE, 24 novembre 2008, *Syndicat mixte d'assainissement de la région du Pic-Saint-Loup* ; BJCP 2009, p. 151, concl. Dacosta ; AJDA 2009, p. 319 note J-D. Dreyfus ; CMP 2009, comm. 7 Eckert ; DA comm. 19 F. Melleray ; RJEP mai 2009 p. 14 note Pelissier

⁷¹⁵ C. Maugüé et R. Schwartz, *Etendue du pouvoir d'annulation du juge du contrat*, AJDA 1992, p. 480

⁷¹⁶ CE, Sect. 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, RFDA 2011, p. 507, concl. Cortot-Boucher, note Pouyaud, GAJA, 18^e éd. n° 118

Il ne faut donc voir de réelle spécificité des conventions d'administration à cet égard. Le pouvoir de résiliation existe : sa justification demeure dans la nécessité pour l'Etat de pouvoir faire primer l'intérêt général national sur le local. Le pouvoir de résiliation unilatéral est ainsi une réalité pour ce qui concerne les conventions d'administration, il constitue un outil de pression efficace de la part de l'Etat et compte tenu de la multitude de domaines couverts par la contractualisation, il est possible de considérer que le pouvoir de résiliation est un prolongement et une réminiscence de la tutelle. En effet, la détermination du motif d'intérêt général justifiant la résiliation est une considération d'opportunité et non pas juridique : le juge administratif contrôlera l'existence d'un motif d'intérêt général sans aller jusqu'à en contrôler l'opportunité. Dès lors, l'application du pouvoir de résiliation unilatéral à la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales constitue un approfondissement du contrôle de l'Etat et effectivement une réminiscence de la tutelle administrative.

Les prérogatives unilatérales découlant du contrat demeurent : qu'il s'agisse d'un contrat ou d'une convention d'administration. Le pouvoir de résiliation unilatérale n'est pas la seule prérogative notable permettant de réintroduire du contrôle : il faut également évoquer le cas de la modification unilatérale.

B. L'emploi du pouvoir de modification unilatérale

De la même manière qu'il est possible de reconnaître un pouvoir de résiliation unilatérale dans le cadre de la contractualisation et tant ce qui concerne les conventions d'administration que les contrats administratifs. Le fondement de ce pouvoir semble identique que le pouvoir de résiliation unilatérale : le respect de l'intérêt général dont l'Etat demeure l'ultime garant. Il convient donc d'examiner successivement l'application du pouvoir de modification unilatérale aux contrats administratifs (1) puis aux conventions d'administrations conclues entre l'Etat et les collectivités territoriales (2).

1. *L'application du pouvoir de modification unilatérale aux contrats conclus entre l'Etat et les collectivités territoriales*

Longtemps objet de controverses doctrinales⁷¹⁷, le pouvoir de modification unilatérale a fait l'objet d'une reconnaissance explicite par le juge administratif qui admet : « que l'autorité organisatrice peut, en cours de contrat, apporter unilatéralement des modifications à la consistance des services et à leurs modalités d'exploitation, que l'usage de cette prérogative peut entraîner une révision des clauses financières du contrat, et enfin que les modifications ainsi apportées ne doivent pas être incompatibles avec le mode de gestion choisi, [ainsi] les auteurs du décret attaqué se sont bornés à faire application des règles générales applicables aux contrats administratifs »⁷¹⁸. Il faut voir ici une parenté claire entre le pouvoir de modification unilatérale et celui de résiliation unilatérale qui ont été tous deux consacrés en vertu des « règles applicables aux contrats administratifs »⁷¹⁹.

Si la résiliation unilatérale est une solution radicale, la modification unilatérale du contrat ne l'est pas moins, d'autant plus lorsque l'on se trouve dans le cadre d'un contrat conclu entre l'Etat et les collectivités ayant pour objet soit la dévolution de compétences ou le transfert de services ou encore en présence d'engagements financiers. Ainsi, les auteurs du *Traité des contrats administratifs* considèrent-ils que « le pouvoir de modification unilatérale n'existe qu'à l'égard de *certaines clauses du contrat*. Cette restriction est la conséquence de l'idée même qui sert de fondement à ce pouvoir, la nécessité de l'adaptation du contrat aux besoins du service public. On peut en effet distinguer parmi les clauses des contrats administratifs celles qui intéressent le fonctionnement du service public et mettent en jeu ses besoins et celles qui concernent les avantages consentis au cocontractant, en particulier les *éléments financiers du contrat* au premier rang desquels vient le prix stipulé »⁷²⁰. Si l'existence du pouvoir de

⁷¹⁷ V. part : J. L'Huillier, *Les contrats administratifs tiennent-ils lieu de loi à l'Administration ?*, D. 1953, chron. p. 87 et s. et F.-P. Benoît, *De l'inexistence d'un pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratifs*, JCP 1963.I.1775 ; F.-P. Benoît, *Le droit administratif français*, Dalloz 1968, n° 1184, p. 665 et s.

⁷¹⁸ CE, Sect. 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, précité.

⁷¹⁹ CE, Ass. 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, précité à propos de la résiliation et à propos du pouvoir de modification : CE, 5 juillet 2013, *Société Véolia Transports Valenciennes Transvilles*, req. n° 367760 ; AJDA 2013, p. 2454 obs. Schultz ; Rev. Contrats et marchés publics 2013, n° 11 p. 46 chron. Champy ; Rev. Contrats et marchés publics 2013, n° 10, p. 45 note Piétri ; Le Moniteur 2013, n° 135, p. 17 note Jouguelet ; Rev. Lamy CT 2013, n° 93, p. 52 obs. Glaser ;

⁷²⁰ A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats*, op.cit. T.II, p. 406, n° 1177

modification unilatérale fait partie des « principes généraux du droit des contrats administratifs », rien n'interdit au législateur ou au pouvoir réglementaire d'en aménager les effets ou encore au contrat de prévoir une stipulation encadrant cette faculté.

Ainsi, s'agissant des conventions types de transferts de services entre l'Etat et les collectivités territoriales prévues notamment par les articles 26 et 73 de la loi du 2 mars 1982, deux décrets du 15 mars 1982⁷²¹ venant approuver les conventions-types annexées prévoyaient que la modification des annexes à la convention devait résulter d'avenants mais que toute autre modification relevait de la compétence du ministre chargé des collectivités territoriales. En outre, les contrats de projets Etat-région contiennent systématiquement des clauses de révision et même incluent des évaluations à mi-parcours pour permettre une meilleure adaptation. Tout ceci conduit à considérer que dans le champ des relations Etat-collectivités territoriales, le pouvoir de modification unilatérale demeure bien encadré. Néanmoins l'Etat n'hésitera pas à s'en servir s'il estime nécessaire, parce que l'intérêt général national le justifie de modifier unilatéralement le contrat, souvent au grand dam des collectivités territoriales, ce qui s'est déjà produit en matière de contrats de plan avec la célèbre affaire du Synchrotron⁷²². La limite de l'exercice de ce pouvoir est assurément l'engagement de la responsabilité contractuelle : « l'exercice irrégulier du pouvoir de modification en contrariété avec les conditions prévues par le contrat, ou en dehors toute stipulation contractuelle et sans qu'il réponde à des motifs d'intérêt général, engagera la responsabilité contractuelle pour faute de l'administration car il constituera alors une atteinte injustifiée à la force obligatoire du contrat »⁷²³. Pour des raisons similaires, ce pouvoir de modification unilatérale se retrouve également pour ce qui concerne les conventions d'administration.

2. L'application du pouvoir de modification unilatérale aux conventions d'administration

⁷²¹ Décrets n° 82-243 et 82-242 du 15 mars 1982 : « Les parties concernées peuvent par simple accord entre elles, modifier les seules annexes à la présente convention. Toute autre modification requiert l'approbation par arrêté du ministre d'Etat, ministre de l'intérieur et de la décentralisation ».

⁷²² V. ainsi : CE, Ass. 8 janvier 1988, *Ministre chargé du plan c/ Communauté urbaine de Strasbourg*, précité.

⁷²³ P. Terneyre, *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif*, thèse précitée, p. 143

La nature même des conventions d'administration font de ces instruments le terrain privilégié du développement du pouvoir de modification unilatérale. S'agissant d'instruments directifs et coordonnant les politiques publiques, la détermination des projets d'intérêt général reste essentielle et il est logique de considérer que ces instruments ont vocation à être modifiés de manière fréquente, en principe de manière consensuelle : « l'évolution des stipulations, même décidée par une seule partie, est quasi-inhérente à ces méthodes conventionnelles d'encadrement »⁷²⁴. Ainsi, dans le cadre d'une étude récente menée par six élèves administrateurs de l'Institut national des études territoriales à propos de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales, est-il demandé d'instaurer de manières systématiques « de clauses de revoyure régulières et contraignantes » afin d'agir comme « de véritables forces de rappel qui amènent les cocontractants à faire des points d'étape, à minima à mi-parcours, pour dresser le bilan des actions réalisées et ajuster, le cas échéant, celles à venir »⁷²⁵. A priori, l'idée de modification unilatérale serait a priori exclue de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales.

En effet, les conventions d'administration supposent une révision régulière qui en font un moyen souple d'adaptation de l'action publique, même si – dans l'idéal – la modification de la convention doit intervenir de façon concertée et non pas unilatéralement⁷²⁶. Il faut penser que ce pouvoir de modification unilatérale puisse être utilisé tant par l'Etat que par la ou les collectivités partenaires : l'utilisation de ce pouvoir demeure conditionnée par un changement de circonstances ou un motif d'intérêt général. Dans le cadre d'une relation de tutelle, cette prérogative de modification unilatérale « complète, en ce cas, les pouvoirs détenus par cette autorité de tutelle »⁷²⁷. Ainsi que l'explique les auteurs du *Traité des contrats administratifs* « ce pouvoir ne saurait être un *pouvoir totalement discrétionnaire*, car un pouvoir discrétionnaire

⁷²⁴ S. Hourson, thèse précitée, p. 472

⁷²⁵ *Agir ensemble : 25 actions pour penser l'avenir de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités*, p. 33, disponible sur : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/134000055/index.shtml>

⁷²⁶ V. ainsi la circulaire du 24 mai 2006 relative à l'élaboration des contrats urbains de cohésion sociale : « Les contrats feront l'objet d'une évaluation à échéance de trois ans, de manière à pouvoir être réorientés de manière plus substantielle, et, à terme, de manière à analyser les écarts entre les objectifs prévus et les résultats observés et afin de pouvoir établir une appréciation d'ensemble sur leur conception et leur mise en œuvre ».

⁷²⁷ S. Hourson, thèse précitée, p. 472, n° 764

impliquerait la liberté pure et simple pour l'administration de se soustraire à ses engagements contractuels en y apportant des changements. Une seconde idée est que l'exercice du pouvoir de modification suppose que des *changements de circonstances* se sont produits, qui justifient cette mise en œuvre (...). Au-delà de cette seconde idée, il est enfin possible de définir de manière plus précise encore les conditions d'emploi du pouvoir de modification unilatérale en le liant plus étroitement aux idées qui lui servent de fondement, c'est-à-dire en y voyant une conséquence et même un reflet des pouvoirs que détient l'administration à l'égard du service public lui-même »⁷²⁸.

S'agissant des conventions d'administration conclues entre l'Etat et les collectivités territoriales, il ne faut pas perdre de vue qu'elles sont conclues dans le cadre d'une relation de tutelle où l'égalité des parties n'est pas la règle. Ainsi qu'il a été dit, la contractualisation n'y peut rien changer. Dès lors, le pouvoir de modification unilatérale semble essentiellement dans la main de l'Etat pour la même raison qui a été exposée plus haut : ce dernier dispose du monopole de définition de l'intérêt général national qui prime sur le local. La difficulté propre des conventions d'administration vient du caractère essentiellement limité du contrôle du juge qui, pour le moment, se refuse à sanctionner au contentieux leurs stipulations directives⁷²⁹. Il faut donc considérer qu'en l'absence de contrôle du juge, la modification d'une convention d'administration conclue entre l'Etat et une collectivité territoriale demeure un pouvoir discrétionnaire essentiellement entre les mains de l'Etat, ce qui distingue nettement du pouvoir de modification du contrat. Cela ne signifie pas pour autant que ce pouvoir ne connaisse pas de limites, ce qui serait notamment le cas si la modification touchait des clauses financières de la convention ce qui aboutirait *in fine* à une résiliation.

Le caractère souple des conventions d'administration et la présence systématique de clauses de révisions suppose que l'Etat n'ait pas besoin de recourir au pouvoir de modification unilatérale. Pour autant, l'Etat ne s'en est pas privé par le passé : une circulaire du 19 septembre 1996, adressée aux préfets de région par le ministre de l'aménagement du territoire, de la ville et de l'intégration prévoyait le report d'une année

⁷²⁸ A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats*, op.cit. T.II, p. 403, n° 1176

de la date d'échéance des contrats de plan, finalement fixée au 31 décembre 1999 même si le décret du 82-32 du 21 janvier 1983 prévoyait une procédure de révision calquée sur la procédure d'adoption, c'est-à-dire fondée sur l'accord de l'ensemble des signataires. Les derniers rapports parlementaires relatifs à l'application des contrats de projets soulignent bien le caractère dyssymétrique de ces instruments : « les retards pris par l'Etat dans l'exécution budgétaire de ses engagements, voire le non-respect de ces derniers, ont été évoqués à de nombreuses reprises lors des déplacements. L'asymétrie qui en résulte est absolument dommageable »⁷³⁰.

Il n'en demeure pas moins, s'agissant des conventions d'administration, que leur modification : « passe, en effet, plus volontiers par des procédés consensuels figurant ou non au sein de stipulations conventionnelles. En définitive, une partie n'a aucun intérêt à opérer seule une modification dans le cadre de ces instruments conventionnels dont le contenu est caractérisé par la souplesse »⁷³¹. Dans le cadre de la relation Etat-collectivité territoriale l'utilisation de la prérogative de modification unilatérale dans la perspective des conventions d'administration conclues conduit à assurer à l'Etat un pouvoir dépassant le cadre strict de la tutelle et qui confine d'ailleurs à l'injonction, pouvoir absent de la présentation traditionnelle de la tutelle administrative.

L'existence de pouvoirs unilatéraux de résiliation et de modification tant des contrats que des conventions d'administration conclues entre l'Etat et les collectivités territoriales constituent, en réalité, autant de facultés supplémentaires pour l'Etat d'imposer sa volonté aux collectivités territoriales de telle sorte que « l'essor contractuel marque le passage d'une contrainte imposée (l'acte unilatéral) à une contrainte consentie (le contrat). Il ne signifie pas pour autant un déclin de la tutelle étatique »⁷³². Cette situation se retrouve également dans le cas du pouvoir de direction et de contrôle qui apparaît également comme un approfondissement de la tutelle en réintroduisant en profondeur du contrôle d'opportunité dans la relation Etat-collectivités territoriales, ce à quoi la loi du 2 mars 1982 avait souhaité mettre un terme.

⁷²⁹ V. en ce sens, à propos de stipulations directives d'un contrat de plan : CE, Sect. 25 octobre 1996, *Association Estuaire-Ecologie*, précitée.

⁷³⁰ Rapport d'information sur les partenariats entre l'Etat et les collectivités territoriales par M. Georges Labazée, sénateur, enregistré le 9 octobre 2012, pp. 36

⁷³¹ S. Hourson, thèse précitée, p. 476

§ 2 : Le pouvoir de direction et de contrôle comme source de tutelle supplémentaire

L'existence d'un pouvoir de contrôle et de direction est souvent présentée classiquement comme une composante essentielle du droit des contrats administratifs. Ainsi : « sous leur forme la plus simple, les interventions de contrôle consistent à vérifier, au cours de l'exécution, que le cocontractant exécute les dispositions du contrat. C'est là un *contrôle de surveillance*, complété ultérieurement, en fin d'exécution à l'occasion de la « réception » du travail, de la fourniture ou du service, etc., par la constatation que le contrat a été correctement exécuté. Ce contrôle *stricto sensu*, en cours d'exécution est réalisé par des actes matériels (visites, vérifications, demandes de renseignements, etc.), mais aussi éventuellement par des décisions juridiques (injonctions, ordres de service, mises en demeure, etc.). Au-delà de ce premier degré, le contrôle *lato sensu* comporte des interventions plus poussées. Elles se manifestent lorsque l'administration ne se borne plus à s'assurer de l'exécution des obligations prévues dans le contrat, mais intervient dans le *choix des modalités d'exécution* qui ont pu n'être pas précisées dans le contrat (...); sans apporter de modifications au contrat (...); un tel contrôle n'est plus une simple surveillance, il met en jeu un véritable *pouvoir de direction* de l'exécution contractuelle par l'administration »⁷³³.

La coexistence d'un pouvoir de contrôle au titre du contrat ou de la convention d'administration à côté du pouvoir traditionnel de contrôle qu'assure l'Etat sur les collectivités territoriales apparaît comme l'un des traits marquants de la contractualisation des rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales. Il faut y voir un renforcement du contrôle de l'Etat avec l'émergence de tutelle supplémentaire trouvant sa source tant dans le contrat que dans la convention d'administration signée entre l'Etat et la collectivité territoriale. Les enjeux d'un tel contrôle sont majeurs dans la mesure où ils permettraient, pour l'Etat, de réintroduire des éléments d'opportunité dans le contrôle exercé sur les collectivités territoriales. Avant d'étudier les effets du

⁷³² G. Marcou, F. Rangeon, J.L. Thiébault, " Le Gouvernement des villes et les relations contractuelles entre collectivités publiques " in le Gouvernement des villes, Descartes et cie, 1997.

⁷³³ A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, op.cit. Tome II, p. 383, n° 1164

pouvoir de direction et de contrôle (B), il apparaît nécessaire d'analyser la source de ce pouvoir de direction afin de déterminer si elle est extracontractuelle ou bien si elle découle du contrat ou de la convention (A).

A. La source du pouvoir de direction et de contrôle

La définition de la source du pouvoir de direction et de contrôle est un enjeu fondamental dans la mesure où elle détermine par la suite l'étendue de ce pouvoir. Une alternative se présente : soit le pouvoir de direction et de contrôle doit être considéré comme trouvant sa source dans les principes généraux des contrats administratifs auquel cas il existe même en cas de silence du contrat ou de la convention, soit il existe uniquement dans la mesure où il est prévu dans le contrat. Dans le premier cas, il s'agirait d'un pouvoir étendu puisque étranger au contrat ou à la convention, dans le second d'un pouvoir conditionné puisque son existence même dépendrait des stipulations du contrat ou de la convention en cause. Les effets d'un tel pouvoir seraient ainsi bien différents, d'une conception à l'autre. Il apparaît néanmoins que le pouvoir de direction et de contrôle peine à trouver sa source au sein des principes généraux des contrats administratifs (1) quand bien même certains éléments y encouragent, le juge administratif s'y est jusqu'à présent toujours refusé. La source du pouvoir de contrôle semble donc résider dans les contrats et les conventions qui l'instituent, faisant de ce pouvoir un pouvoir conditionné puisque déterminé spécifiquement au sein de chaque document (2).

1. L'absence de source extracontractuelle du pouvoir de direction et de contrôle

Les auteurs du *Traité des contrats administratifs* observent une gradation entre le pouvoir de contrôle qui est essentiellement une fonction de surveillance et le pouvoir de direction permettant, en dehors de toute modification contractuelle, d'orienter l'action du cocontractant. Ainsi, à l'instar de Gaston Jèze, ces auteurs admettent que « *le pouvoir*

de contrôle stricto sensu, ou surveillance de l'exécution du contrat existe d'office dans les contrats administratifs » et à ce titre permet à l'administration « d'adresser des injonctions à ses cocontractants pour ramener le contrat à exécution, on doit admettre qu'elle puisse d'une manière générale organiser les moyens de surveillance les plus adéquats ». En revanche, ces auteurs peinent à reconnaître l'existence d'un pouvoir de direction existant dans le silence du contrat et conviennent que les choix des moyens et modalités d'exécution « dans le silence des conventions, est commandé par des considérations variables selon l'objet du contrat »⁷³⁴.

Il faut en déduire, en premier lieu, qu'il n'est pas possible de considérer sur le même plan le pouvoir de contrôle en tant que pouvoir de surveillance et le pouvoir de contrôle en tant que pouvoir de direction. Si la consécration du premier comme règle générale applicable aux contrats administratifs ne semble pas soulever de difficultés, en revanche la consécration du second soulève un certain nombre de difficultés ainsi que le relève un commissaire du gouvernement à propos d'un contrat de concession où il reconnaît la possibilité pour le ministre d' « exiger des compagnies qu'elles lui communiquent tous marchés, même tous projets de contrat ; mais ce droit de communication reconnu (...) on ne peut pas en faire découler un droit de tutelle, un droit d'approbation »⁷³⁵.

La jurisprudence administrative se refuse à reconnaître une source extracontractuelle au pouvoir de direction et de contrôle. L'affaire *Commune de Douai*⁷³⁶ en est une illustration intéressante : était notamment en cause dans cette affaire la possibilité pour la Commune de saisir le juge afin qu'il enjoigne au cocontractant de lui fournir un inventaire des biens de la concession situés sur le territoire de la Commune. La Cour d'appel avait refusé de faire droit à cette demande en considérant qu'il n'y avait pas d'obligation découlant d'aucun texte (en l'occurrence l'article L. 2224-31 du CGCT). Le Conseil d'Etat juge au contraire qu'il résulte des dispositions de l'article L. 2224-31 du CGCT : « que le concessionnaire est tenu, pour permettre à l'autorité concédante d'exercer son contrôle sur le service public concédé, de lui communiquer, à sa demande, toutes informations utiles, notamment un inventaire précis des ouvrages de la concession, avec la détermination de leur valeur brute, de leur valeur nette comptable et

⁷³⁴ A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, op.cit. Tome II, p. 386, n° 1166

⁷³⁵ CE, 18 juillet 1930, *Compagnies P.L.M. et autres*, RDP 1931 p. 141, concl. Josse, spéc. p. 150-151

⁷³⁶ CE, Ass. 21 décembre 2012, *Commune de Douai*, req. n° 342788, RFDA 2013, p. 25 concl. Dacosta ; AJDA 2013, p. 457, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; DA 2013, n° 3, p. 38 note Eveillard ; JCP G 2013, n° 24, p. 1188 chron. Eveillard

de leur valeur de remplacement ». Le Conseil d'Etat aurait pu se saisir de cette occasion pour consacrer l'appartenance du pouvoir de contrôle et de direction aux règles générales applicables aux contrats administratifs. Cette question n'avait ainsi pas échappée au rapporteur public, M. Dacosta, qui a considéré que : « si une large partie de la doctrine estime que le pouvoir de contrôle de l'administration à l'égard de son cocontractant fait partie des règles générales applicables aux contrats administratifs, même en l'absence de stipulations explicites en ce sens, vous n'avez jamais, pour votre part, consacré de façon générale un tel principe. Et, à vrai dire, contrairement au pouvoir de modification ou de résiliation unilatérale, il s'y prête mal, car la notion de contrôle n'est pas univoque. Elle peut recouvrir la simple surveillance exercée sur le cocontractant, qui ne prête guère à contestation, mais aussi englober un pouvoir de direction, voire d'approbation préalable des actes du cocontractant. Or une partie de ces prérogatives ne peut exister sans texte (cf., pour l'absence de pouvoir d'agrément préalable, CE, 3 avril 1925, Ville de Mascara, p. 382). Affirmer l'existence d'un pouvoir général de contrôle aussi polysémique serait donc hasardeux ».

Il faut en déduire une nécessaire distinction entre pouvoir de contrôle au titre de la mission de « surveillance » et pouvoir de contrôle au titre de la direction des opérations. Rapportée au cadre global des contrats entre personnes publique et au champ spécifique des relations Etat-collectivités territoriales, cette distinction prend tout son sens. Il n'apparaît pas du tout incongru de reconnaître à l'Etat un pouvoir de contrôle, même dans le silence du contrat ou de la convention dans le déroulement de ceux-ci, précisément puisqu'il se situe déjà dans une relation de tutelle mais il ne saurait pour autant en dépasser le cadre. Ainsi, la reconnaissance d'office d'un pouvoir de direction sans qu'il ait été conventionnellement ou contractuellement aménagé pourrait avoir de graves conséquences, d'une part en risquant de nier la répartition des compétences voulues par le législateur et, d'autre part, en reconnaissant à l'Etat un authentique pouvoir de contrôle discrétionnaire par le contrat. Il apparaît donc indispensable à la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales que la détermination d'un tel pouvoir demeure entre les mains des parties.

2. Le pouvoir de contrôle et de direction, un pouvoir conditionné

Il résulte de ce qui précède que : « le pouvoir de « contrôle-direction », qui permet à l'administration d'intervenir dans l'exécution du contrat en choisissant ses modalités d'exécution, ne peut être considéré comme une règle générale de contrats administratifs dès lors que son existence dépend de l'objet du contrat et de la volonté des parties. A ce titre, il doit être distingué du « contrôle-surveillance » qui permet à l'administration de vérifier à tout moment que son cocontractant respecte ses obligations contractuelles et qui peut être qualifié de règle générale des contrats administratifs »⁷³⁷. Si le pouvoir de direction apparaît comme étant essentiellement conditionné par le contrat ou la convention, le pouvoir de contrôle peut également être aménagé par le contrat ou la convention quand bien même il existerait d'office. Il faut ajouter à cela, et la situation a été rencontrée supra avec l'affaire *Commune de Douai*, qu'un texte réglementaire ou législatif peut tout à fait prévoir et même imposer un tel pouvoir de contrôle et de direction. En dehors de cette situation, ce sont les stipulations contractuelles qui détermineront s'il existe un pouvoir de direction et de contrôle, étant admis toutefois que ce dernier pouvait exister d'office.

C'est donc en examinant les différents contrats ou conventions d'administration conclus entre l'Etat et les collectivités territoriales qu'il sera possible de déterminer l'étendue du pouvoir de contrôle et l'existence du pouvoir de direction. Le fait qu'il s'agisse de contrats conclus entre personnes publiques et plus spécifiquement du champ des relations Etat-collectivités territoriales ne semble pas de nature à dénier l'existence de tels pouvoirs : « l'existence d'un pouvoir de contrôle stricto sensu reconnu aux personnes publiques contractantes ne paraît pas devoir être radicalement mise en cause. Par contre, le droit d'intervention de l'une des parties publiques dans le choix des modalités d'exécution qui n'ont pu être précisées dans le contrat ne nous paraît pouvoir perdurer que si l'on reconnaît la responsabilité principale du service, de la mission à l'une d'entre elles. Alors, en effet, et alors seulement, se justifierait la reconnaissance d'un tel pouvoir *au profit d'une seule des parties publiques* (car il est évident que les deux cocontractants ne pourraient en disposer concurremment et simultanément sans qu'il y ait une dénaturaison de l'acte contractuel »⁷³⁸.

⁷³⁷ A. Roblot-Troizier, *Retour sur le pouvoir de contrôle de l'administration à l'égard de son cocontractant*, RFDA 2007, p. 990

⁷³⁸ J-D. Dreyfus, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, op.cit., p. 326-327

Il faut en déduire que la question de la répartition des compétences et également des rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales ressurgit dans la mesure où tout ceci va déterminer la raison d'être et l'étendue du pouvoir de contrôle et de direction.

Ainsi que le pouvoir de contrôle et de direction semble fondamentalement lié aux stipulations des contrats et conventions qui l'instituent, sans que l'on puisse toutefois faire une généralité quant à la présence ou l'absence d'un tel pouvoir dans les contrats et conventions conclues entre l'Etat et les collectivités territoriales. Ce qui apparaît patent, en revanche, c'est qu'aucun principe ne s'oppose à ce qu'un tel pouvoir soit présent dans ces instruments. Compte tenu, de plus, de l'importance de la relation de tutelle dans la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales, un tel pouvoir de contrôle par le contrat même prévu peut avoir une incidence considérable.

Ayant circonscrit la source du pouvoir de contrôle et de direction, ce n'est que l'examen précis des contrats et conventions conclues entre l'Etat et les collectivités territoriales qui permettra de déterminer les effets du pouvoir de direction et de contrôle. Ainsi, il sera possible de considérer dans quelle mesure ce pouvoir de direction et de contrôle permet-il d'accroître le contrôle de l'Etat sur les collectivités territoriales.

B. Les effets du pouvoir de direction et de contrôle

Le pouvoir de contrôle mais surtout le pouvoir de direction sont potentiellement présents dans tout contrat ou convention d'administration qui en prévoit l'existence ou si le législateur ou le pouvoir réglementaire l'exige. Déterminer les effets produits par ce pouvoir de direction et de contrôle signifie, en premier lieu, de déterminer les mesures qui peuvent être prises à ce titre et selon quelle finalité (1). Toutefois, il importe également de se placer dans le cadre de la relation Etat-collectivités territoriales pour apprécier la combinaison compatibilité éventuelle de ces mesures avec les règles de contrôle de l'Etat sur les collectivités territoriales telles qu'elles découlent des réformes décentralisatrices (2). C'est dans cette mesure qu'il sera possible de déterminer dans quelle mesure le pouvoir de direction et de contrôle apparaît comme une tutelle supplémentaire de l'Etat sur les collectivités territoriales.

1. Les mesures prise au titre du pouvoir de direction et de contrôle

A titre liminaire, il convient de rappeler que le pouvoir de direction et de contrôle ne saurait être considéré du même point de vue que le pouvoir de modification unilatérale. Il faut adopter une démarche téléologique et considérer que le pouvoir de direction et de contrôle a pour but d'orienter, de diriger l'action du cocontractant sans que les mesures prises aient pour quelconque effet de modifier le contrat ou la convention : « par conséquent si l'administration, en utilisant des droits contractuels, destinés formellement à contrôler et à diriger l'exécution du contrat, modifie les prévisions initiales de ce contrat, il y a, alors, exercice non du droit de contrôle mais du droit de modification »⁷³⁹. Il faut ajouter lieu qu'il est nécessaire de distinguer au sein des prérogatives de contrôle celles qui se rattachent à une simple surveillance et celles qui se rattachent à une véritable direction pour les raisons qui ont été exposées plus haut : l'étendue de ces pouvoirs n'est pas identique. Il faut toutefois rappeler que les mesures des surveillances pouvant être prises sont très variées : « ce contrôle « simple » se manifeste par des visites sur place, des demandes de renseignements, voire des injonctions, des ordres de service ou des mises en demeure »⁷⁴⁰ alors que le pouvoir de direction peut aller jusqu'à contraindre théoriquement certains choix du cocontractant.

La contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales, qu'il s'agisse de contrats ou de conventions d'administration, met en avant l'idée de « gouvernance ». D'un point de vue plus juridique, cela signifie un partage a priori des pouvoirs de contrôle et de direction et leur intégration dans des structures partenariales de coopération, ainsi que cela a été examiné supra⁷⁴¹. Ainsi, les pouvoirs de contrôle et de direction sont-ils théoriquement confiés en vertu des stipulations des différents contrats à une instance « paritaire » qui procède à son évaluation ponctuelle⁷⁴². En pratique, ces

⁷³⁹ P. Terneyre, *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif*, précité, p. 113

⁷⁴⁰ A. Roblot-Troizier, *Retour sur le pouvoir de contrôle de l'administration à l'égard de son cocontractant*, op.cit.

⁷⁴¹ V. IIe partie, Titre Ier, Chapitre II, Section I.

⁷⁴² Ainsi, le contrat de projet conclut avec la Basse-Normandie stipule-t-il : « La mise en œuvre du Contrat de Projets Etat-Région requiert une grande efficacité, un suivi rigoureux et un processus régulier d'évaluation. Atteindre les objectifs du Contrat de Projets Etat-Région nécessite une approche et une vision d'ensemble qui s'appuient sur les travaux qui seront conduits dans chacun des grands projets comme dans le volet territorial. La responsabilité de cette démarche est partagée par l'Etat et par la Région comme par l'ensemble des signataires qui se proposent de s'organiser et d'agir dans la plus grande concertation (...). Une **instance de suivi et d'évaluation**, chargée de la supervision d'ensemble du Contrat de Projets Etat-Région, est constituée. Elle est coprésidée par le Préfet de région et le Président du Conseil régional. Elle réunit les Présidents des Conseils généraux, les Préfets de département, le Conseil Economique et Social Régional, un représentant des établissements publics nationaux qui participent au financement du Contrats de projets Etat-Région, les responsables des groupes de pilotage ainsi que le trésorier payeur général ». On peut voir également

instances fonctionnent difficilement ainsi qu'en atteste l'expérience des contrats de projets Etat-région : « À l'heure actuelle, la révision à mi-parcours reste bien souvent un exercice purement technique : à volume budgétaire inchangé, seuls quelques ajustements liés aux difficultés rencontrées par certaines opérations ont lieu »⁷⁴³. Pour autant, ce type de dispositifs ne semble pas faire obstacle à l'utilisation par l'Etat de son pouvoir de contrôle, dans la mesure où, en premier lieu, il conserve la maîtrise de la décision au sein des instances « paritaires » susmentionnées et, en second lieu, les contrats et conventions en cause s'insèrent dans le cadre d'un rapport asymétrique de tutelle. De ce fait, il est théoriquement possible pour l'Etat de prendre des mesures visant soit à surveiller l'exécution par des demandes d'informations, pouvant aller – théoriquement – jusqu'au prononcé de mesures d'injonction à l'encontre de ses cocontractants. La circonstance qu'un contrat ou une convention soit conclu entre personnes publiques, a fortiori entre l'Etat et une collectivité territoriale, ne fait pas obstacle à l'utilisation par l'Etat de mesures unilatérales comme le pouvoir de contrôle et de direction (sous réserve pour ce dernier qu'il soit aménagé au sein du contrat ou de la convention), ainsi que le rappelait un commissaire du gouvernement à propos d'une mesure de résiliation d'un contrat conclu entre personnes publiques qui ne saurait aboutir à « une prohibition des décisions unilatérales »⁷⁴⁴.

A cet égard, une distinction classique mérite d'être rappelée : celle entre mesures de contrôle et mesures prises au titre d'un pouvoir de police puisque « l'autorité administrative ne peut donner la forme de prescriptions de police aux mesures destinées à contrôler et sanctionner les obligations contractuelles de son cocontractant (...). Si les mesures de police et les mesures d'intervention dans l'exécution du contrat se distinguent ainsi, il convient cependant d'ajouter que, dans certains cas, des textes législatifs organisent à la fois un pouvoir de police spéciale et un pouvoir de contrôle de l'exécution du contrat en soumettant ces deux formes d'intervention à des règles juridiques communes »⁷⁴⁵. Il est possible de transposer, *mutatis mutandis* cette réflexion aux contrats et conventions conclues entre l'Etat et les collectivités territoriales en

des dispositions similaires découlant de la loi n° 2009-1437 du 24 novembre 2009 qui prévoit la création d'un contrat de plan régional de développement des formations professionnelles dont le suivi et l'évaluation « sont assurés par le comité de coordination régional de l'emploi et de la formation professionnelle selon des modalités générales définies par le Conseil national de la formation professionnelle tout au long de la vie » (article 57)

⁷⁴³ Rapport d'information sur les partenariats entre l'Etat et les collectivités territoriales par M. Georges Labazée, sénateur, enregistré le 9 octobre 2012, p.33

⁷⁴⁴ B. Dacosta, conclusions sur CE, 24 novembre 2008, *Syndicat mixte des eaux et de l'assainissement de la région du Pic-Saint-Loup*, BJCP 2009, p. 153

⁷⁴⁵ A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, op.cit, p. 381, n°1162

considérant qu'il existe une superposition et une combinaison entre un pouvoir de contrôle découlant du contrat ou de la convention et un pouvoir de contrôle administratif de l'Etat sur les collectivités territoriales qui découle, pour ce qui le concerne, de l'article 72 de la Constitution. Dès lors, il y a lieu de s'interroger sur la compatibilité et la combinaison de ces mesures de contrôle au titre des prérogatives contractuelles ou conventionnelles avec les règles traditionnelles de contrôle de l'Etat sur les collectivités territoriales.

2. La compatibilité et la combinaison des mesures de contrôle contractuelles aux contrôles traditionnels de l'Etat sur les collectivités territoriales

La confrontation des pouvoirs de direction et de contrôle tels qu'ils ont été définis aux règles de contrôle « traditionnelles » de l'Etat sur les collectivités territoriales engendre un sentiment de profond malaise.

En premier lieu, parce qu'il n'est pas possible de considérer que l'Etat et les collectivités territoriales se situent sur un pied d'égalité et qu'il y ait un vrai « partage » du pouvoir de contrôle et de direction.

Même si cette volonté est stipulée au contrat, la résurgence de la relation de tutelle aboutit à nier l'existence même d'un partage du pouvoir de direction et de contrôle qui reste, au final, entre les mains de l'Etat. Dans sa thèse sur les contrats entre personnes publiques, M. Dreyfus considérait nécessaire de « réserver le cas où, l'Etat étant partie au contrat, il va agir non pas comme cocontractant d'une autre collectivité publique mais en vertu de ses pouvoirs généraux »⁷⁴⁶. Il faut bien reconnaître que la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales ne concerne pas de simples contrats ou conventions conclues entre personnes publiques mais d'instruments conclus entre l'Etat et une collectivité territoriale qui se trouvent d'ores et déjà dans une relation asymétrique au profit de l'Etat. Dès lors, le pouvoir de direction et de contrôle apparaît comme devant nécessairement se combiner avec les pouvoirs de contrôle classique sans

⁷⁴⁶ J-D. Dreyfus, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, op.cit., p. 326

pour autant s'y substituer, ce qui serait inconstitutionnel. Les pouvoirs de direction et de contrôle sont ainsi de manière quasi-systématique aménagés dans les contrats et les conventions conclues entre l'Etat et les collectivités territoriales. La circonstance que ces pouvoirs soient principe détenus par des instances partenariales de coopération « paritaires » ne permet toutefois pas, ainsi qu'il a été dit, de considérer que l'Etat en soit dépossédé à leur profit.

Il faut donc considérer que le pouvoir de contrôle contractuel ou conventionnel se superpose au pouvoir de contrôle traditionnel que détient l'Etat sur les collectivités territoriales. Il y a donc ici, pour l'Etat, un gain de pouvoir important dans la mesure où il détient un pouvoir de contrôle supplémentaire dont l'étendue semble plus importante que les règles actuelles du contrôle de légalité.

Ainsi, en second lieu, les instruments qui sont fournis à l'Etat dans le cadre du pouvoir de direction et de contrôle semblent plus étendus que les instruments du contrôle de légalité. En effet : la volonté initiale de la loi du 2 mars 1982 était de passer du contrôle de tutelle au contrôle de légalité. La contractualisation aboutit à l'inverse dans la mesure où la mise en œuvre des pouvoirs de contrôle au titre des prérogatives contractuelles ou conventionnelles relève à la fois de motifs de légalité comme de motifs d'opportunité. C'est d'ailleurs ce qui ressort, pour l'essentiel, des rapports parlementaires rendus à propos de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales. Cette considération est également renforcée par le contrôle juridictionnel de la contractualisation et des mesures d'exécution qui en découlent : si elles connaissent une certaine vigueur en matière de contrats, en revanche le contrôle est actuellement inexistant pour ce qui concerne les conventions d'administration.

Il faut ajouter que si les contrôles se superposent ils ne se concurrencent pas et sont donc relativement indépendants les uns des autres : il ne saurait y avoir, pour les raisons qui ont été exposées, de contractualisation de la tutelle. Au contraire, il y a tutelle par la contractualisation. L'existence d'un pouvoir de tutelle *par le contrat* n'est donc pas un obstacle aux règles législatives et à l'exigence constitutionnelle du contrôle administratif puisqu'elle vient la renforcer. En revanche, il est possible de s'interroger quant à sa conformité au principe de libre-administration quand bien même la Constitution ne dise

mot sur l'étendue dudit contrôle administratif figurant l'article 72 de la Constitution : il n'est pas indiqué qu'il soit limité à un simple contrôle de légalité.

Il y a donc un grand paradoxe entre la mise en œuvre d'un contrôle de légalité, certes en perte de vitesse, limité à des considérations de pure légalité et l'intervention parallèle de mesures de contrôle pour motif d'opportunité.

Dans cette mesure, il est possible de considérer que la contractualisation constitue un renforcement des pouvoirs de tutelle de l'Etat. C'est donc bien à la tutelle qu'il faut faire référence puisqu'il s'agit ici de contrôle d'opportunité. A travers l'ensemble des pouvoirs de contrôle étudiés ci-dessus, l'Etat retrouve ainsi un pouvoir certain sur les collectivités territoriales dans la mesure où elles n'ont pas, en fait davantage qu'en droit, la possibilité de se soustraire à la contractualisation avec l'Etat. C'est la raison pour laquelle il est plus que probable que, dans le futur, le contrôle de juge s'intensifie sur la contractualisation et aussi bien sur des instruments directifs de l'action administrative que sur des instruments impératifs. Il semble que l'avenir du principe de libre administration des collectivités territoriales soit largement hypothéqué sur cette extension nécessaire du contrôle du juge administratif qui pourrait lui offrir une certaine garantie dans le futur.

Pour l'instant, il apparaît que la contractualisation est une source majeure de tutelle sur les collectivités territoriales, quand bien même les stipulations des différents contrats et conventions tentent de limiter cette tutelle nouvelle par la mise en œuvre de structures institutionnelles de coopération chargées du contrôle. Celles-ci ne semblent pas remplir pleinement leur office tant, en droit comme en fait, l'Etat conserve la mainmise sur l'ensemble du processus de contractualisation.

Il faut aller plus loin et considérer que, tant au regard du principe de libre administration qu'au regard du principe de sécurité juridique, la situation des collectivités territoriales ne sort pas renforcée par la contractualisation mais qu'elle est la source d'une recentralisation. La réintroduction d'un contrôle pour motif d'opportunité par la contractualisation, le caractère aléatoire des engagements qui sont souscrits placent davantage les collectivités dans l'incertitude mais, paradoxalement, cette situation

permet de conforter le pouvoir de l'Etat central et la vision jacobine de l'Etat français. Tout ceci illustre « la volonté de l'Etat de garder la haute main sur les programmes communautaires, son souci de faire des nombreuses procédures contractuelles – et notamment des contrats de plans Etat-région – une technique de soumission des politiques publiques locales aux objectifs nationaux »⁷⁴⁷.

Chapitre 2 : La contractualisation comme facteur d'instabilité juridique des relations Etat-collectivités territoriales

A titre liminaire, il convient de rappeler que la contractualisation des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales, si elle est une source d'instabilité des relations Etat-collectivités territoriales, intervient dans un contexte juridique et politique bouleversé. Bouleversement politique en premier lieu, dans la mesure où la demande d'indépendance croissante d'autonomie des collectivités territoriales – qui passe également par une demande supplémentaire de contractualisation – apparaît comme une revendication politique difficilement acceptable de la part d'un Etat qui reste unitaire même si organisation est « décentralisée ». Bouleversement juridique et financier, en second lieu, car la contractualisation apparaît davantage comme l'agglomération d'instruments juridiques et de nouvelles techniques de gestion publique à une architecture pluriséculaire qui semble inadaptée pour les accueillir.

Le constat de cette inadaptation aboutit, en fin de compte, à une récupération juridique et politique par l'Etat de la contractualisation – censée être le nouveau moteur de la décentralisation – devenant un outil de recentralisation de l'action publique. Ainsi qu'il a été vu précédemment, la contractualisation aboutit à une explosion des niveaux de décisions à l'échelle locale, accroissant ainsi le fameux mille-feuille administratif, loin d'y mettre un terme et de clarifier la répartition des compétences. Au final, cette situation ne fait que servir le pouvoir de l'Etat central et loin de servir la décentralisation, la contractualisation sert davantage une certaine forme de recentralisation, beaucoup plus silencieuse.

⁷⁴⁷ R. Savy, *Réflexions sur la gouvernance territoriale*, in *Les mutations contemporaines du droit public*, mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau, Dalloz 2002, p. 611

Il faut ensuite considérer que la contractualisation apparaît comme étant le carrefour d'un certain nombre de problématiques qui dépassent strictement le cadre de la relation Etat-collectivités territoriales : financement des politiques publiques, modernisation des structures administratives et mutation de l'action publique avec l'intégration européenne. La contractualisation semble absorber directement ces différentes problématiques et, par la même, elle contribue au flou des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales, même si ce flou profite en définitive à l'Etat dans la mesure où la contractualisation établit dans une large mesure le règne de l'incertitude.

La contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales reste essentiellement présentée, sur le terrain de l'affichage politique, comme une situation d'égalité traitement qui est largement démentie par la réalité juridique. Il faut aller plus loin en considérant que la contractualisation est nuisible dans une large mesure à la stabilité des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales dans la mesure où elle n'est pas à même de garantir ni la sécurité juridique des relations Etat-collectivités territoriales, ni davantage le principe de libre administration des collectivités territoriales.

En premier lieu, la contractualisation n'apparaît pas servir la sécurité juridique des relations Etat-collectivités territoriales (Section 1). L'utilisation de la contractualisation comme un mode de production de normes et, plus précisément, comme étant un élément de nature à refonder la relation Etat-collectivités territoriales conduit naturellement à s'interroger sur la sécurité juridique de ces instruments contractuels, au regard de la situation « normale » que constitue l'intervention de la loi. La circonstance que la loi fasse de plus en plus appel à la contractualisation pour organiser la répartition des compétences et leurs modalités d'exercice apparaît comme étant une source profonde d'insécurité juridique pour les collectivités territoriales. Aussi paradoxal que cela puisse paraître, cette insécurité juridique est organisée de manière plus ou moins consciente par l'Etat et apparaît comme étant finalement un instrument de recentralisation par la confusion. Cette confusion n'est donc pas de nature à consolider en droit sinon en fait, le statut constitutionnel des collectivités territoriales.

Ainsi, en second lieu, la contractualisation telle qu'elle est actuellement conçue apparaît davantage comme un obstacle à la consolidation du statut constitutionnel des collectivités territoriales, plus précisément, du principe de libre administration. Ce n'est pas un hasard si la contractualisation se développe, pour mieux les contrôler, sur les deux pôles du principe de libre administration que sont la libre disposition de compétences légalement transférées et l'autonomie financière. Sans conclure que le modèle de relations fondé sur la contractualisation soit en lui-même néfaste, il n'en demeure pas moins qu'il rencontre très vite des limites, d'où la réflexion sur d'éventuels correctifs juridiques qui pourraient permettre de servir réellement, de manière réciproque la relation Etat collectivités territoriales. Par réciprocité, il faut entendre que cette relation ne soit pas un instrument recentralisation et qu'elle réinstaure la stabilité dans la relation Etat-collectivités territoriales (Section 2).

Section 1 : L'échec de la contractualisation sur le plan de la sécurité juridique

« L'élaboration des normes juridiques est, pour la France comme pour les autres pays développés, à la fois tributaire de contraintes objectives et plus ou moins inéluctables, et de fonctionnements ou de comportements « pathogènes »⁷⁴⁸. Le processus d'élaboration des normes pour ce qui concerne l'organisation des rapports entre l'Etat et des autorités locales est tant un enjeu juridique que politique. Il s'agit tout d'abord d'un enjeu politique dans la mesure où la détermination des normes applicables résulte d'un enjeu de pouvoir entre l'Etat et les autorités locales. Il s'agit ensuite d'un enjeu juridique car la détermination de l'organe compétent va permettre de déterminer le système juridique en vigueur : Etat unitaire ou Etat fédéral.

Dans le cadre du système juridique français tel qu'il résulte de la Constitution du 4 octobre 1958, le principe d'organisation unitaire veut que l'Etat reste maître de la détermination des compétences des collectivités qui sont matériellement définies par la loi. L'irruption de la contractualisation dans l'élaboration de la norme applicable aux collectivités territoriales induit un changement de paradigme dans la mesure où elle pourrait signifier une sorte de codétermination des compétences entre l'Etat et les

⁷⁴⁸ Conseil d'Etat, *Rapport public pour 2006 : Sécurité juridique et complexité du droit*, La documentation française 2006, p. 233

collectivités territoriales. Poussée à son paroxysme, la contractualisation peut y mener : cela poserait assurément, en premier lieu, la question d'une incompétence négative du législateur mais, en second lieu, celle du schéma d'organisation de la République qui ne serait peut être plus uniquement « décentralisée » comme le dit l'article 1^{er} de notre Constitution mais alors fédérale. La contractualisation bouscule et interpelle de manière inévitable sur ces questions tant elle démontre les limites du processus de décentralisation tel qu'il a été entamé depuis les années 1980 et la remise en cause du « vieux monde »⁷⁴⁹ des relations Etat-collectivités territoriales.

Le nouveau monde créé par la contractualisation n'est certes pas plus heureux dans la mesure où l'ensemble des élus dénoncent une « crise de confiance » entre l'Etat et les collectivités avec en ligne de mire la remise en cause directe du modèle d'organisation administrative français. Cette crise de confiance peut être analysée sur le terrain juridique comme une crise de la sécurité juridique créée en majeure partie par la contractualisation.

La sécurité juridique peut être définie au sens large comme « tout système juridique de protection tendant à assurer, sans surprise, la bonne exécution des obligations, à exclure ou au moins réduire l'incertitude dans la réalisation du droit »⁷⁵⁰. Précisément, la contractualisation se veut un outil de planification, de prévision de l'action publique à long terme mais également d'élaboration en commun de la norme guidant cette action. La sécurité juridique postule, quant à elle, un certain nombre d'applications sur le terrain juridique « prévisibilité de la loi, clarté et accessibilité de la norme, stabilité des relations juridiques »⁷⁵¹. Il est possible de dire, avec M. Delvolvé, que la sécurité juridique apparaît ainsi constituée de deux éléments : « la certitude du droit applicable [et] la stabilité du droit appliqué »⁷⁵². Toutefois, « il est impossible de réduire la sécurité juridique à un ensemble de règles techniques d'organisation et de fonctionnement du système juridique. Elle concerne chacune des normes qui le composent. Il ne s'agit plus seulement de dire que le droit protège *parce qu'il est*, mais de préciser *comment* il va assurer la sécurité »⁷⁵³.

⁷⁴⁹ Rapport d'information fait au nom de la délégation aux collectivités territoriales et à la décentralisation sur l'ingénierie publique par M. Yves Daudigny, sénateur ; Rapport n° 557 du 15 juin 2010, p. 5

⁷⁵⁰ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, op.cit., p. 853

⁷⁵¹ Conseil d'Etat, *Rapport public pour 2006*, op.cit., p. 229

⁷⁵² P. Delvolvé, *Contrats publics et sécurité juridique*, in Rapport public du Conseil d'Etat pour 2008, précité, p. 331

⁷⁵³ P. Raimbault, *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français*, LGDJ 2009, p. 10

La contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales doit être analysée comme une nouvelle procédure d'adoption de la norme entre l'Etat et les collectivités territoriales. Il s'agit, encore, d'un paradoxe dans la mesure où cela aboutit à confier à un acte essentiellement subjectif l'élaboration d'une situation de droit objective. Ce paradoxe exprime déjà à lui seul les difficultés d'adéquation de la contractualisation avec le principe de sécurité juridique. En effet, si celle-ci permet d'assurer par la discussion entre l'ensemble des acteurs l'élaboration de la norme et donc, dans une certaine mesure, une prévisibilité de celle-ci (§ 1), elle ne parvient ni à clarifier la norme applicable aux collectivités territoriales et donc à assurer la stabilité juridique des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales (§ 2).

§ 1 : La difficile mise en œuvre d'une prévisibilité de la norme par la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales

A titre liminaire, il convient de distinguer cette question de la prévisibilité de la norme qui relève d'une croyance objective dans l'existence et le fonctionnement d'un système juridique donné avec le principe de confiance légitime qui a un caractère subjectif dans la mesure où il « tient à la croyance que les intéressés peuvent avoir dans l'existence et le maintien d'un certain état du droit »⁷⁵⁴. La sécurité juridique exige ainsi que « le droit soit prévisible »⁷⁵⁵, c'est-à-dire : « que l'on peut normalement prévoir et qui doit donc être raisonnablement prévu »⁷⁵⁶. On peut aller plus loin et considérer que la prévisibilité consiste en outre dans le fait pour la norme d'être « énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé »⁷⁵⁷. On peut étendre cette formule non seulement au seul citoyen, mais également à l'ensemble des destinataires, au sens large, d'une norme déterminée.

⁷⁵⁴ GAJA, 18^e éd., n° 113, p. 880

⁷⁵⁵ Conseil d'Etat, *Rapport public pour 2006*, op.cit., p. 282

⁷⁵⁶ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, op.cit., p. 717

⁷⁵⁷ CEDH, *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, 26 avr. 1979, A/30, § 49.

Transposée au thème de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales, le principe de prévisibilité de la norme, en tant que composante du principe de sécurité juridique, peut se voir appliqué à deux niveaux distincts. En premier lieu, au stade de l'élaboration de la norme où les conditions de celles-ci peuvent jouer un rôle et au stade de son application où le principe de prévisibilité déploie la plénitude de ses effets.

Pour ce qui concerne la prévisibilité dans l'élaboration de la norme, la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales présente un certain nombre d'avantages tant politiques que juridiques dans la mesure où le consentement qui est ainsi recueilli par la contractualisation augure une bonne application de la norme ainsi adoptée. La recherche par l'Etat du consentement à la norme peut donc apparaître comme une garantie de la prévisibilité de celle-ci vis-à-vis des collectivités territoriales (A). Il faut également mentionner une autre garantie aux yeux des collectivités territoriales, celle du traitement différencié et de l'adaptation de la norme aux cas particuliers des collectivités concernées.

En revanche, pour ce qui concerne la prévisibilité dans l'application de la norme, la contractualisation apparaît comme une faiblesse. Dans une large mesure, l'idée de prévisibilité de la norme implique, si l'on se place d'un point de vue objectif, que celle-ci soit assurée *erga omnes*, ce qui n'est précisément pas l'objet de la contractualisation (B). Dès lors, il est possible de douter de l'effectivité de la prévisibilité de la norme si l'on se place tant du point de vue des relations avec les citoyens que celui du droit des collectivités territoriales. Ainsi, la norme devient plus difficilement accessible car plus diffuse et moins diffusée : les citoyens n'y ont que peu accès et les collectivités territoriales qui ne sont pas parties à la convention n'ont également que peu de ressources d'avoir connaissance de ses termes.

A. La recherche d'une certaine prévisibilité dans l'élaboration de la norme

Au-delà de la volonté de créer un partenariat institutionnel entre l'absence des acteurs locaux et de fonder une nouvelle régulation, question déjà abordée, la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales peut être analysée comme la volonté

d'aboutir à une prévisibilité de la norme par une participation commune à son élaboration. Cette attitude traduit un profond changement de mentalité dans la mesure où l'Etat recherche le consentement à l'élaboration de la norme : la contractualisation apparaît comme un outil privilégié pour y parvenir.

A cet égard, il convient de souligner que, indépendamment des instruments spécifiques en cause, la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales repose sur une idéologie consensuelle qui permet cette élaboration en commun de la norme et donc une certaine prévisibilité de celle-ci (1). La recherche d'un consensus dans le domaine normatif par l'intermédiaire du contrat est toutefois un phénomène relativement récent qui, s'il permet d'obtenir un certain consensus, aboutit également à une évaluation de l'efficacité dans l'application de la norme et donc des politiques publiques qui n'est ni plus ni moins qu'une forme de contrôle supplémentaire (2).

1. Le consensus dans l'élaboration de la norme comme garantie de sa prévisibilité

L'idéologie consensuelle qui préside à la contractualisation fait de celle-ci l'instrument privilégié du consensus entre l'Etat et les collectivités territoriales. Qu'il s'agisse d'authentiques contrats ou encore de conventions d'administration, ces deux catégories d'instruments reposent avant tout sur un accord de volontés entre les parties, et donc le consentement à l'édiction de l'acte en cause.

Concernant la loi, qui est l'instrument juridique de référence des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales en vertu de l'article 34 de la Constitution, il faut mettre en avant son caractère profondément unilatéral dans la mesure où elle exprime d'abord et avant tout la volonté de l'Etat par la voix de ses représentants (qui représentent aussi les collectivités territoriales). Ainsi : « la loi est la norme unilatérale, à caractère général et à vocation impersonnelle, édictée par le détenteur du pouvoir législatif au sein de l'Etat, dans les conditions prévues par la Constitution » or « de même que l'Etat suppose que le pouvoir constituant ne soit pas subordonné, de même l'Etat unitaire suppose que le

pouvoir législative ne soit pas divisé »⁷⁵⁸. Si la loi est votée par le Parlement et, donc, délibérée, il faut considérer que ce consensus de la représentation Nationale ne suffit plus aujourd'hui pour que l'Etat recherche directement le consentement des acteurs locaux dans l'élaboration de la norme qui leur est applicable. C'est du moins l'un des traits caractéristiques des transferts de compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales depuis l'acte I de la décentralisation en 1982⁷⁵⁹ qui organise ledit transfert de compétences et prévoit, pour sa concrétisation, la passation d'une convention entre l'Etat et les collectivités territoriales concernées. Il ne faut donc pas considérer que la contractualisation intervient en lieu et place de la loi mais qu'elle intervient pour en déterminer les modalités d'application, en lieu et place – cette fois – d'un éventuel décret d'application même si celui-ci peut toutefois exister pour déterminer une convention-type de transfert de compétences.

La recours à la contractualisation dans le cadre de la relation Etat-collectivités territoriales s'explique ainsi par l'insuffisance de la loi à remplir son rôle : « Le contrat sert quelquefois **d'outil de clarification de la norme publique ou de l'action publique**. Les collectivités publiques y recourent parfois pour expliquer la loi et afficher les comportements attendus des citoyens (RMI, PARE, CAI, CRP...). La loi étant devenue inaccessible aux catégories visées car instable, complexe et illisible, sa réécriture dans un contrat permettra, croit-on, de surmonter le discrédit qui la frappe aux yeux d'un nombre élevé de citoyens : recourir au contrat les réconciliera avec la norme en établissant avec celle-ci un rapport plus direct, en la rendant plus facilement intelligible. Si l'on admet la pertinence de cette explication, on saisit immédiatement l'engrenage dans lequel l'élaboration de la norme se trouve précipité : de plus en plus de lois imparfaites ont pu générer de plus en plus de contrats pédagogiques pour contrebalancer leurs effets pervers. Loi et contrat seraient ainsi entrés dans un rapport de prolifération réciproque auto-entretenu »⁷⁶⁰.

La contractualisation devient ainsi l'instrument d'une prévisibilité de la norme, pour ce qui concerne directement les relations entre l'Etat et les collectivités territoriales. Il faut préciser, que cette prévisibilité a un caractère relatif dans la mesure où le contrat n'est pas un

⁷⁵⁸ O. Gohin, *Pouvoir législatif et collectivités locales* in Les collectivités locales : mélanges en l'honneur de Jacques Moreau, *Economica* 2003, p. 177 et 179

⁷⁵⁹ V. ainsi l'article 8 de la loi du 7 janvier 1983 et l'article 104.III de la loi du 13 août 2004.

⁷⁶⁰ Conseil d'Etat, *Rapport public pour 2008*, op.cit., p. 138

instrument à vocation générale et impersonnelle comme l'est la loi. Donc cette prévisibilité « garantie » par le contrat ne l'est qu'à l'égard des « parties » au contrat et non pas *erga omnes*. Néanmoins, la recherche par l'Etat du consensus dans l'élaboration de la norme montre une volonté de transparence et d'association des acteurs locaux et, par là, un pas supplémentaire franchi par la contractualisation. Même si la loi reste l'acte moteur des relations Etat-collectivités territoriales, la contractualisation apparaît comme une tentative d'opérer une sorte de codécision dans l'élaboration de la norme, même s'il s'agit d'un affichage politique qui ne trouve pas de concrétisation sur le plan juridique eu égard à la structure unitaire de l'Etat et à l'organisation constitutionnelle qui en découle. Il n'en demeure pas moins que l'ensemble des acteurs locaux conservent l'impression d'une association à l'élaboration de la norme qui les concerne et, même si la réalité juridique leur donne tort, l'Etat y obtient par voie de conséquence davantage de consentement à l'application de la norme.

Ce n'est d'ailleurs pas le seul gain que l'Etat retire de la contractualisation en termes de prévisibilité de la norme pour ce qui concerne les relations Etat-collectivités territoriales. Il faut également raisonner sur le terrain de l'efficacité normative en considérant que la contractualisation organise une prévisibilité de la norme à long terme par l'obtention du consensus. Outre le fait de recueillir le consensus quant à l'adoption de la norme, ce qui est déjà beaucoup, l'Etat dispose grâce à la contractualisation d'un outil de performance de l'action publique qui apparaît indéniablement comme la mesure de l'efficacité de son application et vise ainsi à garantir une certaine prévisibilité de la norme.

2. La prévisibilité de la norme par la contractualisation comme instrument de mesure de l'efficacité normative

La contractualisation et le consentement à la norme qu'elle induit participe à garantir une certaine prévisibilité de la norme car un « consensus existe sur la plus grande acceptabilité et la meilleure application de la norme négociée »⁷⁶¹. Au-delà, elle a vocation à servir d'outil de mesure de l'efficacité normative. Le problème de l'efficacité des normes est aujourd'hui largement souligné : « Il faut néanmoins souligner l'immense intérêt – et donc l'enjeu – de la démarche d'évaluation du droit. Naturellement celle-ci ne doit

⁷⁶¹ Conseil d'Etat, *Rapport public pour 2008*, op.cit., p. 197

pas se limiter à présenter le droit comme un facteur de coût, mais plutôt comme un instrument de politique publique, au même titre que les autres instruments disponibles – fiscalité, dépenses budgétaires, communication, etc. (...). En réalité, ce n'est pas tellement sur le fond du droit que notre pays souffre d'un retard criant, en particulier par rapport à ces partenaires de Common Law : c'est en matière de capacité d'évaluation. »⁷⁶².

Ainsi, de nombreuses procédures d'évaluation du droit se sont multipliées, aussi bien en amont qu'en aval : tout projet de loi⁷⁶³ est aujourd'hui soumis à une étude d'impact législative destinée à en mesurer l'influence sur l'état du droit existant. De nombreuses dispositions législatives sont adoptées à titre expérimental et contiennent, en leur sein, des clauses de révision à échéance.

Le caractère essentiellement souple des instruments de la contractualisation, en particulier pour ce qui concerne les conventions d'administration, est également de nature à répondre à cette nécessité d'évaluation du droit dans la mesure où l'ensemble des instruments de la contractualisation contiennent des procédures de révision. Leur caractère consensuel fait d'eux des instruments révisibles sans difficultés. Si l'on peut se réjouir d'un certain point de vue de la possibilité d'évolution rapide de la norme applicable par son auto-remplacement grâce aux procédés induits par la contractualisation, il est permis de s'interroger quant à la conformité du dispositif en cause vis-à-vis de la prévisibilité du droit applicable.

Au final, la contractualisation qui accompagne depuis les années 1980 les vagues de décentralisation ne doit pas conduire à « négliger la place prise, à côté de l'énoncé des normes, par le discours des idéologies »⁷⁶⁴. En effet, en matière de contractualisation, l'idéologie se confond fréquemment avec la norme et réciproquement : cette confusion ne fait qu'entretenir un sentiment de malaise diffus qui ne sert pas, loin s'en faut la sécurité juridique. Si au stade de l'adoption de la norme, c'est-à-dire au stade de la

⁷⁶² B. du Marais, *Entre la Jamaïque et le Kiribati : quelques réflexions sur l'attractivité du droit français dans la coopération économique internationale*, in Rapport public du Conseil d'Etat pour 2006, préc., p. 386-387

⁷⁶³ V. ainsi : article 8 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009

⁷⁶⁴ Conseil d'Etat, Rapport public pour 1993 : *Décentralisation et ordre juridique*, op.cit., p. 22

négociation des stipulations conventionnelles ou contractuelles, il existe une grande prévisibilité de celle-ci grâce au consensus que fait naître la contractualisation, il est possible de considérer qu'au stade de l'application de la norme, celle-ci devient bien moins prévisible. Plus précisément le caractère consensuel de la contractualisation se retourne contre la sécurité juridique dans la mesure où il ne sert principalement que les parties à la convention ou au contrat. On peut donc considérer que la contractualisation, particulièrement au stade de l'application de la norme ne sert que de manière relative le principe de sécurité juridique et la prévisibilité de la norme.

B. Une prévisibilité à géométrie variable au stade de l'application de la norme

La caractère consensuel de la contractualisation assure indéniablement un consentement à la norme des différents acteurs et participe, de ce fait, à l'assurance de prévisibilité de la norme en tout pour l'ensemble des acteurs « parties » à la convention ou au contrat. Au stade de l'application de la norme et non plus de son élaboration, ce qui faisait la force de la contractualisation au regard de la sécurité juridique en devient une faiblesse dans la mesure où la contractualisation n'est pas réputée comme ayant un effet *erga omnes* mais un effet *inter partes*.

Il faut donc comprendre, eu égard notamment à la sécurité juridique, que l'utilisation de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales comme « mode de production de normes » induit inévitablement des effets pervers dans la mesure où elle n'est pas porteuse des mêmes garanties que la loi. La perte de prévisibilité et d'accessibilité de la norme tant pour ce qui concerne les autres collectivités territoriales (1), c'est-à-dire celles qui ne sont pas parties au contrat ou à la convention, que le citoyen (2) aboutit au final à une rupture d'égalité.

1. L'existence d'une rupture d'égalité au détriment des « autres » collectivités territoriales

La prévisibilité et l'accessibilité de la norme se retrouve affaiblie par la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales dans la mesure où, d'une part, elle ne met pas à même l'ensemble des collectivités d'avoir accès au droit applicable dans son ensemble et risque d'engendrer, d'autre part, des inégalités de traitement.

L'effet en principe *inter partes* de la contractualisation peut avoir pour effet de réduire tant la prévisibilité de la norme que son accessibilité pour les collectivités territoriales qui ne seraient pas parties à la convention ou au contrat. L'exemple du domaine de l'expérimentation et du choix qui a été fait de le mettre en application par la voie de conventions en est une illustration marquante⁷⁶⁵ : « L'expérimentation constitue une des voies pour tester, au plan national ou local, à une échelle réduite mais en vraie grandeur et avec le support d'un outil d'évaluation scientifique, des législations nouvelles ou des inflexions dans les politiques publiques, avant de généraliser les réformes. **Expérimentation et contrat entretiennent des liens étroits** ». Dans cette matière : « la convention sert en définitive à se mettre d'accord sur le contenu et les contours précis de l'expérimentation, à combiner des financements et à cadrer les obligations du bénéficiaire de la nouvelle prestation objet de l'expérimentation »⁷⁶⁶. La loi du 27 février 2002 avait ainsi prévu un certain nombre de transferts expérimentaux de compétences devant être mis en œuvre par la voie de conventions : s'agissant notamment des ports maritimes ou encore des aérodromes civils. Ce dispositif a été modifié par l'article 28 de la loi du 13 août 2004 au profit d'un transfert définitif tout en gardant le principe de la convention pour fixer la modalité de ces transferts, l'arrêté pouvant intervenir mais de manière supplétive.

L'expérimentation est déjà, en elle-même, dérogatoire puisqu'elle est issue d'une révision constitutionnelle et le fait que s'y surajoute la contractualisation continue largement à brouiller l'état du droit applicable en ne garantissant pas sa prévisibilité. Ne serait-ce qu'à l'égard des collectivités, il n'est pas possible de savoir à quelles conditions précises intervient les transferts de compétences en cause, s'ils sont effectifs. Il devient donc très difficile voire impossible pour les collectivités de savoir laquelle d'entre elle exerce telle compétence. Ainsi : « un service public ou une compétence peut

⁷⁶⁵ Loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité ; loi n° 2004-809 du 13 août 2004 sur les libertés et responsabilités locales

être décentralisé à titre définitif dans certaines collectivités qui s'étaient portées candidates et pas dans d'autres. Si on fige ainsi une expérience seulement là où elle a été jugée concluante – ce qui est la logique même de l'expérimentation – on parvient alors à une organisation différenciée des collectivités de même niveau, ce qu'avait exclu jusque-là la jurisprudence constitutionnelle »⁷⁶⁷.

Il est donc possible de dire, dans une certaine mesure, que la contractualisation ne contribue pas à la sécurité juridique et à la prévisibilité de la norme dans la mesure où l'exécution de celle-ci relève d'un acte défini par son caractère en principe relatif. La circonstance que la contractualisation accompagne le plus souvent l'expérimentation n'est pas anodine dans la mesure où elle entraîne également des effets similaires : ces deux processus ont ainsi pour effet de « placer fût-ce temporairement, dans une situation juridique nouvelle un cercle de personnes (les collectivités territoriales) pourtant vouées aux mêmes droits et obligations »⁷⁶⁸. A ceci près que le droit de l'expérimentation est un droit limité dans le temps : les perturbations qu'il est susceptible d'induire dans l'ordre juridique sont donc temporaires. A l'inverse, l'inscription dans la durée de la contractualisation qui est susceptible de créer les mêmes difficultés que l'expérimentation crée un risque potentiel de déséquilibre entre les collectivités territoriales, plus précisément entre même catégorie de collectivités territoriales. Il y a là un manque de prévisibilité mais surtout d'accessibilité de la norme. Cette situation est également comparable du point de vue du citoyen dans la mesure où des difficultés du même ordre sont rencontrées. Ainsi, ce n'est pas tant le principe même de la contractualisation que ses modalités de mises en œuvre qui sont critiquables et portent atteinte à la sécurité juridique.

2. L'existence d'une rupture d'égalité au détriment des citoyens

La contractualisation des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales, telle qu'elle est actuellement conçue, pose également toute une série de problèmes sur le terrain de la sécurité juridique, également en matière de prévisibilité et d'accessibilité de la norme

⁷⁶⁶ Conseil d'Etat, *Rapport public pour 2008*, op.cit., p. 38 et 40

⁷⁶⁷ B. Faure, *Droit des collectivités territoriales*, op.cit., p. 555

Si la situation semble confuse du point de vue des collectivités, elle l'est assurément davantage du point de vue du citoyen qui ne dispose pas des mêmes moyens et des mêmes interlocuteurs que les collectivités territoriales. L'utilisation de la contractualisation comme outil de production de normes induit non seulement un manque de prévisibilité et d'accessibilité du droit pour le citoyen mais également, peut limiter de fait son droit au recours.

Le manque d'accessibilité du droit est souvent dénoncé comme étant l'un des freins les plus importants à une meilleure garantie de la sécurité juridique. Le Conseil d'Etat s'en était fait l'écho dans son rapport public pour 2006 : « ce rythme et ce désordre normatifs créent de nombreux effets préjudiciables pour l'ensemble des acteurs de la société : ils désorientent les citoyens qui perdent leurs repères et n'ont pas le temps d'en trouver de nouveaux, ils pénalisent les opérateurs économiques et nuisent à l'attractivité de notre territoire, ils désarçonnent les autorités publiques en charge de l'application et les juges sans cesse confrontés à de nouvelles normes. Pour le citoyen, le droit devient instable, peu lisible et en partie inaccessible. (...) À cela s'ajoute la circonstance que les normes sont de plus en plus fréquemment modifiées. (...) Dans de telles conditions, il devient très difficile, parfois impossible, pour l'utilisateur, le citoyen ou l'entreprise de connaître la loi, et d'organiser ses comportements d'investissement ou de consommation en fonction de celle-ci. Une telle évolution accroît la « fracture juridique », une partie de la population se trouve marginalisée par un droit devenu trop complexe, tandis que d'autres acteurs s'accommodent de la complexité, voire l'exploitent à leur profit. La complexité du droit engendre donc à la fois un « coût psychologique » et un « coût démocratique ».

Loin de participer à une éventuelle « simplification du droit », la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales semble davantage étendre la « fracture juridique » qu'elle ne la réduit, pour reprendre les termes du rapport public du Conseil d'Etat. Il y a une difficulté évidente à connaître les normes applicables, d'autant plus lorsqu'elles résultent d'actes qui ne sont pas publiés (en tout cas pas sur le site Légifrance). Si la contractualisation apparaît, d'un certain point de vue, comme un gain d'efficacité administrative, on peut considérer qu'elle souffre d'un déficit démocratique considérable dans la mesure où le citoyen

⁷⁶⁸ A-S. Gorge, *Le principe d'égalité entre les collectivités territoriales*, préc., p. 390

et l'ensemble des sujets de droits y ont peu ou pas accès. Dès lors, comme le note M. Jégouzo, « on peut se demander si l'un des principaux atouts de l'administration contractuelle qui est de permettre aux différents niveaux de collectivités de négocier les normes et les politiques qu'elles doivent mettre en œuvre ne se retourne pas contre le citoyen, incapable de comprendre et de contrôler un ensemble aussi complexe de règles contractuelles formulées de surcroît de manière incertaine »⁷⁶⁹.

Cette situation est également de nature à faire naître un certain nombre d'inégalités dans la mesure où l'absence de prévisibilité et d'accessibilité de la norme restreint *de facto* les facultés pour les citoyens d'avoir recours au juge, ce à un double titre. D'une part, et il ne s'agit pas d'une Lapalissade, encore faut-il avoir accès aux normes en vigueur pour être fondé à en contester l'application devant le juge compétent. C'est n'est pas toujours chose aisée dans le cadre de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales sachant qu'il n'existe aucune plate-forme globale qui garantisse un accès à tous des conventions ou contrats en vigueur organisant des services publics ou la répartition de certaines compétences. Seuls certains sites Internet permettent de prendre connaissances de ces conventions et autres contrats, encore que l'information donnée ne concerne très largement que l'aménagement du territoire et particulièrement les contrats de projet Etat-région. D'autre part, l'étendue du contrôle du juge étant limité par les instruments de la contractualisation eux-mêmes – ainsi qu'il a été vu *supra* – il est possible de considérer que le droit au recours du citoyen s'en trouve par conséquent limité, à la différence des dispositions législatives il n'est pas possible d'invoquer dans un recours pour excès des pouvoirs de stipulations contractuelles et encore moins conventionnelles à moins de considérer qu'elles ne revêtent un caractère réglementaire. Il faut néanmoins considérer que pour la matière en cause – répartition des compétences et organisation du service public – il est plus que probable que le caractère « réglementaire » de la clause soit reconnu. Il n'en reste pas moins que les risques de difficultés d'interprétation et d'invocation des stipulations contractuelles ou conventionnelles sont réels et sont potentiellement sources de réduction du droit au recours pour les justiciables.

Enfin, ces difficultés se trouvent renforcées dès lors que la structure même de la contractualisation, en augmentant les occasions de modification des normes en vigueur,

⁷⁶⁹ Y. Jégouzo, *L'administration contractuelle en question* in Mélanges Franck moderne : *Mouvements du droit public*, Dalloz 2002, p. 554

aboutit à lui conférer un caractère essentiellement instable. La contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales, loin de favoriser la sécurité juridique, contribue à instaurer un climat juridique d'instabilité des relations Etat-collectivités territoriales.

§ 2 : *L'incapacité de la contractualisation à assurer une stabilité juridique des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales*

La contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales soulève un certain nombre d'inquiétudes quant à la sécurisation juridique des relations Etat-collectivités territoriales dans la mesure où, intrinsèquement, la logique du contrat n'est pas une logique pérenne. En effet : la particularité de la contractualisation, qu'il s'agisse de contrats administratifs ou de conventions d'administration, est sa grande adaptabilité et le caractère le plus souvent non contraignant de ses stipulations. Dès lors que la contractualisation devient un instrument de production de normes, les vertus de la contractualisation deviennent autant de vices potentiels si l'on se place sur le terrain de la sécurité juridique et de la (relative) stabilité des normes.

Il faut donc considérer que cette situation d'instabilité des normes, en participant au désordre normatif, contribue à entretenir un flou quant à la répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales et, de manière corrélative, à contribuer à un risque de dilution des responsabilités de l'action publique : « là encore la politique contractuelle peut être contestée sur le terrain démocratique. En effet, si on demande aux citoyens d'élire des gouvernants soit locaux, soit nationaux qui peuvent ensuite exposer qu'il leur est impossible d'agir dans le sens affiché parce qu'il met en œuvre une compétence conjointe avec une autre collectivité avec laquelle il faut négocier et compromettre, il y a là un risque de distanciation par rapport à l'origine démocratique du pouvoir »⁷⁷⁰.

Il faut y voir un problème grave de lisibilité et de légitimité de l'action publique, fréquent pour ce qui concerne le citoyen mais de plus en plus récurrent pour ce qui concerne les collectivités territoriales qui peinent à identifier les niveaux de

⁷⁷⁰ Y. Jégouzo, *L'administration contractuelle en question* op.cit., p. 554

compétences souvent prisonniers d'enchevêtrements d'instruments de la contractualisation. La permanence du recours à la contractualisation résulte donc de la volonté de l'Etat et serait ainsi la traduction du vieux principe selon lequel il faut « diviser pour mieux régner ».

La question du maintien de la contractualisation par l'Etat prend tout son sens dans la mesure où il s'avère que ce dernier en est largement bénéficiaire, au-delà de l'instabilité juridique engendrée par la contractualisation. En effet, la structure même de la contractualisation en fait un système juridiquement instable dans la mesure où les causes de révisions ou de remise en cause de ses effets sont multiples (A). Il faut ajouter à cela que cette instabilité est renforcée vis-à-vis des collectivités territoriales par le rôle prépondérant de l'Etat et la relation asymétrique qui en découle : l'instabilité juridique lui profite directement (B).

A. La contractualisation : un système juridiquement instable par nature

Le but premier de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales est de mettre à disposition de ceux-ci un outil souple permettant une grande adaptation des politiques publiques aux circonstances du moment. Ainsi, d'un point de vue de rigueur juridique, la contractualisation et l'ensemble des instruments qui en résultent sont davantage des instruments de programmation de l'action publique, quand bien même ils recouvrent des réalités juridiques différentes : conventions d'administration à portée directive ou encore contrats administratifs à portée impérative.

Il n'en demeure pas moins que le dénominateur commun de ces instruments est la souplesse tant de leur mise en œuvre que de leur révision. Assurément, cette pratique administrative a ses vertus dans la mesure où elle tente de multiplier les interfaces de dialogue et, de manière globale, à réduire les rigidités du système administratif. Du point de vue de la réalité juridique, il convient de souligner que ces instruments souples présentent assurément un caractère aléatoire qui ne sert évidemment pas la stabilité du droit applicable donc la sécurité juridique.

Cette précarité juridique de la contractualisation est ainsi réalisée tant par la multiplication des mécanismes de révisions propres aux instruments de la contractualisation (1) qu'à la présence de clauses potestatives qui rendent aléatoire la réalisation des engagements souscrits (2).

1. La multiplication de mécanismes de révision

Le caractère programmatique de la contractualisation et essentiellement directif de la plupart de ses instruments que sont les conventions d'administration conduit à insérer une multitude de clauses « d'évaluation » ou encore de « bilan d'étape » destiné à permettre une adaptation de la norme commune à l'action publique. Si une telle technique induit une grande souplesse de gestion d'un point de vue de « management » administratif, le point de vue du juriste est bien différent.

Ainsi, les différents instruments de la contractualisation contiennent de nombreux mécanismes de révisions ou, pour être plus précis, de nombreuses stipulations susceptibles d'entraîner à court et moyen terme des révisions. C'est le cas du contrat de plan entre l'Etat et la Région Franche-Comté qui prévoit une évaluation : « qui pourra porter sur un ou plusieurs grands projets, sur l'ensemble du contrat, sur un ou plusieurs thèmes prioritaires ou transversaux (emploi, environnement, neutralité carbone, ...). L'évaluation pourra être conduite en lien avec celle des programmes opérationnels, lorsqu'il s'agira d'évaluer des thèmes partagés. Une instance de pilotage sera mise en place, de façon à rédiger les cahiers des charges, encadrer les travaux du prestataire et lui procurer toute l'information utile. Elle appréciera les résultats des évaluations et proposera aux décideurs les suites opérationnelles à donner aux travaux d'évaluation »⁷⁷¹. Le contrat de projet conclu entre l'Etat et la région Languedoc-Roussillon prévoit quant à lui qu' : « une procédure de réexamen systématique des projets sera instituée pour assurer une mise à jour régulière de la programmation des opérations d'investissement. Une actualisation des propositions pourra intervenir afin d'adapter en tant que de besoin le contenu du contrat. Une révision à mi-parcours aura lieu au second semestre de l'année 2010 ; elle pourra donner lieu à un

⁷⁷¹ Contrat de projet de la Région Franche-Comté : <http://www.datar.gouv.fr/sites/default/files/datar/franche-comte-cper-2007-2013-a.pdf>

redéploiement de crédits »⁷⁷². Le contrat de développement territorial peut être aisément modifié par avenant dès lors que celui-ci « ne porte pas atteinte à l'économie générale du contrat, telle qu'elle résulte des titres Ier et II du contrat, ou n'a pas pour objet de prévoir une action, une opération ou un projet dont la réalisation est susceptible d'avoir des incidences significatives sur l'environnement », en outre « le contrat peut prévoir une procédure simplifiée pour rectifier des erreurs, ajouter des annexes ou préciser des aspects opérationnels du projet de contrat »⁷⁷³. De plus, le contrat de développement territorial peut être révisé : « lorsque l'un des signataires propose un projet d'avenant qui modifie l'économie générale du contrat, telle qu'elle résulte des titres Ier et II du contrat ou a pour objet de prévoir une action, une opération ou un projet dont la réalisation est susceptible d'avoir des incidences significatives sur l'environnement » ou « lorsqu'une commune ou un établissement public de coopération intercommunale dont le territoire est attenant à celui d'une commune ou d'un établissement public de coopération intercommunale signataire d'un contrat de développement territorial souhaite adhérer à ce contrat ou qu'une commune ou un établissement public de coopération intercommunale partie au contrat en demande la résiliation et que cette adhésion ou ce retrait ont pour effet prévisible de modifier l'économie générale du contrat »⁷⁷⁴.

La contractualisation, sensée accompagnée l'action publique au quotidien de manière concertée en créant un « partenariat » entre l'Etat et les collectivités territoriales, suppose une grande souplesse de gestion qui se traduit juridiquement par l'existence de multiples occasions de révision qui sont d'ores et déjà prévues au contrat ou à la convention. Dès lors, il n'est pas possible de considérer que ces instruments induisent une stabilité juridique dès lors qu'ils sont aisément révisables, sans compter avec le pouvoir de modification et de résiliation unilatérale qui reste potentiellement dans les mains de l'Etat⁷⁷⁵ qui accroît le fait que la contractualisation ne permet pas de stabiliser les relations juridiques existant entre l'Etat et les collectivités territoriales.

⁷⁷² Contrat de projet de la Région Languedoc-Roussillon : <http://www.datar.gouv.fr/sites/default/files/datar/languedoc-roussillon-cper-2007-2013-lr.pdf>

⁷⁷³ Décret n° 2011-724 du 24 juin 2011 relatif aux contrats de développement territorial prévus par l'article 21 de la loi n° 2010-597 du 3 juin 2010 relative au Grand Paris, article 14

⁷⁷⁴ Décret n° 2011-724 du 24 juin 2011 préc., article 15

⁷⁷⁵ V. en ce sens, supra, même partie, titre II, chapitre I

La présence de clauses de révision n'est pas le seul élément de nature à considérer que la contractualisation est source d'instabilité juridique de la relation Etat-collectivités territoriales. La plupart des contrats et conventions en cause reste fondés sur des clauses potestatives qui rendent la réalisation des objectifs et des engagements souscrits profondément aléatoire.

2. La présence de clauses potestatives

L'article 1170 du Code civil définit la clause potestative comme « celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher ». Le droit administratif est un droit marqué du sceau de l'exorbitance, c'est également l'une des caractéristiques principales du droit des contrats administratifs dont le régime est exorbitant du droit commun. S'agissant, des conventions entre personnes publiques, celles-ci « ne chassent pas nécessairement tout déséquilibre entre les parties. Il arrive ainsi que la passation d'une convention s'inscrive dans une position de dépendance de l'un des sujets envers l'autre. Elle peut être financière, par exemple, ou s'analyser comme un véritable lien de subordination ainsi que l'illustrent plusieurs contrats d'objectifs et de moyens »⁷⁷⁶.

Il faut évoquer non pas un lien de subordination mais l'existence de clauses potestatives figurant dans bon nombre d'instruments de la contractualisation, à l'instar des contrats de projets entre l'Etat et les collectivités territoriales qui contiennent invariablement la formule suivante : « Les engagements inscrits dans le présent contrat sont subordonnés à l'ouverture des moyens financiers nécessaires, dans les lois de finances pour l'Etat, dans leurs budgets respectifs pour la Région et les autres collectivités »⁷⁷⁷. Cette formule figure dans d'autres instruments qui sont conclus en vertu des contrats de plan comme les contrats territoriaux⁷⁷⁸ et les contrats d'agglomération⁷⁷⁹ ou qui n'y sont pas liés comme les contrats de rivière conclus en vertu de la loi sur l'eau et les milieux aquatiques du 30 décembre 2006⁷⁸⁰.

⁷⁷⁶ S. Hourson, *Les conventions d'administration*, op.cit., p. 421

⁷⁷⁷ V. par exemple : <http://www.datar.gouv.fr/sites/default/files/datar/basse-normandie-cper-2007-2013.pdf>

⁷⁷⁸ <http://www.deux-sevres.com/documents/rd/2011/CP/26-09-2011/1158441/ANNEXE1.pdf>

⁷⁷⁹ V. par exemple : http://www.territoires-haute-normandie.net/iso_album/brochurecontratagblo.pdf

La présence de telles clauses surprennent partiellement dans la mesure où, en effet, la réalisation des engagements souscrits dans le cadre de la contractualisation supposent que les parties aient la capacité financière de les honorer, c'est-à-dire qu'ils soient inscrits en loi de Finances pour l'Etat et au budget pour les collectivités territoriales. Ceci a pour conséquence logique, que le refus ou l'incapacité d'inscrire ces dépenses rend caduque le contrat ou la convention qui aura été conclue. Il faut reconnaître ici que le droit rejoint le fait dans la mesure où le constat financier de la contractualisation est particulièrement décevant dans la mesure où les engagements qui sont souscrits ne sont pas, la plupart du temps, financièrement honorés. Ceci s'explique sans doute par la difficulté pour l'Etat de changer de mode de raisonnement et surtout son incapacité à tenir ses engagements, ce qu'exprime très bien un ancien Premier ministre qui raconte la mise en œuvre des premiers plans faisant suite à la loi de 1982 : « nous avons assisté à un splendide record de déconnage dans l'utilisation des fonds publics français, qui est un des records dans notre histoire. On n'est pas beaucoup mieux géré maintenant, l'avantage, à l'époque, c'est qu'au moins il y avait du rêve »⁷⁸¹.

La présence de clauses potestatives ne fait que recouper juridiquement une situation de fait qu'est l'impécuniosité de l'Etat et les difficultés de plus en plus grande à dégager les crédits nécessaires à la réalisation des actions menées. Cette critique s'adresse principalement à l'égard de l'Etat qui utilise également la contractualisation pour financer un certain nombre d'actions qui relèvent de sa compétence. L'instabilité juridique de la contractualisation est donc un mal apparemment nécessaire dans la mesure où l'Etat apparaît en sortir bénéficiaire.

B. Une instabilité juridique de la contractualisation qui profite à l'Etat

Le désordre normatif entretenu par la contractualisation est, en soi, critiquable dans la mesure où il entretient le flou de la relation Etat-collectivités territoriales. Il n'apparaît toutefois pas que l'Etat sorte perdant de cette situation, à telle enseigne qu'il convient de s'interroger sur l'existence pour l'Etat d'une stratégie visant à entretenir le désordre normatif – et la contractualisation – dans la mesure où cela conforte son propre pouvoir, de manière quelque peu cynique. Ainsi que le souligne M. Raimbault dans sa thèse

⁷⁸⁰ V. par exemple : <http://www.deux-sevres.com/documents/rd/2011/CP/26-09-2011/1158441/ANNEXE1.pdf>

⁷⁸¹ M. Rocard, *Le malaise français en matière de contractualisation* in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, LGDJ 2007, p. 185

consacrée au principe de sécurité juridique en droit administratif français : « la multiplication des contrats, du moins entre personnes publiques, présente en effet, l'inconvénient de venir accroître l'inflation normative et brouiller la répartition légale des compétences, comme l'atteste l'expérience de la décentralisation où le phénomène s'est déjà manifesté »⁷⁸².

L'utilisation de la contractualisation comme mode de production de normes participe dans une large mesure, comme cela a été examiné, à l'insécurité juridique car elle ne permet au final ni de garantir une prévisibilité de la norme ni de stabiliser juridiquement les relations entre l'Etat et les collectivités territoriales, à tel point que les discours officiels évoquent sans pudeur une véritable « crise de confiance ». Cette dégradation de la norme par la contractualisation, si elle est profondément critiquable sert néanmoins la politique territoriale de l'Etat et les relations que ce dernier souhaite entretenir avec les collectivités territoriales. En effet : c'est toujours au final l'Etat qui contractualise, qui sollicite les collectivités et qui impulse l'action publique. Il dispose de la maîtrise du dispositif de la contractualisation tant en amont qu'en aval. Dès lors : « si le discours juridique de l'Etat sert les politiques de décentralisation qu'il nous incite à prendre au sérieux, il se lit dans le même temps comme une invitation à ne pas les dramatiser. Par lui, on voit bien que le centre n'est pas en phase de déconstruction et qu'il n'est pas prêt de se transformer en une sorte de fonction dérivée du local ! (...) Si l'on peut admettre que l'Espagne et l'Italie offrent, dans une certaine mesure, l'exemple d'Etats qui se « creusent » sinon qui se « vident », par le centre, telle n'est sûrement pas la situation française : non seulement les administrations décentralisées ne peuvent produire du droit que dans les limites admises par le centre, mais elles sont même vouées, au travers de leurs propres initiatives, à assurer la diffusion du droit de l'Etat »⁷⁸³.

L'insécurité juridique qui résulte de la contractualisation doit être analysée comme le résultat d'une stratégie consciente de la part de l'Etat de recentralisation qui aboutit, d'une part, à entretenir savamment le fameux « mille-feuille administratif » de la France (1) et, d'autre part, à diluer les responsabilités tant politiques que juridiques qui découlent de l'application des politiques publiques (2).

⁷⁸² P. Raimbault, *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français*, op.cit., p. 387

⁷⁸³ J. Caillosse, *Les « mises en scène juridiques de la décentralisation »*, op.cit., p. 143-144

1. *La contractualisation entretient le mille-feuille administratif français*

« Le droit nous donne accès au récit ininterrompu dans lequel l'Etat – du moins ceux qui ont la charge de l'incarner – se projette idéalement dans l'espace et dans le temps »⁷⁸⁴. La contractualisation et peut être plus largement les réformes décentralisatrices sont davantage des manières d'être de l'Etat unitaire qu'une manifestation profonde vectrice d'autonomie au profit des collectivités territoriales.

Le surdéveloppement de la contractualisation comme nouvelle manière d'être de l'Etat vis-à-vis des collectivités territoriales tend à traduire juridiquement un changement profond de la part de l'Etat. Il ne faut toutefois pas perdre de vue que ce changement s'opère dans une continuité tant politique que juridique : celle d'un Etat unitaire aux tendances profondément jacobines. La contractualisation opère une sorte de réécriture du droit, pour reprendre les termes de M. Caillosse, où « l'Etat se dévoile, se raconte, se donne en représentation »⁷⁸⁵. Mais cette réécriture du droit ne le révolutionne pas pour autant : la contractualisation ne constitue pas ainsi le « big bang » tant attendu des relations Etat-collectivités territoriales. Elle n'est pas à même de simplifier le mille-feuille administratif français dans la mesure où celui-ci ne fait, en fin de compte, que renforcer le pouvoir de l'Etat central. La succession des lois de décentralisation depuis maintenant plus de trente ans et l'intervention systématique de la contractualisation tend à mettre en place un système qui se veut à mi-chemin d'une décentralisation administrative et d'un système davantage fédéral sans pour autant que la structure constitutionnelle de l'Etat français n'évolue. La réforme constitutionnelle du 28 mars 2003 en inscrivant dans la Constitution que l'organisation de la République était « décentralisée » apparaît davantage comme la formulation d'une volonté politique qu'un véritable changement juridique dans la conception française de l'Etat de telle sorte qu'« en même temps qu'il se décentralise, l'Etat cherche à endiguer les tendances à la régionalisation et au fédéralisme. Son droit ne valorise que le local pour mieux soutenir la nécessité de l'Etat unitaire. (...) C'est bien pourquoi le travail juridique du

⁷⁸⁴ J. Caillosse, *Les « mises en scène juridiques de la décentralisation »*, op.cit., p. 146

⁷⁸⁵ J. Caillosse, *Les « mises en scène juridiques de la décentralisation »*, op.cit., p.145-146

centre s'offre à une autre lecture, celle des ruses d'un Etat qui se servirait du droit de la décentralisation pour se refaire à la fois une identité et une santé »⁷⁸⁶ !

Il ne faut ainsi pas perdre de vue que le droit ne constitue qu'un moyen de servir une fin qui ne lui appartient pas : au-delà de la norme, il faut dessiner – et parfois deviner – son véritable dessein. Les moyens juridiques – la contractualisation y comprise – existent indubitablement pour contrer et diminuer le mille-feuille administratif français. C'est davantage la volonté politique qui fait défaut ici et le relatif confort qu'offre la contractualisation au pouvoir de l'Etat central.

En effet, en émiettant les niveaux de compétences et parfois en transformant finalement des compétences propres en compétences partagées, la contractualisation aboutit à réintroduire de manière systématique un rôle prépondérant à l'Etat dans l'ensemble des domaines d'intervention, lui permettant ainsi de prendre une part importante aux actions des collectivités et, par la même occasion, d'en contrôler attentivement l'exercice par les collectivités de leurs propres compétences. Tout ceci découle logiquement de « la suppression des tutelles de l'Etat » qui « oblige le Centre à repenser tout le système de ses relations avec les collectivités territoriales sur un mode négocié. Le contrat prend ici logiquement la place qu'occupait l'ancienne procédure de décision unilatérale que manœuvrait le Centre. Tout cela, c'est le droit qui le fait advenir. Car nous demeurons dans un Etat unitaire porté par un ordre juridique unique. Aussi est-ce par le contrat, il faudrait dire par le maillage contractuel, que le Centre va devoir assurer la cohérence juridique de l'action publique au regard des exigences constitutionnelles propres à une République décentralisée mais unitaire »⁷⁸⁷.

Il apparaît assurément plus aisé de multiplier les interfaces et les niveaux de compétences au niveau local pour conserver une unité au niveau central, de telle sorte qu'il n'existât jamais « un » pouvoir local mais « des » pouvoirs locaux qui, de surcroît, se concurrençant entre eux ne risquent pas de concurrencer celui de l'Etat central. La contractualisation n'a fait qu'accroître ce phénomène prenant ainsi le risque de faire perdre toute lisibilité à l'action publique et d'aboutir à une dilution des responsabilités.

⁷⁸⁶ J. Caillosse, *Les « mises en scène juridiques de la décentralisation »*, op.cit., p. 150

2. *La contractualisation induit une dilution des responsabilités*

L'instabilité juridique entretenue par la contractualisation a pour conséquence une dilution profonde des responsabilités qu'il faut entendre à un double niveau : d'un point de vue politique et d'un point de vue juridique.

D'un point de vue politique, la contractualisation apparaît comme l'opportunité pour l'Etat de ne pas assumer seul ses propres choix politiques et de les imputer dans une large mesure aux collectivités territoriales. Ainsi, tout en organisant par le biais de la contractualisation les transferts de compétences, l'Etat ne fait pas nécessairement suivre les ressources équivalentes – pourtant constitutionnellement exigées – tout en affichant politiquement la nécessité pour les collectivités territoriales de participer à l'effort national de redressement en matière de finances publiques. Ce qui conduit de manière abusive à présenter les collectivités – même si elles ne sont pas exemptes de critiques à cet égard – comme dépensières en période de disette financière. La dilution des responsabilités politiques traduit ainsi la volonté pour l'Etat de se défaire en partie sur les collectivités territoriales tout en conservant dans une large mesure la maîtrise du jeu institutionnel.

Il ne faut toutefois pas considérer que cette dilution de la responsabilité politique n'ait pas de conséquence juridique car les « enjeux politiques du droit de la décentralisation, le contentieux lui-même à sa façon proprement technique, les met en pleine lumière : on y voit surtout des juridictions administratives rappeler à des acteurs locaux que leurs « jeux » dépendent, en dernier lieu, de la règle nationale »⁷⁸⁸.

D'un point de vue juridique, la contractualisation permet aussi une dilution de la responsabilité de l'Etat dans la mesure où celle-ci est rarement engagée pour cause de méconnaissance de ces obligations. Dans les rares cas où elle le devient, les conséquences financières qui en découlent demeurent marginales ainsi que le souligne Michel Rocard en livrant son témoignage sur la première jurisprudence relative à la

⁷⁸⁷ J. Caillousse, *Question sur l'identité juridique de la gouvernance* in R. Pasquier, V. Simoulin et J. Weisbein (dir.), *La gouvernance territoriale : pratique, discours et théorie*, LGDJ 2007, p. 56-57

méconnaissance des stipulations d'un contrat de plan : « l'Etat a été condamné et c'est normal. C'est à ce moment-là que j'ai su que le concept de contrat de plan serait validé. Malheureusement, l'Etat n'a été condamné que moralement ce qui ne suffit pas à rendre cette condamnation bien coûteuse mais c'est déjà quelque chose »⁷⁸⁹. De plus, le développement de la contractualisation aboutit à une confusion profonde dans le droit applicable et à l'incapacité chronique tant des collectivités territoriales que du citoyen à déterminer le bon niveau de compétence. Ainsi, dans son rapport au Premier ministre, M. Mauroy soulignait dès 2000 : « Si d'ailleurs chaque collectivité assumait pleinement ses compétences, la contractualisation serait réduite à l'essentiel et la déperdition d'énergie liée à la conclusion d'accords marginaux serait évitée. Les élus n'ont plus le temps nécessaire à consacrer à de telles réunions. Si la contractualisation est en soi positive, sa systématisation a des effets pervers. La commission estime donc nécessaire de revenir à l'essentiel et de consacrer les énergies à la conclusion des contrats de plan et de contrats désignant des collectivités chef de file »⁷⁹⁰.

La circonstance que la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales soit pensée du « centre » vers la « périphérie » ou encore du national vers le local a pour conséquence que l'ensemble du dispositif demeure entre les mains de l'Etat de telle sorte qu'il ne sert pas prioritairement les intérêts des collectivités territoriales même s'il ne les dessert pas nécessairement. En tout état de cause, la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales n'a pas permis de consolider le statut constitutionnel des collectivités territoriales et n'apparaît pas comme un renfort du principe de libre-administration des collectivités territoriales.

Section 2 : Contractualisation territoriale *versus* principe de libre administration des collectivités territoriales ?

Voulue originellement pour accompagner la décentralisation et changer le mode de relation entre l'Etat et les collectivités territoriales, la contractualisation apparaît davantage comme un outil de recentralisation de la part de l'Etat. Elle agit comme une

⁷⁸⁸ J. Caillosse, *Les « mises en scène juridiques de la décentralisation »*, op.cit., p. 150

⁷⁸⁹ M. Rocard, *Le malaise français en matière de contractualisation* op.cit., p. 187

⁷⁹⁰ P. Mauroy, *Refonder l'action publique locale : rapport au Premier ministre*, La documentation française 2000, p. 58

sorte de contrepoids de la volonté décentralisatrice, non pas qu'elle ait nécessairement été conçue dans cette optique dès l'origine mais qu'elle n'a d'abord pas pu se défaire de la relation de tutelle qui existe entre l'Etat et les collectivités territoriales, d'une part, et qu'elle a été happée par la tendance centralisatrice française, d'autre part. Il faut ajouter à cela que la contractualisation entre l'Etat et les collectivités s'inscrit dans un contexte général de globalisation du droit qui aboutit à une « désétatisation du droit », ce qui signifie que « les Etats ont une emprise moindre sur loi, qu'ils sont conduits, *nolens volens*, à accepter des règles plus ou moins uniformes sans lesquels les ouvertures économiques et autres du monde d'aujourd'hui seraient freinées, qu'ils sont conduits aussi à accepter que des institutions internationales produisent du droit en partie hors de leur contrôle, etc. »⁷⁹¹. Evoquer le phénomène de globalisation du droit dans le cadre de la contractualisation des relations entre l'Etat et les collectivités n'est pas paradoxal car il en est un des éléments explicatifs.

En effet, le contexte juridique global dans lequel s'inscrit l'Etat est radicalement nouveau, en ce sens que ce dernier n'a jamais eu à concilier en même temps autant de sources normatives différentes au sein d'un même système juridique. La place de l'intégration européenne et la volonté pour la France de conserver « sa place » dans le concert des nations (européennes) le conduit à concilier les impératifs des autres ordres juridiques et de les incorporer en droit interne. L'Union européenne entend précisément donner une place bien spécifique aux régions et dans la conception unitaire de l'Etat il y a un risque de régionalisation ou de fédéralisme qui ne saurait être couru. Dès lors, la contractualisation apparaît comme la parade efficace à ce genre de dangers, telle sorte que l'Etat retrouve par la contractualisation du contrôle là où la globalisation du droit et la décentralisation avaient limité pour partie son pouvoir.

Si la contractualisation apparaît comme un gain de pouvoir initial pour l'Etat, il convient assurément de se demander s'il en est de même vis-à-vis des collectivités territoriales. Ainsi que cela a été souligné, la contractualisation trouve un certain nombre de butoirs constitutionnels grâce au principe de libre administration des collectivités territoriales. Ce principe de libre administration étant particulièrement important face à « l'inaptitude du système français de décentralisation administrative à concevoir historiquement et

⁷⁹¹ J-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'Etat*, LGDJ 2010, p. 35

techniquement une réelle autonomie au profit des collectivités »⁷⁹². Actuellement, la contractualisation apparaît davantage comme un instrument de recentralisation et affecte en premier lieu les deux composantes majeures du principe de libre administration des collectivités territoriales que sont la libre disposition des compétences attribuées par la loi et le droit à l'autonomie financière (§ 1). Il ne faut pas pour autant considérer que la contractualisation serait néfaste par nature mais que c'est l'utilisation qui en est faite qui conduit à la considérer comme un instrument de recentralisation. Dès lors, il est nécessaire d'examiner quels correctifs juridiques permettraient de rééquilibrer la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales et par la même de placer leurs relations sur un terrain davantage sable, tant juridiquement que politiquement (§ 2).

§ 1 : L'impact négatif de la contractualisation sur le principe de libre administration des collectivités territoriales

Telle que la contractualisation est conçue, elle conduit inévitablement à phagocytter le principe de libre administration des collectivités territoriales. Ceci peut être aisément constaté dans la mesure où la contractualisation des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales concerne directement deux composantes majeures de la libre administration que sont la libre disposition des compétences légalement transférées (1) et l'autonomie financière des collectivités territoriales (2).

La reconnaissance aux collectivités territoriales de la libre disposition, dans le respect de la légalité, des compétences qui leur ont été attribuées est assurément une composante essentielle du principe de libre administration des collectivités territoriales dans la mesure où : « la libre administration consiste à gérer des compétences attribuées aux collectivités qui leur soient propres et qui ne soient pas des compétences étatiques »⁷⁹³. Néanmoins, il faut relativiser cette notion de compétence « propre » dans la mesure où cette notion se rapporte d'abord aux compétences que le législateur attribue ou éventuellement retire à la collectivité locale concernée. C'est la raison pour laquelle il semble plus opportun de parler de libre disposition des compétences attribuées par la loi.

⁷⁹² B. Faure, *Droit des collectivités territoriales*, op.cit., p. 27, n° 21

Il n'en demeure pas moins que l'intervention de la contractualisation consécutivement aux transferts de compétences intervenant dans le cadre des lois décentralisatrices apparaît assurément comme la volonté de l'Etat de réinstaurer un lien de tutelle ou, plus exactement, un pouvoir de contrôle découlant de la contractualisation. Celle-ci devenant par la même occasion un instrument de recentralisation, surtout lorsqu'elle aboutit à transférer aux collectivités territoriales des charges qui ne lui incombent pas ou encore de ne pas leur transférer les ressources correspondant aux compétences qui leur ont été confiées.

Tout ceci conduit logiquement à examiner l'application de la contractualisation des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales à l'aune du principe d'autonomie financières des collectivités territoriales, davantage depuis la réforme constitutionnelle du 28 mars 2003 qui a fixé comme règle constitutionnelle l'obligation de transférer les ressources correspondant aux compétences.

A. L'utilisation de la contractualisation freine la libre disposition de compétences attribuées par la loi

L'expression « compétences attribuées par la loi » ne permet pas une présentation exhaustive des compétences dévolues aux collectivités territoriales puisqu'à côté des compétences attribuées par la loi ou « bloc de compétences », il faut identifier également la clause de compétence générale permettant aux collectivités de se saisir des affaires relevant d'un « intérêt local », les compétences qui ne sont pas transférées mais déléguées aux collectivités territoriales par l'Etat et enfin tout ce qui se rapporte à l'exercice en commun de compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales. La contractualisation intervient au carrefour de l'ensemble de ces modes d'exercice de compétences par les collectivités pour tenter d'harmoniser et d'organiser l'exercice des compétences entre les différents échelons tout en respectant le principe de subsidiarité.

La contractualisation n'est pas à même de résoudre ce casse-tête de la répartition des compétences même si elle tente d'y apporter un semblant d'ordre. Au final, ainsi que cela a été vu, la contractualisation ne fait qu'accroître la confusion en rendant difficile la

⁷⁹³ M. Verpeaux *Droit des collectivités territoriales*, op.cit., p. 239

détermination de l'autorité compétente ou encore de l'autorité titulaire de la compétence. Telle que la contractualisation est aujourd'hui conçue, que ce soit pour organiser l'action commune de l'Etat et des collectivités territoriales ou encore d'organiser un transfert de compétences de l'Etat vis-à-vis des collectivités territoriales, elle aboutit à phagocyter les compétences des collectivités territoriales au profit de l'Etat (1).

Il faut aller plus loin et considérer que non seulement la contractualisation aboutit à phagocyter les compétences des collectivités territoriales au profit de l'Etat mais qu'elle permet, dans certaines circonstances, à l'Etat de se réappropriier indirectement des compétences transférées aux collectivités territoriales (2).

1. La contractualisation phagocyte les compétences des collectivités territoriales

Telle qu'elle est actuellement mise en œuvre, la contractualisation utilisée dans la répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales ou même dans le cadre de l'action commune⁷⁹⁴ apparaît pleinement comme un cheval de Troie. En effet, dans une large mesure la contractualisation conduit à imposer avec plus ou moins de rigueur aux collectivités la réalisation de projets nationaux tout en les faisant participer au financement de ces activités qui relèvent normalement de la compétence de l'Etat. Si la contractualisation a une utilité certaine du point de vue de l'Etat elle aboutit néanmoins à une régression du principe de libre administration des collectivités territoriales. D'une part, il n'est pas possible de parler d'une réelle liberté dans l'exercice des compétences dans la mesure où les choix des collectivités sont en partie imposés. D'autre part, la contractualisation a pour conséquence de faire financer par les collectivités territoriales des projets qui ne relèvent pas de leur compétence.

Ainsi, le caractère profondément asymétrique de la contractualisation transparaît dans la mesure où l'Etat va prioritairement discuter des objectifs qui l'intéressent sans réellement s'engager, que ce soit par l'exercice de ses propres compétences ou encore par le financement des actions auxquelles il s'engage. L'évaluation faite par la DATAR sur l'exécution des

⁷⁹⁴ V. de Briant, *L'action commune en droit des collectivités territoriales*, L'Harmattan 2009

contrats d'agglomération est d'une grande sévérité : « sans prétendre ici faire une analyse approfondie de ces contributions, on peut toutefois souligner qu'elles se situent en général dans la continuité de la posture historique de l'Etat envers le local, associant expertise technique (production de diagnostics exhaustifs et « neutres ») et fonction politique d'« instituteur » du local (soulignant ce qu'il serait bon de faire). Cette posture privilégiant l'extériorité à l'implication (davantage « ce qu'il faudrait faire » que « ce que je pourrais faire ») a manifestement déterminé l'attitude de l'Etat local lors des négociations contractuelles (...). L'Etat impose l'inscription au contrat d'une rhétorique politique correspondant à ses objectifs nationaux et aux textes en vigueur, sans grand souci d'adaptation territoriale desdits objectifs. (...) Enfin, et par voie de conséquence, si l'Etat local a parfois tenté de mobiliser ses lignes budgétaires sectorielles de droit commun, il a globalement privilégié très largement le recours aux financements spécifiques FNADT⁷⁹⁵ »⁷⁹⁶.

Ceci n'est pas surprenant mais révélateur de la manière de penser l'action publique en France, dans la mesure où la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales est censée transcender le couple centralisation/décentralisation. L'utilisation de la contractualisation dans le champ de l'organisation des compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales et particulièrement pour ce qui concerne l'action commune réside dans une recherche de cohérences politiques publiques. Seulement, cette recherche de cohérence en voulant transcender les distinctions traditionnelles ne fait que les exacerber dans la mesure où l'application nationale d'une même politique publique a inévitablement pour conséquence de mettre en œuvre une action centralisatrice ou, pour être plus précise, recentralisatrice dans la mesure où les compétences sont partagées entre l'Etat et les collectivités territoriales. M. de Briant évoque une conception de l'action commune correspondant « à la conception développée dans la réforme du 28 mars 2003, celle d'une action commune plutôt instrumentale, ne modifiant pas les grands équilibres de la transaction d'origine, dont les termes sont plutôt favorables à l'Etat, mais aussi à chaque collectivité territoriale, comme l'atteste l'inscription dans la Constitution du principe de l'interdiction de toute tutelle d'une collectivité sur l'autre, ce qui encourage le fonctionnement d'une action commune à vocation *rationnelle* ou *fonctionnelle*. (...) Ce sont ainsi les *politiques publiques*, sur le plan formel et

⁷⁹⁵ Le Fonds National d'aménagement et de développement du territoire, créé par la loi n° 95-115 du 4 février 1995, est prévu au budget opérationnel de programme « impulsion et coordination de la politique d'aménagement du territoire » et concerne un certain nombre d'action spécifiques à l'aménagement du territoire qui ne peuvent être financés sur les crédits propres des ministères.

la nation, sur le plan matériel, qui sont au centre du dispositif et non pas l'Etat ou les collectivités territoriales »⁷⁹⁷. Tout ceci appelle deux séries de remarques.

En premier lieu, il est possible de relever le caractère paradoxal de l'action commune qui semble avoir pour visée ultime une « mise en cohérence » aboutissant inévitablement à mettre en place une hiérarchie entre collectivités territoriales malgré la prohibition de la tutelle entre collectivités territoriales. Même lorsque l'action commune concerne uniquement des collectivités territoriales, le choix du législateur et du constituant conduit indirectement à instaurer un ersatz de tutelle qu'est la collectivité chef de file. Ainsi que le relève M. Faure : « le problème de la collectivité territoriale « chef de file » vient de la difficulté à associer à sa qualité un pouvoir précis qui l'identifie. La formule n'est pas juridique et on ne sait comment la traduire précisément en droit. Sans doute s'agit-il d'une formule évocatrice d'un pouvoir « d'organisation » pour rester dans les termes de la Constitution. C'est pourquoi le pur procédé contractuel fait figure de technique trop faible en ce qu'il suggère la souveraineté des parties égales en opposition avec ce rôle d'organisation que doit assurer la « collectivité chef de file ». Mais il est difficile d'aller bien au-delà en considération du fait que la Constitution assigne la collectivité au respect d'une interdiction majeure : *l'interdiction d'exercer une tutelle sur les autres collectivités* (art. 72 al. 5 C.) »⁷⁹⁸. Ceci permet de dire, d'une part, que la contractualisation aboutit bien à un contrôle et d'autre part, que l'imprécision de la détermination de l'étendue de ce contrôle conduit à le faire accepter en tout cas tacitement par le juge constitutionnel.

En second lieu, la maîtrise de l'action commune revient toujours à l'Etat car la volonté de dépasser le couple décentralisation/centralisation a juridiquement peu de sens ou confine à la naïveté s'il n'est pas tenu compte du cadre unitaire que constitue l'Etat et surtout du fait que l'Etat et la nation sont finalement deux concepts qui se recoupent : « personne dans l'Etat ne peut se prétendre souverain, si ce n'est l'Etat lui-même, ou – ce qui est identique – la nation et le peuple, pris dans leur consistance globale et indivisible, et formant ainsi un sujet juridique qui trouve dans l'Etat même sa personnification unitaire : ce qui exclut toute souveraineté particulière »⁷⁹⁹.

⁷⁹⁶ V. ainsi : <http://www.datar.gouv.fr/sites/default/files/datar/evaluation-contrats-agglo.pdf>

⁷⁹⁷ V. de Briant, *L'action commune en droit des collectivités territoriales*, op.cit., p. 414

⁷⁹⁸ B. Faure, *Droit des collectivités territoriales*, op.cit., p. 493, n° 633

⁷⁹⁹ R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, op.cit., T. II, p. 176-177, n° 331

Si la contractualisation permet dans une large mesure d'aboutir à ce que l'action commune se fasse essentiellement au bénéfice de l'Etat, il apparaît également que le pouvoir que la contractualisation lui confère aboutit non seulement à une confusion des autorités compétences mais également à une récupération en fait sinon en droit des compétences transférées aux collectivités territoriales.

2. La contractualisation permet une réappropriation indirecte des compétences des collectivités territoriales par l'Etat

Loin de permettre une ré-harmonisation de la répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales, la contractualisation induit davantage de brouillage et de dilution des responsabilités puisqu'elle ne permet pas une identification claire des titulaires des compétences ainsi que cela a été précédemment étudié. Dans certains cas, la contractualisation peut ainsi aboutir à une réappropriation par l'Etat de compétences des collectivités territoriales.

La modification introduite par la loi du 28 juillet 2008 à l'ordonnance du 17 juin 2004 créant les contrats de partenariat est tout à fait éloquente en ce sens qu'elle aboutit à une réappropriation par l'Etat de compétences appartenant aux collectivités territoriales.

Le projet de loi initial prévoyait deux dispositifs appelant la rédaction d'avant-contrats. Le premier dispositif consistait, pour le cas où plusieurs collectivités territoriales étaient associées au projet à désigner l'une d'entre elles comme collectivité compétente pour signer au nom des autres le contrat. Le second dispositif prévoyait, en cas d'association entre l'Etat et d'autres collectivités territoriales, la possibilité de désigner l'Etat afin que celui-ci signe le contrat au nom des autres collectivités. Le premier dispositif a fait l'objet d'une censure du Conseil constitutionnel, à l'inverse du second.

Dans sa décision du 24 juillet 2008⁸⁰⁰ relative à la loi portant modification de l'ordonnance du 17 juin 2004, le Conseil constitutionnel rappelle sa jurisprudence traditionnelle concernant le statut constitutionnel des collectivités territoriales et, notamment, l'interdiction de tutelle entre collectivités. Ainsi «en prévoyant que plusieurs collectivités publiques, qui ne sauraient comprendre l'État et ses établissements publics, peuvent désigner l'une d'entre elles pour signer un contrat de partenariat et en disposant que la convention passée entre ces collectivités précise les conditions de ce transfert de compétences et en fixe le terme, l'article 18 de la loi déferée a non seulement autorisé la collectivité désignée à organiser l'action commune de plusieurs collectivités, mais lui a également conféré un pouvoir de décision pour déterminer cette action commune ; que, dès lors, il a méconnu le cinquième alinéa de l'article 72 de la Constitution »⁸⁰¹. Cela faisant, le Conseil constitutionnel n'a pas dérogé à sa jurisprudence traditionnelle⁸⁰² qui consiste à interdire toute tutelle entre collectivités territoriales, ce qui aurait été le cas si ce dispositif avait été maintenu.

En revanche, le second dispositif n'est pas atteint et le Conseil constitutionnel valide la possibilité qu'une telle convention puisse être signée entre l'Etat et des collectivités territoriales : cela faisant, il réserve la possibilité que le contrat de partenariat permette d'organiser – pour une action déterminée – les rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales. C'est ce que relève M. Marcou en faisant référence à l'article L. 1414-1 du code général des collectivités territoriales : « il est donc parfaitement possible que l'Etat, ou l'un de ses établissements publics, passent avec des collectivités territoriales ou des établissements publics rattachés à celles-ci une convention ayant pour objet la réalisation d'un projet relevant simultanément de leurs compétences respectives. Cette convention peut alors avoir un objet bien plus large que celui de la convention conclue seulement entre collectivités territoriales après la censure du Conseil constitutionnel »⁸⁰³. Ainsi « l'action commune « horizontale » entre collectivités territoriales, et donc entre égaux, d'où la limite résultant de l'interdiction de toute tutelle d'une collectivité territoriale sur une autre, et l'action commune « verticale », c'est-à-

⁸⁰⁰ Cons.const., déc. n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008, Rec. CC, p. 341 ; note Dreyfus, AJDA 2008, p. 1664 ; note Apelbaum et Debouzy, JCP A 2008, n° 44, p. 37 ; note Terneyre, BJCP 2008 n° 60, p. 310 ; G. Marcou, *L'action commune des collectivités territoriales selon le Conseil constitutionnel : organiser n'est pas déterminer* in Mél. Jégouzo, Dalloz 2009, p. 224

⁸⁰¹ Op. cit., cons. 33

⁸⁰² Cons.const., déc. n°94-358 DC du 26 janvier 1995, Rec. CC, p. 183, précitée

⁸⁰³ G. Marcou, *L'action commune des collectivités territoriales selon le Conseil constitutionnel*, préc., p. 234

dire entre l'Etat et des collectivités territoriales, et cette action commune n'est plus soumise aux mêmes restrictions »⁸⁰⁴. Cela faisant, le Conseil constitutionnel reconnaît finalement à l'Etat – et à lui seul - la faculté de modifier ou retirer un titre de compétences qu'il a lui-même conféré.

Il est possible d'aller plus loin et de considérer que non seulement ce genre de dispositif aboutit à instaurer un véritable contrôle a priori sur les projets en cause et qu'il aboutit contractuellement à transférer une compétence d'une collectivité territoriale vers l'Etat⁸⁰⁵. Il y a donc une véritable confusion induite par ce texte qui aboutit à faire d'une compétence propre au final une compétence partagée. L'exemple de l'action commune et des contrats de ville cité plus haut abonde également dans ce sens : le risque est loin d'être négligeable et contribue indéniablement à brouiller la visibilité de l'action publique et à diluer les responsabilités des acteurs que sont l'Etat et les collectivités territoriales.

La contractualisation portant sur l'exercice des compétences n'est pas neutre dans la mesure où elle induit inévitablement des conséquences sur les finances publiques locales et nationales puisqu'elles induisent l'engagement de dépenses. Dès lors, lorsque l'Etat se sert de la contractualisation pour faire assumer aux collectivités territoriales des dépenses qui relèvent de sa propre compétence, il est possible de considérer qu'il porte ainsi atteinte à l'autonomie financière des collectivités territoriales.

B. La contractualisation comme limite à l'autonomie financière des collectivités territoriales

Le domaine des finances publiques et particulièrement des finances locales est un terrain privilégié d'expansion de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales. La question du financement des politiques publiques est au cœur de la réflexion relative à la contractualisation des relations entre l'Etat et les collectivités

⁸⁰⁴ Op.cit., p. 235

⁸⁰⁵ Ainsi que l'indique l'article 1^{er} de la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2009 à propos des contrats signés par l'Etat : « Lorsque la réalisation d'un projet relève simultanément de la compétence de plusieurs personnes publiques, ces dernières peuvent désigner par convention celle d'entre elles qui réalisera l'évaluation préalable, conduira la procédure de passation, signera le contrat et, éventuellement, en suivra l'exécution. Cette convention précise les conditions de ce transfert de compétences et en fixe le terme. » ;

territoriales dans la mesure où la contractualisation devient un outil majeur de contrôle financier des politiques publiques.

En premier lieu, le domaine des finances publiques et des finances locales est sans doute l'un des domaines les plus enclins à développer la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales dans la mesure où la logique de contrôle induite par la contractualisation est développée au niveau national par la loi organique relative aux lois de finances (LOLF) qui appelle à une gestion publique performante, donc à des mécanismes ad hoc d'évaluation et de contrôle. La contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales correspond tout à fait à cette logique de contrôle permettant d'aboutir à une « performance publique » (1). Il n'en demeure pas moins que la logique englobante de « performance publique » de la LOLF ne semble pas permettre de distinguer en son sein la « performance publique » de l'Etat de celle des collectivités territoriales.

C'est la raison pour laquelle il apparaît fondamental de confronter cette logique de performance publique au principe d'autonomie financière des collectivités territoriales ou, pour être plus précis, du principe de libre disposition par les collectivités de leurs ressources garanti par l'article 72-2 alinéa 1 de la Constitution⁸⁰⁶. La reconnaissance d'un principe de libre disposition par les collectivités de ressources qui leur sont propres est relativement récente dans l'histoire de la décentralisation. Ce caractère récent s'explique en majeure partie par le rôle néfaste de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales qui a abouti à transférer bon nombre de compétences et donc de charges aux collectivités sans se préoccuper du transfert des ressources équivalentes. Ainsi, la reconnaissance du principe de libre disposition des ressources par les collectivités territoriales apparaît comme étant lié aux effets de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales (2). La logique de performance publique doit donc s'adapter au principe de libre disposition des ressources propres aux collectivités territoriales.

⁸⁰⁶ « Les collectivités territoriales bénéficient de ressources dont elles peuvent disposer librement dans les conditions fixées par la loi »

1. La contractualisation et la performance de la gestion publique : un outil de contrôle supplémentaire

La transformation profonde de la logique directrice des finances publiques introduite par la loi organique relative aux lois de finances du 1^{er} août 2001 (LOLF) est relayée au niveau local par le processus de contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales. Même s'il y a assurément lieu de distinguer entre les finances de l'Etat de celles des collectivités territoriales, il faut considérer qu'il existe un lien fort entre elles et que la modification profonde de l'une a des conséquences durables sur l'autre : « en effet, même si le secteur local n'entre pas, juridiquement, dans le champ d'application de la LOLF, les enjeux de la performance de la gestion et de la transparence démocratique en matière de finances publiques sont également partagés par les collectivités locales »⁸⁰⁷.

La réforme introduite par la LOLF du 1^{er} août 2001 « ne se contente pas de redéfinir les rapports entre le Parlement et le gouvernement, en augmentant de manière notable les pouvoirs d'initiative et de contrôle des députés et des sénateurs, alors que l'ordonnance de 1959, dans la logique de la Constitution de 1958, avait eu au contraire pour objectif de renforcer ceux du gouvernement. Tournant le dos à la classique et parfois courtelinesque logique de moyens (qui s'attache à ne considérer que le montant des crédits alloués), il lui substitue une logique de résultats (qui, marquée par une philosophie d'entreprise, prend d'abord en considération les objectifs à atteindre), ce qui devrait entraîner des bouleversements en profondeur de la gestion publique et partant de l'organisation interne des administrations »⁸⁰⁸. Partant c'est vers une logique d'évaluation, de performance et donc de contrôle de l'action publique que tend la LOLF : logique également partagée par la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales. C'est d'ailleurs sur le terrain budgétaire et fiscal que se joue pleinement la libre administration des collectivités territoriales : il s'agit d'un domaine qui dépasse de loin le cadre de la contractualisation. Néanmoins, cette dernière apparaît comme emblématique de la tendance actuelle de l'Etat, en période de vaches maigres pour les finances publiques, de restreindre l'autonomie financière des collectivités

⁸⁰⁷ Article paru sur Bercy colloc : La LOLF et les collectivités locales, une démarche de performance déjà engagée, disponible sur : http://www.minefi.gouv.fr/notes_bleues/nbb/342/lolf.pdf

⁸⁰⁸ M. Bouvier, *La loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances*, AJDA 2011, p. 876

territoriales qui est « dangereuse » pour l'Etat tant d'un point de vue financier que politique.

La contractualisation doit donc s'analyser en lien étroits avec la problématique de la performance publique, telle qu'elle est impulsée par la LOLF. La question du financement de l'investissement est aujourd'hui au cœur de la problématique de la contractualisation des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales dans la mesure où la maîtrise du financement et son corollaire qu'est le contrôle ex-post apparaît indéniablement comme une source de contrôle supplémentaire. Cette vision des choses semble partagée par l'évaluation qui a été faite des finances locales et particulièrement des dépenses locales qui : « **Les subventions de l'Etat aux collectivités locales, par des apports financiers non intégrés aux dotations globales** qui ont accompagné la décentralisation, constituent parfois le moyen pour l'Etat de continuer à maintenir une compétence ou du moins un droit de regard sur une politique qu'il n'a pas ou plus les moyens d'exercer pleinement. Par le biais d'appels à projet (pôles de compétitivité, pôles d'excellence rurale, opérations menées par l'agence nationale de rénovation urbaine – ANRU), ou de procédures contractuelles, l'Etat cherche à orienter la dépense locale vers des secteurs spécifiques où la demande sociale est forte comme en matière d'aide à l'enfance, de culture, de tourisme, d'aide au commerce et à l'artisanat. Ce faisant et sous couvert de contribuer aux charges des collectivités locales, l'Etat incite à la dépense dans la mesure où les actions nécessitent toujours un cofinancement des collectivités territoriales. Ces concours aux collectivités locales d'un montant global de 1,7 milliards d'euros correspondent à 38 programmes différents du budget de l'Etat, recensés dans un fascicule budgétaire « jaune » annexé au projet de loi de finances »⁸⁰⁹.

La contractualisation des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales, sans revêtir un caractère juridiquement obligatoire le devient financièrement lorsqu'elle est le seul moyen pour les collectivités territoriales d'obtenir un financement : « depuis les lois de décentralisation, l'Etat est passé des relations de tutelle avec les collectivités locales à

⁸⁰⁹ Rapport de M. Pierre Richard sur les enjeux de la maîtrise de la dépense publique au niveau local, disponible sur : <http://www.performance-publique.budget.gouv.fr/les-ressources-documentaires/les-publications-de-la-db/budget-infos-la-lettre-electronique-de-la-direction-du-budget/budget-infos-n5/publications/publications-5-10.html>

des rapports contractuels, qui sans être obligatoires sont fortement incitatifs du fait de la condition qu'ils représentent pour bénéficier des financements nationaux »⁸¹⁰.

Il faut ajouter que les pouvoirs de contrôle qui découlent de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales constituent un atout majeur dans une perspective de maîtrise des finances publiques au niveau local, ce qui assure à l'Etat un pouvoir de contrôle financier supplémentaire. Pour autant, la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales mériterait d'être repensée à la lumière des enseignements tirés de l'application de la LOLF tant il semble que l'Etat prenne parfois à la légère les engagements financiers qu'il souscrit au titre de la contractualisation. C'est le cas des contrats de plan, ainsi qu'un observateur le faisait remarquer : « la LOLF conduit à s'interroger sur l'évolution des relations contractuelles entre l'Etat et les collectivités territoriales et tout spécialement sur les contrats de plan Etat-région. (...) Les contrats de plan sont devenus une machinerie administrative complexe, peu transparente – l'Etat ne connaît pas avec précision le montant et la ventilation des crédits qu'il y affecte ! - et qui donne lieu à des financements croisés dont la justification est contestable. L'application de la LOLF, conjuguée à une nouvelle étape de la décentralisation donnerait vraisemblablement le coup de grâce à la formule actuelle »⁸¹¹.

En mettant en œuvre un approfondissement du contrôle de la dépense publique et de son évaluation, la logique de la LOLF trouve un écho et un relai extrêmement fort dans le cadre de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales. Partant, il y a tout lieu de penser que la contractualisation a toutes les raisons de prospérer à l'avenir, même si le cadre qu'elle adopte actuellement n'apparaît pas servir au mieux le principe d'autonomie financière des collectivités territoriales, dans la mesure où la culture du résultat qu'elle impulse est avant tout pensée au niveau de l'Etat et non pas au niveau des collectivités territoriales. La constitutionnalisation et la construction en cours du principe d'autonomie financière des collectivités territoriales apparaissent comme la volonté d'ériger un véritable pouvoir financier des collectivités territoriales, également d'un point de vue fiscal. Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si celui-ci s'est construit

⁸¹⁰ E. Portal, *La gouvernance contractuelle des territoires : acteurs et enjeux* in M. Leroy et E. Portal (dir.), *Contrats, finances, territoires*, L'Harmattan 2006, p. 73

⁸¹¹ H. Guillaume, G. Dureau et F. Silvent, *Gestion publique : l'Etat et la performance*, Presses de Sciences PO et Dalloz 2002, p. 212

essentiellement contre la logique inhérente à la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales.

2. La logique de performance et la contractualisation contre l'autonomie financière des collectivités territoriales

La construction d'un principe d'autonomie financière des collectivités territoriales plus exactement de libre disposition des ressources qui leur sont accordées est à mettre en lien avec les conséquences induites par la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales.

En effet, la plupart des transferts de compétences et surtout de charges de l'Etat vers les collectivités territoriales se sont opérés par l'intermédiaire de la contractualisation ainsi que cela a pu être déjà observé : « à travers les contrats de plan, d'autres formes de contractualisation, ou par simple carence, l'Etat obtient la prise en charge par les collectivités territoriales de dépenses relevant de sa compétence »⁸¹² A cet égard, l'exemple de l'enseignement supérieur est instructif dans la mesure où, par l'intermédiaire du contrat de projet Etat-région, l'Etat a pu faire supporter aux collectivités territoriales une part substantielle de la réalisation d'équipements universitaires au titre du plan Université 2000 puis du plan « Université 3^e millénaire ».

Le caractère essentiellement directif et rarement impératif des instruments de la contractualisation est de nature à rendre aléatoire la réalisation des engagements notamment financiers souscrits. Dès lors, particulièrement d'un point de vue financier, la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales est source de grande incertitude pour celles-ci. Ainsi que le relève un membre du conseil économique et social: « cette interprétation est renforcée par la clause stipulée dans tous les CPER suivant laquelle le respect par l'Etat de ses engagements est subordonnée à l'inscription des crédits afférents en loi de finances, ceci en respect du principe d'annualité budgétaire. C'est là le principal obstacle à une contractualisation pluriannuelle à caractère contraignant »⁸¹³.

⁸¹² J-P. Brunel, *L'avenir de l'autonomie financière des collectivités territoriales*, La documentation française 2001, p. 48

⁸¹³ J-P. Brunel, *L'avenir de l'autonomie financière des collectivités territoriales*, op.cit., p. 130

Cette situation explique dans une large mesure la réforme constitutionnelle introduite par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 qui introduit, entre autres dispositions, d'une part : que « Les collectivités territoriales bénéficient de ressources dont elles peuvent disposer librement dans les conditions fixées par la loi » et d'autre part que : « Tout transfert de compétences entre l'État et les collectivités territoriales s'accompagne de l'attribution de ressources équivalentes à celles qui étaient consacrées à leur exercice. Toute création ou extension de compétences ayant pour conséquence d'augmenter les dépenses des collectivités territoriales est accompagnée de ressources déterminées par la loi ». Ces dispositions ont été précisées par une loi organique du 29 juillet 2004. Il faut observer avec M. Bouvier qu'en matière de finances locales « deux directions différentes sont en présence : soit celle qui a été empruntée ces dernières années et qui consiste à réduire l'autonomie fiscale des collectivités territoriales en faisant progressivement disparaître par pans entiers les principaux impôts locaux et en leur substituant des compensations vouées à se transformer en dotations ; soit celle de la responsabilisation en assurant un pouvoir fiscal minimum aux collectivités territoriales »⁸¹⁴. Il faut néanmoins relever, de manière plus large, que c'est sur le terrain « d'une autonomie financière conditionnée par l'existence d'une certaine autonomie fiscale et prenant acte que les collectivités locales ne sont plus de simples espaces de gestion, que se joue l'avenir de la décentralisation »⁸¹⁵.

Il faut ajouter à cela que la contractualisation de dotations de l'Etat aux collectivités territoriales n'a pas été heureuse jusqu'à présent dans la mesure où la dotation de développement urbain, précédemment évoquée, a pu aboutir à un contrôle plus étroit des collectivités territoriales en sortant de la logique de l'enveloppe globale qui l'emportait jusqu'à présent pour aboutir à une logique de résultat.

En toute logique, cette réforme constitutionnelle devrait aboutir à limiter l'utilisation de la contractualisation dans l'hypothèse où les engagements financiers de l'Etat sont liés à la réalisation d'objectifs prédéterminés. Néanmoins, l'Etat conserve la possibilité « d'inciter » les collectivités territoriales à contracter avec lui pour mettre en œuvre les objectifs qu'il définit en matière de politiques publiques. Dès lors, il n'est pas possible

⁸¹⁴ M. Bouvier, M-C. Esclassan et J-P. Lassale, *Finances publiques*, LGDJ 2008, 9^e éd., p. 782

⁸¹⁵ Op.cit., p. 785

de considérer – même à l’aune de la révision constitutionnelle de 2003 – que la contractualisation sert davantage l’autonomie financière des collectivités territoriales.

Si la réforme constitutionnelle de 2003 constitue un pas en avant indiscutable, il semble toutefois qu’elle ne déploie pas l’ensemble de ses effets dans la mesure où les principes qu’elle énonce ont besoin d’être constamment réaffirmés. A telle enseigne que le Sénat a récemment adopté une résolution relative au respect des droits et libertés des collectivités territoriales visant précisément à remettre au centre du débat l’autonomie financière des collectivités territoriales. Celui-ci « Rappelle que le principe de libre administration des collectivités territoriales, principe de rang constitutionnel, s’impose au législateur et à toutes les autorités administratives ; Rappelle que l’autonomie financière des collectivités territoriales est une garantie constitutionnelle de bénéficier de ressources propres ; Affirme la nécessité d’une compensation intégrale des transferts de compétences de l’État vers les collectivités (...) »⁸¹⁶.

Il apparaît donc nécessaire de réfléchir à la mise en œuvre de correctifs à la contractualisation afin que celle-ci ne soit pas un instrument du déséquilibre des relations entre l’Etat et les collectivités territoriales. De tels correctifs sont possibles si l’on raisonne à système juridique constant, à condition de replacer la contractualisation dans la théorie générale de la décentralisation lui permettant ainsi de la faire réellement progresser.

§ 2 : La mise en œuvre de correctifs à la contractualisation permettant de rééquilibrer la relation Etat-collectivités territoriales

Il faut reconnaître, de prime abord, qu’il existe un profond paradoxe entre la demande croissante des collectivités territoriales de recourir à la contractualisation alors même que, juridiquement, la contractualisation des relations entre l’Etat et les collectivités territoriales présente un caractère profondément asymétrique.

⁸¹⁶ Résolution du 3 avril 2013 relative au respect des droits et libertés des collectivités territoriales, texte n° 385, disponible sur : <http://www.senat.fr/leg/tas12-128.html>

Il n'y a, en réalité, de paradoxe que dans la mesure où l'attitude de l'Etat et la demande des collectivités territoriales procèdent de deux démarches décentralisatrices différentes et donc postulent deux modèles d'organisation administrative différentes. Rechercher des correctifs à la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales suppose en premier lieu de faire un choix de modèle de développement de la décentralisation territoriale. A cet égard, le récent projet de loi de décentralisation pourrait constituer un terreau favorable s'il permettait de traduire juridiquement une volonté politique de changement d'attitude de la part de l'Etat dans la décentralisation territoriale.

Si ce choix était fait en conscience, tant juridiquement que politiquement, alors les correctifs de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales se mettraient en place naturellement dans la mesure où ils procèdent davantage d'un changement de finalités que d'un changement de moyens. En effet : la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales permet de considérer que le passage de la tutelle administrative au contrôle de légalité n'est pas encore totalement opéré dans la mesure où la contractualisation induit et parfois même dépasse les prérogatives de la tutelle administrative.

La recherche de correctifs à la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales implique donc, en premier lieu, de redéfinir les principes directifs de la décentralisation entre l'Etat et les collectivités territoriales (A) permettant ainsi de proposer un certain nombre de transformations des pouvoirs de contrôle dévolus à l'Etat dans le cadre de la contractualisation avec les collectivités territoriales (B).

La contractualisation ainsi repensée serait de nature à rétablir de l'équilibre dans la relation entre l'Etat et les collectivités territoriales et donner davantage de consistance à la décentralisation territoriale. Ainsi, la contractualisation concourrait réellement au renforcement du principe de libre administration des collectivités territoriales.

A. La contractualisation oblige à une redéfinition des principes de la décentralisation territoriale

Les limites et l'usure du système juridique et politique auxquelles aboutit aujourd'hui la contractualisation impose de repenser le modèle de la décentralisation territoriale. La

volonté de redéfinir les principes de la relation Etat-collectivité territoriale est pourtant bien présente, en tout cas du côté des collectivités territoriales. La globalisation juridique, la modification de l'action publique implique nécessairement que les tendances naturelles de l'Etat jacobin vont finir par céder. La seule interrogation réside dans le choix du moment.

La contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales ne fonctionne pas convenablement dans la mesure où elle est en opposition avec la logique traditionnelle décentralisatrice (1). Cette logique française de décentralisation conduit à penser l'ensemble des rapports entre le centre et la périphérie d'un point de vue essentiellement autoritaire qui ne fait que rappeler l'opposition centralisation/décentralisation. A l'inverse, la contractualisation suggère le partenariat et la codécision. Ce n'est qu'en prenant toute la mesure de la logique induite par la contractualisation et en acceptant le modèle qu'elle postule qu'il sera possible de lui assurer un fonctionnement sain et de nature à servir de manière réciproque la relation Etat-collectivités territoriales (2).

1. La contractualisation souligne les limites du modèle traditionnel de décentralisation

Le développement de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales sonne le glas d'un modèle traditionnel de décentralisation territoriale fondé d'une part, sur un mode de relations autoritaire de la part de l'Etat et, d'autre part, sur un traitement mineur des collectivités territoriales que résume dans une large mesure l'expression « tutelle administrative ». Ainsi, M. Hauriou définissait-il la décentralisation comme « un mouvement national et même de souveraineté nationale ; il tend à faire participer la nation à l'administration locale et aussi à l'administration spéciale en constituant des organes administratifs nommés à l'élection et doués d'autonomie sous le contrôle du pouvoir central. (...) Enfin la décentralisation ne détruit ni l'unité, ni même l'uniformité de l'administration publique ; elle n'est qu'une modalité de l'administration publique étatique dont elle conserve la physionomie générale (...) »⁸¹⁷. Cette conception héritée de l'Ancien Régime a perduré jusqu'en 1958 faisant de la décentralisation « une notion purement technique, qui est l'expression d'un processus partant de l'Etat : celui-ci

⁸¹⁷ M. Hauriou, *Précis élémentaire de droit administratif*, Sirey 1925, p. 30-31

consent à abandonner un certain nombre de prérogatives au profit de collectivités locales »⁸¹⁸.

Le cadre global – économiquement, politiquement et juridiquement – dans lequel s’insère les rapports entre l’Etat et les collectivités territoriales invite à repenser en profondeur les politiques publiques mais également les rapports juridiques qui doivent nécessairement en découler. La contractualisation apparaît comme un processus imparfait dans la mesure où elle bute inlassablement sur des conceptions juridiques et politiques héritées d’une conception de l’Etat qui s’est faite contre la reconnaissance de pouvoirs locaux. A ceci doit s’ajouter la croyance dans le fait que l’intérêt général ne peut être pleinement déterminé que de manière uniforme au niveau central : « la vision que nous avons de la souveraineté démocratique et de l’égalité induit chez nous volontiers la conviction de ce que les politiques publiques doivent et peuvent être conçues dans un creuset unique, celui que dessine la représentation nationale, et doivent et peuvent être mises en œuvre sur un mode uniforme, garant du respect de l’égalité des citoyens »⁸¹⁹.

La problématique de la fabrique du droit est également au cœur de la contractualisation alors même que la conception traditionnelle du droit des collectivités territoriales fait de celui-ci « du droit fait par l’Etat et pour les collectivités territoriales. Sa finalité consiste à établir les règles dictant ce que les collectivités doivent faire, ce qu’elles peuvent faire et ne peuvent pas faire »⁸²⁰. La contractualisation entre l’Etat et les collectivités territoriales suggère une transformation profonde des modes d’élaboration du droit en mettant en œuvre une structure partenariale ayant pour objet d’élaborer la norme applicable, sortant ainsi de l’uniformité du droit suggérée par la conception classique du droit des collectivités territoriale, même si la réforme constitutionnelle du 28 mars 2003 a remis en cause dans une certaine mesure l’uniformité de la loi en permettant le recours à l’expérimentation.

⁸¹⁸ F. Priet, *Sur une notion désormais constitutionnalisée : la décentralisation* in Mélanges Jégouzo, *Terres du droit*, Dalloz 2009, p. 251-252

⁸¹⁹ J-B. Auby, *Réflexions sur la territorialisation du droit* in Mélanges J-C. Douence, *Profondeur du droit local*, Dalloz 2006, p. 2

⁸²⁰ B. Faure, *Une théorie de l’uniformité de la loi et ses effets sur le droit des collectivités territoriales*, in Mélanges J-F. Lachaume, *Le droit administratif : permanences et convergences*, Dalloz 2007, p. 497

Il n'en demeure pas moins que la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales invite à repenser l'action publique dans une relation Etat-collectivités territoriales renouvelée reposant sur de nouveaux concepts-directeurs, donc un nouveau vocabulaire qui a déjà rencontré précédemment. C'est le cas du partenariat ou encore de la notion de territoire qui invite à penser celui-ci en commun avec l'ensemble des acteurs qui adoptent en commun la norme qui lui sera applicable.

Ainsi, les principes dégagés par la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales apparaissent en contradiction nette avec la conception traditionnelle de la décentralisation territoriale qui envisage celle-ci comme une « manière d'être différente » de l'Etat sans jamais envisager la problématique de la décentralisation du point de vue des collectivités territoriales ou de manière concertée avec elles. La contractualisation invite, à l'inverse, à penser l'action commune ensemble même si les modalités de sa mise en œuvre et les pouvoirs de contrôle qui en découlent ne participent pas pleinement à la garantie de la libre administration des collectivités territoriales.

Une mise en cohérence du système n'est pas à écarter dans la mesure où plusieurs réformes constitutionnelles tentent de mettre juridiquement en cohérence ces deux visions de la décentralisation qui semblent actuellement antagonistes. Ainsi, la réforme constitutionnelle du 28 mars 2003 en inscrivant à l'article 1^{er} de la Constitution l'organisation décentralisée de la République permet-elle d'augurer un certain nombre d'évolutions favorables permettant à la contractualisation de déployer l'ensemble de ses effets. Encore faut-il s'accorder sur le modèle d'organisation porté par la décentralisation administrative.

2. Une contractualisation vertueuse suppose la mise en place d'un nouveau modèle de décentralisation

Les choix et les options de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales supposent d'accorder le modèle de décentralisation français au schéma qu'elle propose. A cet égard, Charles Eisenmann a pu développer une théorisation

intéressante⁸²¹ des modèles de décentralisation qu'il convient de rappeler brièvement. Ce qu'il appelle « semi-décentralisation » semble correspondre au schéma proposé par la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales.

Charles Eisenmann pose comme préalable à toute réflexion sur l'organisation administrative la question de savoir si pour une activité donnée, celle-ci sera accomplie par les mêmes agents pour tout l'Etat ou par des agents différents selon les cas. L'organe central se définit ainsi comme étant investi d'une fonction qu'il exerce pour toute la collectivité étatique sans restriction alors que l'organe décentralisé ne sera compétent que pour une fraction de cette même collectivité. Dès lors, le caractère central ou non se trouve lié au nombre de personnes concernées par la norme édictée : on parle alors de compétence personnelle.

Au niveau d'une collectivité étatique, dès lors qu'une fonction exercée l'est *erga omnes*, la compétence personnelle est totale. Si, au contraire, elle est limitée à un groupe d'individus, elle sera considérée comme partielle. La centralisation suppose un seul centre ; la décentralisation une pluralité.

Partant, Charles Eisenmann considère qu'il existe trois types d'organes disposant du pouvoir de décision ou organes suprêmes. Soit, en premier lieu, un organe suprême « central » ayant compétence pour agir envers l'ensemble de la collectivité (compétence personnelle totale) soit, en second lieu un organe suprême « non-central » ayant alors une compétence limitée à une fraction de la collectivité (compétence personnelle partielle), soit en troisième et dernier lieu, un organe suprême « mixte » (non central et central) composé à la fois d'éléments centraux et non centraux.

Selon cet auteur, un troisième niveau doit s'ajouter à celui de la centralisation et de la décentralisation : celui de la semi-décentralisation. Dans le cas du schéma posé par le couple centralisation/décentralisation, deux hypothèses de travail apparaissent. La première relève de la centralisation ou de la décentralisation « pures », c'est-à-dire que l'activité est exclusivement assurée par l'organe central ou un organe non central. La

⁸²¹ C. Eisenmann, *La centralisation et la décentralisation : principes d'une théorie juridique*, RDP 1947, p. 27 à 53, 163 à 197 et 241 à 295 ; C. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, LGDJ 1982, t. 1 p. 157 à 296

seconde concerne la centralisation ou la décentralisation « relatives » : un organe central et un organe non central participent conjointement à une activité dont la maîtrise appartient finalement à un organe central (centralisation relative) ou bien à un organe non central (décentralisation relative).

Dans le cas de la semi-décentralisation, la maîtrise d'une activité va revenir à une série d'organes mi-décentralisés mi-centraux. La seule solution permettant de faire de ces deux organes les « maîtres » de l'activité est de les y faire participer sur un pied d'égalité juridique : leur consentement mutuel devient alors indispensable. Le point central est ici la liberté de décision de chaque organe : l'entrée en vigueur de l'acte sera ainsi conditionnée par une double décision libre. On peut également distinguer entre semi-décentralisation symétrique et asymétrique. La semi-décentralisation symétrique est réalisée dès lors que le droit d'initiative et de participation sont reconnus aussi bien à l'un qu'à l'autre organe. La semi-décentralisation asymétrique, quant à elle, survient lorsque les organes centraux et décentralisés ne se voient pas reconnaître les mêmes prérogatives. L'asymétrie est alors dite forte si l'un des organes dispose de la maîtrise de l'initiative et de la fixation du fond des normes. Elle sera considérée comme faible s'il n'en a la maîtrise que de la fixation.

La semi-décentralisation semble, du point de vue théorique, tout à fait adapté à la philosophie générale qui s'attache à la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales : il s'agit bien de favoriser de manière paritaire l'adoption d'une norme commune en présence d'organes centralisés et décentralisés. Au besoin, la contractualisation fournit une structure institutionnelle paritaire *ad hoc*. Pour que ce modèle fonctionne, il est nécessaire, d'une part, de libérer l'initiative contractuelle de manière à ce qu'elle n'établisse pas une asymétrie entre les acteurs et permette l'adoption par consentement mutuel de la norme tout en organisant, d'autre part, des modalités de mise en œuvre et d'application de la norme ainsi adoptée qui n'aboutissent pas à une tutelle administrative supplémentaire, ce qui est aujourd'hui le cas.

Tout en restant dans le cadre de la décentralisation administrative française, cette remis en ordre conceptuelle apparaît comme un préalable indispensable à la mise en œuvre de correctifs à la contractualisation. En effet, c'est toute la finalité et le mode de pensée de

la décentralisation territoriale qui doit être revue afin de donner à la contractualisation tout ses effets et lui permettre ainsi d'assurer pleinement la libre administration des collectivités territoriales.

B. L'évolution nécessaire des pouvoirs de contrôle de l'Etat dans le cadre de la contractualisation avec les collectivités territoriales

Les correctifs à la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales supposent qu'il y ait une prise de conscience du système juridique dans lequel la décentralisation territoriale est pensée. Ainsi, pour que la contractualisation déploie la plénitude de ses effets et qu'elle apparaisse vertueuse au regard du principe de libre administration des collectivités territoriales, il faut résolument que la décentralisation territoriale se rapproche consciemment du modèle de semi-décentralisation tel qu'il a été esquissé par Charles Eisenmann. Il s'agit d'un profond changement de paradigme qui repose sur deux piliers.

Le premier d'entre eux est une évolution de la finalité du contrôle de l'Etat sur les collectivités territoriales. Si la loi du 2 mars 1982 a supprimé officiellement la tutelle de l'Etat, elle n'a pas supprimé pour autant tout contrôle de l'Etat pour motif d'opportunité qui est l'obstacle dirimant de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales. Il est nécessaire, afin de lever cet obstacle, de modifier la Constitution en ce sens (1).

Le second pilier réside dans l'amélioration de la qualité juridique de la contractualisation et la sécurisation corrélative de celle-ci. Seul un véritable caractère juridiquement contraignant qui s'attache à la contractualisation serait de nature à lui conférer une réelle portée et, par la même occasion, permettrait de renforcer le principe de libre administration des collectivités territoriales. Cette évolution nécessaire passe par une évolution des méthodes du juge administratif et par une réelle prise en considération du caractère directif propre aux conventions d'administration (2).

1. Un préalable souhaitable : la suppression des contrôles pour motif d'opportunité

La critique majeure qui peut être faite à l'encontre de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales est qu'elle aménage des possibilités de contrôle pour motif d'opportunité, permettant par la même de parler de résurgence de la tutelle administrative.

Le contrôle pour motif d'opportunité comme le contrôle a priori qui résultent des pouvoirs de l'Etat au titre de la contractualisation sont autant de freins au principe de libre administration des collectivités territoriales qu'il importe de supprimer afin de réaliser pleinement la contractualisation dans la cadre de la semi-décentralisation qu'elle postule.

Cela semble toutefois difficilement réalisable eu égard à l'histoire des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales dans le modèle français de décentralisation. Il n'en demeure pas moins que certains aménagements importants sont possibles.

La décision du Conseil constitutionnel du 25 février 1982⁸²² apporte néanmoins un certain nombre d'enseignements importants eu égard à la place du contrôle de l'Etat sur les collectivités territoriales dans le cadre constitutionnel de l'époque. Ainsi, le Conseil constitutionnel relève-t-il tout d'abord: « que le principe de légalité exige à la fois le respect des attributions du législateur et celui des règles supérieures de droit par lesquelles la Constitution adoptée par le peuple français a proclamé l'indivisibilité de la République, affirmé l'intégrité du territoire et fixé l'organisation des pouvoirs publics »⁸²³. Ensuite, il considère que « si la loi peut fixer les conditions de la libre administration des collectivités territoriales, c'est sous la réserve qu'elle respecte les prérogatives de l'Etat énoncées à l'article 3 de cet article ; que ces prérogatives ne peuvent être ni restreintes ni privées d'effet, même temporairement ; que l'intervention du législateur est donc subordonnée à la condition que le contrôle administratif prévu par l'article 72, alinéa 3, permette d'assurer le respect des lois et, plus généralement, la sauvegarde des intérêts nationaux auxquels, de surcroît, se rattache l'application des engagements internationaux contractés à cette fin »⁸²⁴.

⁸²² Cons.const., déc n° 82-137 DC du 25 février 1982, Rec. CC, p. 38, précitée

⁸²³ Cons. 3

Eu égard aux modifications constitutionnelles qui sont intervenues par la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, cette décision n'aurait probablement pas été rendue dans les mêmes termes. Il faut tout d'abord relever, sans surprise, que cette décision qui rappelle le principe du caractère unitaire de l'Etat se fait en des termes qui consacrent en réalité l'uniformité de la loi (au sens large) sur l'ensemble du territoire en rattachant ce principe à l'indivisibilité de la République. Or, « affirmer que les cas d'uniformité de la loi découlent de l'indivisibilité de la République, comme ce fût le cas à l'occasion des débats parlementaires sur l'expérimentation relève d'une rigueur simplificatrice »⁸²⁵. De plus, cette question de l'uniformité de la loi est en prise directe avec l'application du principe d'égalité par le juge constitutionnel qui se rattache à une conception jacobine de l'égalité alors même que la globalisation du droit implique de plus en plus de différencier les acteurs et donc les normes qui leur sont applicables : « tout se passe comme s'il fallait rejeter tout inégalité forcément ressentie comme une injustice. Mais pourquoi faudrait-il que le montant d'une prestation sociale soit le même en province et à Paris où les conditions matérielles d'existence sont incomparables ? C'est là qu'apparaît toute l'ambiguïté du principe d'égalité : sous couvert du même mot, on peut s'orienter vers des objectifs d'inspiration contraire »⁸²⁶. La reconnaissance du droit à l'expérimentation et donc le droit à des normes différenciées renouvelle le débat et ouvre la porte à la possible reconnaissance d'une gouvernance contractuelle permettant l'élaboration de normes différenciées. A condition, assurément – et c'est l'autre condition évoquée par la décision du Conseil constitutionnel précitée – que soient respectées les prérogatives de l'Etat.

La définition large du contrôle administratif donnée par le Conseil constitutionnel ne permet pas de circonscrire l'étendue de celui-ci : elle laisse subsister l'idée d'une tutelle pouvant être exercée pour motif de légalité ou d'opportunité, le choix ou le non-choix entre ces deux conceptions revenant au législateur. La rédaction actuelle de l'article 1^{er} de la Constitution laisse supposer qu'il pourrait en être autrement. Dans une décision du 6 décembre 2007⁸²⁷ le Conseil constitutionnel apportait déjà un tempérament à sa

⁸²⁴ Cons. 4

⁸²⁵ B. Faure, *Une théorie de l'uniformité de la loi et ses effets sur le droit des collectivités territoriales*, op.cit., p. 501

⁸²⁶ B. Faure, *Une théorie de l'uniformité de la loi et ses effets sur le droit des collectivités territoriales*, ibid. p. 503-504

⁸²⁷ Cons.const., déc. n° 2007-559 DC du 6 décembre 2007, *Loi organique tendant à renforcer la stabilité des institutions et la transparence de la vie politique en Polynésie française*, Rec. CC, p. 439 ; note X. Magnon, RFDC 2008, p. 283 ; chron. T. Rambaud et A. Roblot-Troizier, RFDA 2008, p. 603

jurisprudence de 1982 en encadrement de manière précise le pouvoir de substitution d'action du haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie en considérant « qu'il appartient donc au législateur de prévoir l'intervention du représentant de l'État pour remédier, sous le contrôle du juge, aux difficultés résultant de l'absence de décision de la part des autorités décentralisées compétentes en se substituant à ces dernières lorsque cette absence de décision risque de compromettre le fonctionnement des services publics et l'application des lois ; que les conditions posées pour l'exercice par le délégué du Gouvernement de ses pouvoirs de substitution doivent être définies quant à leur objet et à leur portée »⁸²⁸. Comme le souligne M. Priet, cette évolution n'est pas sans lien avec la ratification par la France de la charte européenne de l'autonomie locale qui montre « qu'elle partage une même conception de l'autonomie locale, et que cette communauté politique et juridique est parfaitement possible quelle que soit l'organisation constitutionnelle des Etats »⁸²⁹.

La lecture des stipulations de l'article 8 § 2 de la charte de l'autonomie locale⁸³⁰ est également instructive : « Tout contrôle administratif des actes des collectivités locales ne doit normalement viser qu'à assurer le respect de la légalité et des principes constitutionnels. Le contrôle administratif peut, toutefois, comprendre un contrôle de l'opportunité exercé par des autorités de niveau supérieur en ce qui concerne les tâches dont l'exécution est déléguée aux collectivités locales ». Ainsi, le contrôle pour motif d'opportunité ne subsiste que pour les compétences déléguées par l'Etat et non pas pour les compétences transférées. Il n'en demeure pas moins qu'en l'absence d'une traduction similaire dans le texte de la Constitution du 4 octobre 1958 ou de la poursuite d'une évolution en ce sens par le juge constitutionnel, la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales supposera toujours l'existence de contrôles pour motif d'opportunité.

Cette évolution importante du droit constitutionnel permettrait d'ancrer réellement la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales dans un cadre renouvelé de la libre administration des collectivités territoriales permettant ainsi de réaliser pleinement la décentralisation territoriale. Cette évolution paraît envisageable dans la mesure où certains

⁸²⁸ Décision précitée, cons. 19

⁸²⁹ F. Priet, *L'Urbanisme est-il soluble dans le contrat ?*, AJDA 2011, p. 2157

parlementaires évoquent « le principe constitutionnel de la libre administration des collectivités territoriales et (...) son corollaire le principe de libre contractualisation entre les collectivités territoriales »⁸³¹. Néanmoins, cette évolution doit s'accompagner d'une sécurisation juridique des instruments de la contractualisation.

2. Le renforcement de la sécurité juridique des instruments de la contractualisation

Ainsi que le relève le rapport *Agir ensemble* qui prône un développement de la contractualisation : « La confiance est un élément fondamental de la relation contractuelle. Celle-ci passe entre autre par le respect des engagements des cocontractants. Or, actuellement, le contrat manque de flexibilité face aux aléas financiers, conjoncturels ou politiques. Dès lors, une **contractualisation sur la méthode** permet de créer les conditions de la liberté et de la flexibilité. Il s'agit de systématiser, dans chaque contrat, une partie dédiée aux modalités d'application et d'aménagement du contrat. Les acteurs sont libres de trouver la meilleure organisation, mais l'existence de cet accord de méthode est imposée »⁸³². Il faut y voir une volonté de sécuriser les relations juridiques qui découlent de la contractualisation en s'assurant tant en amont qu'en aval de la bonne exécution des obligations qui en découlent.

Le contexte général de la contractualisation ne plaide pourtant pas, de prime abord, dans le sens d'une plus grande sécurisation des instruments de la contractualisation, ainsi que le rappelle le Conseil d'Etat : « Habitué à signer de nombreux contrats, dont de faux qui ne l'engagent pas, l'État a contribué à jeter le doute sur la promesse et sur le contrat : il promet beaucoup et n'honore pas toujours ses engagements. **Promouvoir la civilisation du contrat requiert au premier chef que l'État restaure la confiance dans la promesse et dans le contrat, en se pliant lui-même entièrement à ses règles.** C'est aussi la raison pour laquelle le Conseil d'État est favorable à la reconnaissance de la valeur juridique de certaines des conventions signées par l'État et propose de les assortir, si possible, d'une sanction, pour mieux inciter à leur respect ». Toutefois, vis-à-vis de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales, il apparaît : « désormais incongru que l'État puisse, sans aucune

⁸³⁰ Disponible sur : <http://conventions.coe.int/treaty/fr/treaties/html/122.htm>

⁸³¹ Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles, Par M. René VANDIERENDONCK, p. 50 et 103

⁸³² Rapport *Agir Ensemble*, préc., p. 25

conséquence, se soustraire à des engagements qui conditionnent le développement des territoires »⁸³³. Un changement digne d'attitude de la part de l'Etat serait qu'il ne signe que les engagements qu'il se sait en capacité d'honorer.

Le Conseil d'Etat plaide ainsi pour la reconnaissance du caractère directif des conventions d'administration qui constituent la part la plus importante de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales, à l'instar de ce qu'il a déjà fait en matière de directives ministérielles sur le fondement de la jurisprudence *Jamart*⁸³⁴ et *Crédit foncier de France*⁸³⁵ : « Il s'agit donc tout simplement de tirer les conséquences de l'existence de deux grands types de normes à la disposition de l'administration, l'acte unilatéral et l'acte négocié, et d'admettre, dans la ligne de la jurisprudence *Jamart*, que l'administration peut déterminer son organisation interne aussi bien par mesure conventionnelle que par mesure unilatérale ». Allant dans cette même direction, M. Hourson considère nécessaire de « toujours admettre la possibilité pour un requérant de se prévaloir de la méconnaissance des directives conventionnelles. Une telle faculté vaudrait tant pour les parties que pour les tiers. Cela permettrait d'unifier les règles applicables et de conférer toute leur utilité aux conventions d'administration »⁸³⁶.

L'effet directif des stipulations contenues dans les conventions d'administration supposent qu'elles puissent être excipées par des tiers à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir quand bien même elles aient un effet relatif. Précisément, une telle reconnaissance serait non seulement de nature à conforter la sécurité juridique des relations naissant sur le fondement des dispositifs contractuels mais également le principe de libre administration des collectivités territoriales en s'assurant par là d'une véritable sanction consécutive aux manquements de l'Etat aux obligations qu'il aurait contractées. Il serait ainsi logique de s'aligner sur la jurisprudence du Conseil d'Etat concernant les directives de l'administration où celui-ci considère que le tiers est recevable à invoquer le bénéfice d'une directive mais n'est pas fondé à en contester l'illégalité sauf à considérer que celle-ci a une valeur impérative⁸³⁷.

⁸³³ Conseil d'Etat, *Rapport public pour 2008 : Le contrat mode d'action publique et de production de normes*, op.cit., p. 229-230

⁸³⁴ CE, Sect., 7 février 1936, *Jamart*, Rec. CE, p. 172 ; GAJA 18° éd. n° 48

⁸³⁵ CE, Sect., 11 décembre 1970, *Crédit foncier de France*, Rec. CE, p. 750 ; GAJA 18° éd. n° 84

⁸³⁶ S. Hourson, *Les conventions d'administration*, op.cit., p. 502, n° 814

⁸³⁷ CE, Sect. 18 décembre 2002, *Mme Duvignères*, Rec. CE, p. 463, concl. Fombeur ; RFDA 2003, p. 274, concl. Fombeur et 510, note Petit ; AJDA 2003, p. 487, chr. Donnat et Casas ; JCP A 2003, n°5, p. 94 comm. J. Moreau ; LPA 23 juin 2003, note Combeau . Mélanges F. Moderne, p. 357, art. Prétot

Cette évolution pourrait ainsi s'inscrire pleinement dans l'évolution de l'office du juge du contrat que le Conseil d'Etat a mise en œuvre et qu'il a su appliquer très tôt aux contrats conclus entre l'Etat et les collectivités territoriales. Il semble que le contrôle du juge sur ces instruments de la contractualisation soit déjà efficace et que la reconnaissance du caractère directif d'autres stipulations permettrait d'affiner ce contrôle en le rendant pleinement efficace.

Les correctifs qui sont ici proposés relèvent davantage d'évolutions de mentalités et de conception des relations Etat-collectivités qui dépendent en premier lieu des juridictions : qu'il s'agisse du Conseil d'Etat ou du Conseil constitutionnel. Toutefois, le caractère éminemment politique de la matière explique dans une large mesure les raisons pour lesquelles le(s) juge n'a/n'ont pas fait évoluer son/leur contrôle en la matière. La mise en cohérence ici souhaitée implique donc, une fois encore, l'adéquation du discours politique au contenu juridique qui est censé le mettre en œuvre : cette décision revient d'abord à la représentation nationale, qu'elle prenne la forme d'une loi ou d'une révision constitutionnelle.

CONCLUSION DU TITRE II

La contractualisation des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales est aujourd'hui conçue pour l'essentiel comme un vaste processus de recentralisation, même si ce dernier est silencieux.

Malgré le recul « officiel » de la tutelle administrative et son remplacement par le contrôle de légalité, la contractualisation semble non seulement avoir échappé à cette évolution mais elle semble surtout en avoir été le contrepoids juridique dans la mesure où elle a permis de réintégrer un contrôle pour motif d'opportunité. L'Etat s'est vu ainsi doter de vastes pouvoirs par les contrats et les conventions qu'il conclut avec les collectivités territoriales : il en maîtrise pour l'essentiel le processus et apparaît ne pas être lié par les engagements qu'il souscrit.

Il en résulte une situation de grande instabilité juridique pour les collectivités territoriales et pour le citoyen : outre une difficile prévisibilité de la norme, la contractualisation rend l'action publique très difficilement prévisible faute de financements nécessaires. Sur ce point, précisément, la contractualisation apparaît aujourd'hui à un tournant majeur dans la mesure où, d'une part, l'Etat n'est plus financièrement capable d'assumer seul la réalisation des politiques publiques : il a besoin du concours des collectivités territoriales. D'autre part, l'intégration d'acteurs privés dans le cadre même de relations qui autrefois n'étaient que bilatérales démontre clairement que le besoin de financement devient pressant et que les personnes publiques sont aujourd'hui dans une difficulté grandissante pour financer seules les politiques publiques.

La régression du poids financier de l'Etat a pour conséquence une perte de crédibilité de celui-ci auprès des collectivités territoriales et, progressivement, un déclin de son pouvoir. Il suffit que l'Etat assume cette situation en reconnaissant une fois pour toutes qu'il est entré dans une ère du partenariat avec les collectivités locales. Ce partenariat exclut en toute logique un contrôle pour motif d'opportunité ou bien encore un contrôle a priori. Il suffit donc de peu de choses pour que la contractualisation devienne vertueuse et tienne ses promesses vis-à-vis des collectivités territoriales. Toutefois, une telle décision si elle apparaît facile à mettre en œuvre juridiquement semble pourtant difficile à assumer politiquement pour l'Etat jacobin.

*

Conclusion de la deuxième partie

La contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales apparaît comme un outil potentiellement intéressant mais dont les modalités de mises en œuvre ne sont pas actuellement satisfaisantes. Pourtant la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales n'en est pas à ses balbutiements : il s'agit d'un processus ancien mais, paradoxalement, il n'est pas arrivé à maturité : tant d'un point de vue juridique que politique.

Dès lors, il importe aujourd'hui de construire de nouvelles relations entre l'Etat et les collectivités territoriales qui seraient enfin conçues conformément au principe de subsidiarité. A cette condition seulement, les relations Etat-collectivités territoriales pourront être vécues de manière cohérente selon les principes de la décentralisation administrative. Une mise en cohérence est donc nécessaire afin que l'Etat reconnaisse enfin une véritable autonomie aux collectivités territoriales : autonomie financière, autonomie dans l'exercice de leurs compétences.

La relation Etat-collectivités territoriales est complexe : ses manifestations juridiques sont avant tout la traduction de comportements politiques. Pourtant, il ne s'agit pas d'attitudes politiques partisans mais du maintien d'une tendance jacobine de l'Etat central qui se refuse à céder le pas pour aboutir à une nouvelle conception de l'Etat fondée sur une structure décentralisée : l'affirmation de l'organisation décentralisée de la République n'a pas permis de faire changer les mentalités jusqu'à présent.

La structure actuelle de la contractualisation territoriale souligne ces imperfections : l'absence d'une sanction contentieuse d'une majeure partie des instruments de la contractualisation en est l'illustration. Ce contentieux pourrait toutefois rapidement évoluer sous l'impulsion, d'une part, d'un mouvement d'extension de la compétence

contentieuse du juge administratif qui peut dorénavant être saisi par des tiers lésés par un contrat et, d'autre part, d'un second mouvement qui tend à reconnaître une valeur au droit souple et qui permettrait de reconnaître le caractère directif des conventions d'administration.

A l'heure actuelle, la contractualisation territoriale demeure l'illustration d'un malaise de la relation Etat-collectivités territoriales : elle met en place des structures nouvelles destinées à être plus efficaces et à correspondre à une vision décentralisée de l'Etat. Pourtant, persiste en même temps des pouvoirs de contrôle qui apparaissent manifestement incompatibles avec une véritable organisation décentralisée qui respecte l'initiative et l'autonomie des collectivités territoriales. Il en résulte un profond désordre normatif : insécurité juridique et désorganisation dans la répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales.

Dans le même temps, la globalisation politique et juridique perturbe en profondeur les fondements de l'Etat qui doit impérativement réagir. Les difficultés financières de l'Etat font qu'il ne peut plus assumer seul le coût financier et moral des politiques publiques : les collectivités doivent être sollicitées et doivent collaborer avec lui. Les collectivités territoriales sont devenues des partenaires dont l'Etat ne peut plus passer. Il ne peut plus se permettre de conclure des marchés de dupe comme ce fût le cas par le passé pour certains engagements conclus avec les collectivités territoriales.

Pour être efficace, la contractualisation doit marquer le « passage à l'âge adulte » des collectivités territoriales qui ne peuvent plus être considérées comme « mineures » par l'Etat. Précisément, l'état actuel de la contractualisation montre le hiatus qui existe entre la vision par l'Etat de ses relations avec les collectivités territoriales et le rôle de plus en plus importante que celles-ci jouent d'un point de vue politique ou financier. Il s'agit là d'une nouvelle étape de la décentralisation que l'Etat doit assumer pleinement en effectuant un véritable examen de conscience tant juridique que politique.

*

Conclusion générale

« Si l'Etat est fort, il nous écrase. S'il est faible, nous périssons »

Paul Valéry, *Charmes*

« L'effort multiséculaire qui fut longtemps nécessaire à notre pays pour réaliser et maintenir son unité malgré les divergences des provinces qui lui étaient successivement rattachées, ne s'impose plus désormais. Au contraire, ce sont les activités régionales qui apparaissent comme les ressorts de sa puissance économique de demain »

Charles de Gaulle, 24 mars 1968

L'étude menée sur la contractualisation territoriale illustre d'abord cette difficile recherche de l'équilibre entre l'existence d'un pouvoir central capable de maintenir l'état de droit et l'existence de collectivités territoriales s'administrant librement au sein d'un Etat unitaire.

La contractualisation territoriale n'est probablement pas, dans son état actuel, la panacée de tous les maux de la décentralisation territoriale. Elle n'en fait pas moins apparaître les limites d'une décentralisation administrative qui apparaît, aujourd'hui, à bout de souffle.

Sans doute, l'évolution de la relation Etat-collectivités territoriales reste tributaire de l'évolution de la figure de l'Etat. La théâtralisation de la décentralisation territoriale par

les fameux « actes » n'est qu'un élément d'une pièce dont l'acteur principal demeure et demeurera l'Etat. Toutefois, cette mise en scène a permis de consacrer le rôle croissant des collectivités territoriales et d'entamer un véritable mouvement de territorialisation du droit au sein duquel la contractualisation territoriale tient une place de premier ordre.

Dans la conclusion de sa thèse, M. Pontier relevait dès 1978 que « la collectivité décentralisée ne peut plus tout à fait être définie comme la personne publique territoriale gérant des affaires propres et disposant à cette fin d'une certaine liberté. La collectivité décentralisée apparaît comme une personne publique territoriale chargé de gérer certaines affaires qui, soit la concernent uniquement et directement, soit lui sont remises par l'Etat dans le cadre d'une procédure impliquant, dans chaque cas d'engagement de la collectivité locale, la possibilité pour elle de discuter de cet engagement »⁸³⁸. Ce besoin de « discussion » avec l'Etat n'a fait que s'accroître depuis les « actes » de la décentralisation et la contractualisation territoriale a été mise en œuvre précisément afin de répondre à ce besoin.

Jusqu'à présent, la contractualisation territoriale a été développée dans le cadre d'une décentralisation à contrecœur. Les engagements de principes de la décentralisation – avec en tête l'affirmation de l'organisation décentralisée de la République – ne sont pas assumés dans les faits. La mise en œuvre de la contractualisation territoriale se traduit aujourd'hui par une recentralisation de fait dans la mesure où elle aboutit, d'une part, à de la tutelle en plus, et d'autre part, à une course à la contractualisation s'apparentant à un chantage de l'Etat qui paralyse l'action des collectivités territoriales tant dans l'exercice des compétences qui leur sont dévolues qu'en leur faisant supporter des charges ne relevant pas de leurs compétences propres. La situation d'impécuniosité de l'Etat n'a fait qu'accroître ce phénomène faisant de la contractualisation le symbole du désengagement de l'Etat du territoire et, par la même occasion, de la perte du crédit accordé à la figure tutélaire de l'Etat.

Ainsi, la contractualisation territoriale utilisée comme instrument de recentralisation par l'Etat fait aujourd'hui l'objet d'un profond rejet, à l'instar de la suppression du pacte de gouvernance territoriale à l'occasion du débat sur le projet de loi de modernisation de l'action publique et de l'affirmation des métropoles. Ce dispositif voulu par le gouvernement « était conçu comme une solution pour clarifier l'exercice des compétences et présenté comme la contrepartie du rétablissement de la clause générale de compétences pour les départements et les régions. Le projet du gouvernement portait de l'idée que la clarification de la répartition et de l'exercice des compétences n'était possible qu'en recourant au dialogue et à la concertation. Mais bien que reposant sur une démarche contractuelle donc sur un accord de volontés, le pacte a été jugé comme trop compliqué, constituant un corset financier et un vecteur de tutelle pour les collectivités de moindre ampleur »⁸³⁹. Ce pacte de gouvernance territoriale cristallise en quelque sorte les reproches qu'il est possible d'adresser à la contractualisation territoriale : recentralisation au profit de l'Etat, instauration d'une tutelle indirecte de l'Etat mais également entre collectivités. Cette dernière question est aujourd'hui le risque majeur de la contractualisation territoriale : elle montre clairement que le changement de logique induit par la contractualisation n'est pas ancré dans les mœurs.

Il y a là toute l'ambiguïté de la contractualisation territoriale : voulue comme permettant d'assurer réellement l'égalité entre collectivités territoriales en faisant évoluer une conception égalitaire vers une conception fondée sur l'équité et le traitement au cas par cas, la contractualisation territoriale est devenue malgré elle le symbole d'une inégalité et d'un modèle de décentralisation en bout de course.

Le principal obstacle au bon développement de la contractualisation territoriale réside dans la résistance de l'Etat à prendre la mesure du changement induit par la globalisation. Le refus d'admettre la « postmodernité » de l'Etat s'illustre par des velléités jacobines et centralisatrices qui non seulement s'opposent à la logique de la décentralisation territoriale mais apparaissent absurdes dans le monde globalisé au sein duquel l'Etat tente de s'adapter. Ainsi que le relève un sénateur : « depuis une quinzaine d'années, la puissance publique s'est mise à la remorque des évolutions de la

⁸³⁸ J.-M. Pontier, *L'Etat et les collectivités locales*, LGDJ 1978, p. 575

⁸³⁹ F. Lericque, *La réforme territoriale, Sisyphe au pays de Don Quichotte*, AJDA 2013, p. 1185

mondialisation. Il n'y a plus de planification, la contractualisation est en voie de disparition. Nous apposons pansement sur pansement... C'est exact, les ingénieurs, les chercheurs préfèrent Bordeaux à Angoulême, Vesoul à Besançon, Lyon à Besançon... Entre Lyon et Paris, ils hésitent. Naguère, l'élaboration des contrats de plan région département contraignait des élus de sensibilité différente à se mettre d'accord pour prendre en compte la ruralité, dans le respect des territoires. On décidait de donner plus à la Haute-Saône et au Jura qu'au Doubs, plus urbain. Aujourd'hui, ce genre d'initiatives a totalement disparu : la région ne planifie plus son action publique en tenant compte de la diversité des territoires »⁸⁴⁰.

La contractualisation territoriale fait aujourd'hui l'objet d'un rejet dans la mesure où elle illustre l'absence de cohérence entre l'action de l'Etat et la logique décentralisatrice qui a été mise en œuvre depuis maintenant trente ans. La contractualisation territoriale illustre la nécessité pour l'Etat de mettre enfin en cohérence les principes qu'il affirme avec les actions qu'il met en œuvre, quand il les met en œuvre. Ce, d'autant plus qu'il est de moins en moins en mesure d'imposer une telle politique contractuelle aux territoires, que ce soit politiquement ou financièrement.

Cependant, la contractualisation territoriale n'en est pas moins l'avenir de la décentralisation : si elle n'est plus simplement une opportunité pour les collectivités territoriales, elle est une nécessité pour l'Etat aujourd'hui.

Comme le relève un récent rapport parlementaire : « dans certains domaines, l'État n'a plus les moyens d'assumer certaines missions qui relèvent encore de sa compétence. La création d'un service unique pourrait naître d'une contractualisation entre l'État et les collectivités, garantissant ainsi à la fois la suppression des doublons et la non disparition des services. (...) Dans cette perspective, votre mission se prononce également en faveur d'un « choc de subsidiarité », qui serait le signe de la confiance de la République et de l'État dans les territoires et les élus locaux, et qui permettrait de sortir d'un cadre parfois considéré comme « kafkaïen ». Un tel « choc de subsidiarité » favoriserait l'exercice de compétences « à la carte » et démontrerait que les collectivités peuvent exercer, de façon

⁸⁴⁰ Propos de M. Yves Krattinger in *Rapport d'information fait au nom de la mission commune d'information sur l'avenir de l'organisation décentralisée de la République*, Rapport n° 49 du 8 octobre 2013, disponible sur : <http://www.senat.fr/rap/r13->

responsable, de telles compétences. Car une répartition plus claire des compétences entre l'État et les collectivités territoriales doit également permettre un meilleur partage des responsabilités ; il s'agit, pour l'État de veiller à la réalisation de la République sans se substituer aux collectivités territoriales »⁸⁴¹.

Aussi, la réalisation de la République décentralisée doit et ne peut que passer par la contractualisation territoriale. Non pas sous sa forme actuelle qui aboutit à une recentralisation rampante et négatrice des principes décentralisateurs. La contractualisation territoriale exige une mise en cohérence de l'action publique territoriale. Elle postule une véritable décentralisation qui ne soit pas le pis-aller ou encore le déguisement d'une centralisation-bis. La contractualisation implique une décentralisation fondée sur l'idée de co-administration ou de semi-décentralisation pour reprendre le vocabulaire de Charles Eisenmann. Il s'agit d'une décentralisation fondée sur l'idée selon laquelle « la maîtrise de l'action administrative locale appartient à un organe suprême – ou à plusieurs, il n'importe – composé d'un organe d'Etat et d'un organe local non centralisé (ou organe de collectivité locale), les volontés de ces deux organes entrant à égalité dans les décisions majeures puisqu'elles exigent leur concordance et concours – ce qui les lie l'un à l'autre et l'un par l'autre »⁸⁴².

La mise en œuvre de la contractualisation territoriale dans le cadre de ces principes semble alors probable si ce n'est tout à fait possible. Deux éléments semblent y concourir.

Le premier de ces éléments peut apparaître conjoncturel mais pourrait avoir, demain, des effets structurels : il s'agit de l'accès au juge du contrat du tiers lésé par un contrat administratif ou une de ses clauses⁸⁴³. Cette jurisprudence pourrait assurer un développement exponentiel du contentieux de la contractualisation. Désormais le contribuable local pourrait être fondé à contester devant le juge du contrat un instrument de la contractualisation de même qu'une autre collectivité territoriale dont les droits auraient été atteints, directement ou indirectement. Si certaines modalités de cette

[049/r13-0491.pdf](#)

⁸⁴¹ *Rapport d'information fait au nom de la mission commune d'information sur l'avenir de l'organisation décentralisée de la République*, Rapport précité, p. 18

⁸⁴² C. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, LGDJ 1982, T.1, p. 297-298

jurisprudence demeurent à définir, le renouvellement qu'elle assure au contentieux administratif contractuel est de taille : elle assure, à terme, une unification du contentieux contractuel sous l'égide du juge du contrat. Il faut également considérer que cette jurisprudence pourrait être interprétée comme un effet d'aubaine de nature à accroître un phénomène concurrentiel entre collectivités territoriales dans la course à la contractualisation avec l'Etat, ce qui pourrait d'autant développer le contentieux de la contractualisation.

Cette évolution doit également être associée à une plus grande prise en compte des effets juridiques de la contractualisation. La solution actuelle adoptée par le juge administratif n'est pas satisfaisante, s'agissant particulièrement des conventions d'administration.

Le récent rapport du Conseil d'Etat consacré au droit souple va nettement dans le sens d'une meilleure prise en compte de ce type d'instrument dans la mesure où il plaide en faveur du développement de techniques de droit souple. Ainsi, encourage-t-il notamment dans sa proposition n° 5 « plutôt que l'édiction de normes contraignantes, l'élaboration de recommandation des bonnes pratiques dans les domaines de compétences décentralisées et, en particulier, sur les conditions techniques d'exercice des ces compétences, selon des modalités qui garantissent l'implication des collectivités territoriales »⁸⁴⁴.

Le second élément semble clairement structurel puisqu'il s'agit de la recomposition du « mille feuille territorial ». La recomposition de la carte administrative française semble se faire au profit d'un regroupement d'un certain nombre de collectivités, de manière à créer de grands pôles locaux régionaux.

Ainsi que le rappelait le Premier ministre devant le Sénat : « La loi de décentralisation promulguée en janvier dernier, a marqué une étape importante. Elle a amorcé une clarification en créant les métropoles, mais le constat demeure, et je crois qu'il est partagé : l'empilement des échelons d'administration, les compétences partagées, les financements croisés – bref, tout ce que l'on résume par l'expression de « millefeuille

⁸⁴³ CE, Ass. 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, req. n° 358994

⁸⁴⁴ Conseil d'Etat, *Etude annuelle 2013 : le droit souple*, La documentation française 2013, p. 194

territorial » ; tout cela nuit à l'efficacité de l'action publique dans nos territoires ; tout cela manque aussi de lisibilité pour nos concitoyens. (...) Je souhaite des régions fortes, aux compétences stratégiques clairement affirmées. Elles disposeront ainsi des outils pour accompagner la croissance des entreprises et promouvoir l'innovation. Elles devront être des acteurs majeurs de la transition énergétique que j'évoquais à l'instant. A ce titre, les régions seront des partenaires actifs de la nouvelle génération de contrats de plan Etat-régions qui engagera pour 2020 des investissements structurants pour la croissance et le développement durable des territoires. Notre pays a également besoin de régions disposant d'une taille critique suffisante pour porter ces nouvelles compétences et être capable de rivaliser avec les collectivités de taille comparable en Europe »⁸⁴⁵.

La conséquence d'une telle réforme sera principalement d'accroître le poids économique et politique des régions, d'autant plus si cette réforme a lieu au détriment des départements. Ainsi, d'un point de vue économique et politique, les rôles de l'Etat et des collectivités territoriales seront nécessairement rééquilibrés. Cette circonstance permettrait ainsi de restaurer la confiance en la contractualisation territoriale, ce qui paraît aujourd'hui essentiel. A n'en pas douter, cette évolution – si elle a lieu – aura inévitablement des conséquences sur le plan juridique.

Tout ceci aurait pour effet, tout d'abord, d'aboutir à une bénéfique redéfinition des rôles respectifs de l'Etat et des collectivités territoriales en attribuant au premier un rôle de coordinateur de l'action publique se limitant à des fonctions de conseil et de contrôle et réserver aux secondes la responsabilité de la mise en œuvre. Cette situation serait ainsi bien plus proche de la réalité des territoires et permettrait enfin de mettre un terme aux deux maux de la République décentralisée que sont, d'une part « un manque d'efficacité réelle de l'action publique » et d'autre part « une confusion des rôles réciproques de l'Etat et des territoires et collectivités »⁸⁴⁶.

⁸⁴⁵ Discours de M. Manuel Valls devant le Sénat le 9 avril 2014, disponible sur : <http://www.gouvernement.fr/premier-ministre/declaration-du-premier-ministre-manuel-valls-devant-le-senat>

⁸⁴⁶ *Rapport d'information fait au nom de la mission commune d'information sur l'avenir de l'organisation décentralisée de la République*, Rapport précité, p. 11

Une telle évolution aurait pour effet de consacrer en droit sinon en fait, le mouvement de territorialisation du droit actuellement à l'œuvre.

La contractualisation territoriale apparaît comme un mouvement faisant entrer l'Etat et les collectivités territoriales dans une postmodernité dans laquelle ils doivent impérativement se défaire de leurs apories du passé. Les imperfections de cette contractualisation, si elles existent, n'en sont pas moins remédiables. Leur résolution est nécessaire afin de sortir la décentralisation territoriale de l'ornière actuelle dans laquelle elle se trouve. C'est à ce prix qu'il sera possible de résoudre l'équation « Etat et collectivités territoriales ».

*

Bibliographie

La présente bibliographie est sélective. Y figurent les sources qui ont été mobilisées tout au long de cette recherche, sans qu'elles aient été systématiquement citées bien qu'elles l'aient inspiré.

Sauf indication contraire, le classement est effectué par ordre alphabétique et la ville de publication est Paris.

I) Ouvrages généraux, traités, cours et manuels

- Alland (D.) et Rials (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF 2003
- Auby (J-B), Auby (J-F) et Noguellou (R.), *Droit des collectivités locales*, coll. PUF Thémis droit, 5^e éd. 2009
- Aucoc (L.), *Conférences sur l'Administration et le Droit Administratif*, (trois tomes) 1869 Réed. Hachette
- Bouvier (M.), Esclassan (M-C.), Lassale (J-P.), *Finances publiques*, LGDJ 12^e éd., 2013
- Bouvier (M.), *Les finances locales*, 15^e éd., LGDJ 2013
- Carré de Malberg (R.), *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Réédition CNRS, 1962
- Chapus (R.), *Droit administratif général, t.1*, Montchrestien 2001, 15^e éd.
- Chapus (R.), *Droit administratif général, t.2*, Montchrestien 2005, 15^e éd.
- Chapus (R.), *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien 2008, 13^e éd.
- Cornu (G.), *Vocabulaire juridique*, coll. Quadrige, PUF 2007
- Delvolvé (P.), *Droit public de l'économie*, Dalloz 1998
- Duguit (L.), *Manuel de droit constitutionnel*, Fontemoing et Cie 1918, 3^e éd.
- Eisenmann (C.), *Cours de droit administratif*, LGDJ 1982 (deux tomes)
- Faure (B.), *Droit des collectivités territoriales*, Dalloz 2011, 2^e éd.
- Gaudeмет (Y.), *Droit administratif*, LGDJ 2012, 20^e éd.

- Gaudemet (Y.), *Traité de droit administratif, t. 1*, LGDJ 2001, 16^e éd.
- Hamon (F.) et Troper (M.), *Droit constitutionnel*, LGDJ 2007, 30^e éd
- Hauriou (M.), *Précis de droit administratif et de droit public*, Réed. Dalloz, 2004
- Hauriou (M.), *Précis élémentaire de droit administratif*, Sirey 1925
- Laubadère (A. de), Moderne (F.), Delvolvé (P.), *Traité des contrats administratifs*, LGDJ 1984
- Levoyeur (L.), *Finances locales*, Hachette 2012
- Malaurie (P.) et Morvan (P.), *Introduction au droit*, Defrénois 2012, 4^e éd.
- Odent (R.), *Contentieux administratif*, Réed. Dalloz 2007 (deux tomes)
- Portelli (H.), *Droit constitutionnel*, Dalloz 2013, 10^e éd.
- Richer (L.), *Droit des contrats administratifs*, LGDJ 2012, 8^e éd.
- Rideau (J.), *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LGDJ 2010, 6^e éd.
- Rigaudière (A.), *Histoire du droit des institutions*, Ed. Les cours de droit 1994.
- Terré (F.), Simler (P.), Lequette (Y.), *Droit civil : les obligations*, Dalloz 2009, 10^e éd.
- Truchet (D.), *Droit administratif*, PUF 2013, 5^e éd.
- Verpeaux (M.), *Droit des collectivités territoriales*, PUF 2008, 2^e éd.

II) Ouvrages spécialisés, répertoires et codes commentés

- Auby (J-B.) (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz 2010
- Auby (J-B.), *La décentralisation et le droit*, LGDJ 2006
- Auby (J-B.), *La globalisation, le droit et l'Etat*, LGDJ 2010
- Basdevant-Gaudemet (B.) (coord.), *Contrat ou Institution : un enjeu de société*, LGDJ 2004
- Béquet (L.), *Traité de la commune*, Société d'imprimerie Paul Dupont, 1888
- Bernard (P.), *Le grand tournant des communes de France*, coll. U série « Science administrative », Armand Colin 1969
- Bodineau (P.) et Verpeaux (M.), *Histoire de la décentralisation*, PUF 1997, coll. *Que sais-je ?*, 2^e éd.
- Bouretz (P.) (dir.), *La force du droit*, Editions Esprit 1991
- Braconnier (S.), *Les collectivités territoriales et leurs contrats*, Editions du Juris-Classeur, 2002

- Brouant (J-P.) (dir.), *Contractualisation et territoires : les contrats d'agglomération*, Les cahiers du GRIDAUH, n° 12 - 2005
- Caillosse (J.), *Les « mises en scène » juridiques de la décentralisation : sur la question du territoire en droit public français*, LGDJ 2009
- Chassagnard-Pinet (S.) et Hiez (D.), *Approche critique de la contractualisation*, LGDJ 2007
- Chevallier (J.), *L'Etat post-moderne*, LGDJ 2008, 3^e éd.
- Claisse (Y.), *Le droit de la coopération décentralisée*, Université Panthéon-Assas (Paris II) et LGDJ 1994
- Duguit (L.), *L'Etat, le droit positif et la loi positive*, Réed. Dalloz 2003
- Duguit (L.), *L'Etat, les gouvernants et les agents*, Réed. Dalloz 2005
- Duprat (J-M.), Simmony (M.), Tubul (M.), *Les fonds structurels européens en région*, LGDJ 2003
- Gaïa (P), Ghevontian (R.), Mélin-Soucramanien (F.), Oliva (E.), Roux (A.), *Les grandes décisions du conseil constitutionnel*, Dalloz 2013, 17^e éd.
- Gaudemet (Y.), Stirn (B.), Dal Farra (T.), Rolin (F.), *Les grands avis du Conseil d'Etat*, Dalloz 2008, 3^e éd.
- Gaudin (J-P.) et Dubois (J.), *L'action publique par convention, les politiques contractuelles aujourd'hui*, Les cahiers de l'institut de la décentralisation, 2000
- Gaudin (J-P.), *Gouverner par contrat*, Presses de Sciences Po 2007, 2^e éd.
- Guibal (M.) et Rapp (L.), *Contrats des collectivités locales*, Ed. Francis Lefebvre 1989
- Guillaume (H.), Dureau (G.), Silvent (F.), *Gestion publique, L'Etat et la performance*, Presses de Science Po et Dalloz 2002
- Hamoniaux (T.), *L'intérêt général et le juge communautaire*, LGDJ 2001
- Hauriou (M.), *Principes de droit public*, Réed. Dalloz, 2010
- Hoorens (D.) (dir.), *Les collectivités territoriales dans l'Union européenne*, Dexia 2008
- Isaïa (H.), *L'évaluation des nouveaux contrats de plan Etat-Région*, LGDJ 1999
- Jellinek (G.), *L'Etat moderne et son droit*, Réed. Panthéon-Assas 2005 (deux tomes)
- Kada (N.), *Les collectivités territoriales dans l'Union européenne : vers une Europe décentralisée ?*, Presses universitaires de Grenoble 2010
- Leroy (M.) et Portal (E.) (dir.), *Contrats, finances, territoires*, L'Harmattan 2006
- Leruste (P.), *Le contrat d'aménagement de villes moyennes*, La documentation française 1975

- Lombard (M.), *L'Etat schizo*, Lattès 2007
- Long (M.), Weil (P.), Braibant (G.), Delvolvé (P.), Genevois (B.), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz 2013, 19^e éd.
- Luchaire (F.) et Luchaire (Y.), *Le droit de la décentralisation*, PUF 2^e éd. 1989
- Luchaire (Y.) (dir.), *Collectivités territoriales et gouvernance contractuelle*, L'Harmattan 2006,
- Marcou (G.), Rangeon (F.), Thiébault (J.L.), *Le Gouvernement des villes*, Descartes et cie, 1997.
- Maspétiol (R.) et Laroque (P.), *La tutelle administrative*, Sirey 1930
- Maspétiol (R.), *L'Etat et son pouvoir*, Pedone 1937
- Michel (J.), *Les recours administratifs gracieux, hiérarchiques et de tutelle*, La documentation française 1996
- Michoud (L.), *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, LGDJ 1906, Réed. Nabu Press
- Mockle (D.), *La gouvernance, le droit et l'Etat*, Bruylant 2007
- Moderne (F.) (dir.), *La nouvelle décentralisation*, Bibl. des collectivités locales, Sirey 1983
- Moderne (F.), *Les conventions de prestations de service entre l'Etat et les collectivités territoriales*, EFE 1996
- Montalivet (P.), *Gouvernance et participation*, Bruylant 2011
- Némery (C.), *De la liberté des communes dans l'aménagement du territoire*, LGDJ 1981
- Olivier-Martin (F.), *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, Réed. CNRS Editions, 2005
- Pasquier (R.), Simoulin (V.), Weisbein (J.) (dir.), *La gouvernance territoriale : Pratiques, discours et théories*, LGDJ 2007
- Proudhon (P-J), *Du principe fédératif*, 1863,
Révolution et décentralisation, Economica 1982
- Timsit (G.), *Archipel de la norme*, PUF 1997
- Tocqueville (A. de), *L'Ancien Régime et la Révolution*, Gallimard 1967
- Verpeaux (M.), de Montalivet (P.), Roblot-Troizier (A.) et Vidal-Naquet (A.), *Droit constitutionnel : les grandes décisions de la jurisprudence*, PUF 2011 coll. thémis droit
- Verpeaux (M.), Janicot (L.), *Droit public : pouvoirs public et action administrative*, PUF 2009 coll. Major

III) Mélanges et études, actes de colloques et de conférences, rapports

A) Mélanges et études

- Braibant (G.) (Mélanges en l'honneur de), Dalloz 1996
Chapus (R.), (Mélanges en l'honneur de), Montchrestien 1992
Douence (J-C.), (Mélanges en l'honneur de), Dalloz 2006
Eisenmann (C.), (Recueil d'études en hommage à), Edition Cujas 1975
Gaudemet (P-M.), (Mélanges en l'honneur de), Economica 1984
Hélin (J-C.), (Mélanges en l'honneur de), Litec 2004
Jeanneau (B.), (Mélanges en l'honneur de), Dalloz 2005
Jégouzo (Y.), (Mélanges en l'honneur de), Dalloz 2009
Lachaume (Mélanges en l'honneur de), , Dalloz 2007
Lavroff (G-D.), (Mélanges en l'honneur de), Dalloz 2005
Moderne (F.), (Mélanges en l'honneur de), Dalloz 2004
Morand-Devillers (J.), (Mélanges en l'honneur de), Montchrestien 2008
Moreau (J.), (Mélanges en l'honneur de), Economica 2003
Pactet (P.), (Mélanges en l'honneur de), Dalloz 2003
Timsit (G.), (Mélanges en l'honneur de), Bruylant 2004
Waline (J.), (Mélanges en l'honneur de), Dalloz 2002
Waline (M.), (Mélanges en l'honneur de), LGDJ 1974

B) Actes de colloques et de conférences

- Clarification (la) des compétences des collectivités territoriales en matière d'environnement* », RJE 2013 (numéro spécial
Collectivités locales (Les), dix ans après les lois de décentralisation : de la tutelle administrative à l'intervention des juges, Presses universitaires d'Aix-Marseille 1994
Collectivités locales et le droit (Les) : les mutations actuelles, J-B Auby et B. Faure (dir.), Dalloz 1999
Compétence (La), Colloques de l'AFDA, Litec 2008
Contrôles de l'Etat sur les collectivités territoriales aujourd'hui (Les), P. Combeau (dir.), L'Harmattan 2007

Coopération contractuelle et le gouvernement des villes (La), G. Marcou, F. Rangeon et J-L. Thiébault (dir.), L'Harmattan 1997

Coopérations (les) entre collectivités publiques, LPA, 16-17 septembre 2010, n° 185-186

Coopération locale et territoires, Fialaire (J.) et de Montalivet (P.) (dir.), Litec 2008

Démocratie de proximité (La), Guglielmi (G-J.) et Martin (J.) (dir.), Berger-Levrault 2013

Pensée de Charles Eisenmann (La), Presses universitaires d'Aix-Marseille et Economica, 1986

Personnalité publique (La), Colloques de l'AFDA, Litec 2007

Puissance publique à l'heure européenne (La), Dalloz 2006

République décentralisée (La), Y. Gaudemet et O. Gohin (dir.), Ed. Panthéon-Assas (coll. colloques) 2004

C) Rapports

Centre d'analyse stratégique, Rapport annuel 2007

Chérèque (J.), La prochaine génération des contrats de projets Etat régions (2000-2006) : « *plus de région et moins d'Etat* », Mai 1998

Comité des régions, *Le groupement européen de coopération territoriale*, 2007

Comité des régions, *Le renforcement de la démocratie régionale et locale dans l'Union européenne (t.1 et 2)*, 2004

Commission des communautés européennes, *Quatrième rapport sur la cohésion économique et sociale*, mai 2007

Conseil d'Etat, *Etude annuelle 2013 : Le droit souple*, La documentation française 2013

Conseil d'Etat, Rapport public pour 1993 : *Décentralisation et ordre juridique*, La documentation française 1993

Conseil d'Etat, Rapport public pour 1999 : *L'intérêt général*, La documentation française 1999, p. 245
Conseil d'Etat, *Collectivités territoriales et obligations communautaires*, La documentation française 2006

Conseil d'Etat, Rapport public pour 2006 : *Sécurité juridique et complexité du droit*, EDCE n° 57, La documentation française 2006

Conseil d'Etat, Rapport public pour 2008 : *Le contrat : mode d'action publique et de production de normes*, EDCE n° 59, La documentation française 2008

Conseil d'Etat, Rapport public pour 2012 : *Les agences : une nouvelle gestion publique ?*, La documentation française 2012

Conseil d'Etat, Rapport public pour 2007 : *L'administration française et l'Union européenne : Quelles influences ? Quelles stratégies ?*, EDCE n° 58, La documentation française 2007

Cour des comptes, *La décentralisation et l'enseignement du second degré*, février 1995

Cour des comptes, *La Politique de la ville*, février 2002

Cour des comptes, Rapport public pour 2006

Cour des comptes, Rapport public pour 2009

Cour des comptes, rapport public thématique : *Les communes et l'école de la République*, 2008

Cour des comptes, rapport public thématique : *La conduite par l'Etat de la décentralisation*, 2009

Fontenaist (B.), *Comment accroître la cohérence et l'efficacité de l'action des services territoriaux de l'Etat et des organismes sociaux placés sous sa tutelle qui concourent au logement des personnes défavorisées*, La documentation française 1995

Lambert (A.), *Les relations entre l'Etat et les collectivités locales*, novembre 2007

Mauroy (P.), *Refonder l'action publique locale : rapport au Premier ministre*, La documentation française 2000

Mercier (M.), *Rapport d'information fait au nom de la mission d'information chargée de dresser le bilan de la décentralisation et de proposer les améliorations de nature à faciliter l'exercice des compétences locales*, (28 juin 2000)

Nora (S.), *Rapport sur les entreprises publiques*, La documentation française 1968

Rapport annuel des inspections générales des ministères de l'éducation nationale et de la recherche pour 2007, La documentation française, 2008

Rapport d'information fait au nom de la commission des finances préparatoire au débat d'orientation des finances publiques (DOFP) pour 2014, par François Marc, Sénateur

Rapport d'information fait au nom de la délégation aux collectivités territoriales et à la décentralisation sur l'ingénierie publique par M. Yves Daudigny, sénateur ; Rapport n° 557 du 15 juin 2010

Rapport d'information sur les partenariats entre l'Etat et les collectivités territoriales par M. Georges Labazée, sénateur, enregistré le 9 octobre 2012, pp. 36-37

Rapport de la Commission de développement des responsabilités locales, *Vivre ensemble*, La documentation française, 1977,

Rapport d'information n° 300 (2011-2012) de M. [Jacques MÉZARD](#), fait au nom de la délégation aux collectivités territoriales, déposé le 25 janvier 2012

Rapport du groupe de travail sur l'arbitrage, 13 mars 2007, La documentation française, 2007

Rapport parlementaire n° 498 fait au nom de la délégation aux collectivités territoriales et à la décentralisation sur le synthèse de propositions adoptées par la délégation aux collectivités territoriales susceptibles d'animer les discussions législatives à venir par Mme Jacqueline Gourault et M. Edmond Hervé

Rapport sur l'audit du contrôle de légalité, du contrôle budgétaire et du pouvoir de substitution, La documentation française 2003

Rapport sur l'organisation du contrôle de légalité, La documentation française 2007

Regards sur l'actualité, *Les collectivités locales et l'Europe*, La documentation française, mai 2007

Richard, (P.) *Solidarité et performance : les enjeux de la maîtrise des dépenses publiques locales*, décembre 2006

IV) Thèses et monographies

Bezançon (X.), *Essai sur les contrats de travaux et de services publics*, LGDJ 1999

Blumann (C.), *La renonciation en droit administratif français*, LGDJ 1974

Boillot-Burg (C.), *La décentralisation coopérative. Contribution à l'étude des rapports entre l'Etat et les autres personnes publiques territoriales*, Thèse Dijon 2002

Briant (V. de.), *L'action commune en droit des collectivités territoriales*, L'Harmattan, 2009

Brunel (J-P.), *L'avenir de l'autonomie financière des collectivités territoriales*, La documentation française 2001

Calandri (L.), *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, LGDJ 2008

Canedo (M.), *Le mandat administratif*, LGDJ 2001

Cassia (P.), *L'accès des personnes physiques ou morales au juge de la légalité des actes communautaires*, Dalloz 2002

- Chauvet (C.), *Le pouvoir discrétionnaire*, LGDJ 2013
- Dreyfus (J-D.), *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, L'Harmattan, 1997
- Dubois (J-P.), *Le contrôle administratif sur les établissements publics*, LGDJ 1982
- Dubos (O.), *Les juridictions nationales, juge communautaire*, Dalloz 2001
- Flecher-Bourjol (D.), *La politique contractuelle entre l'Etat et les collectivités locales*, Th. Montpellier 1978 (dact.)
- Fontaneau (F.), *De la personnalité des cités (droit romain) et des actions exercées par ou contre les communes (droit français)*, Faculté de droit de Paris, Pedone 1888
- Gahdoun (P-Y.), *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Dalloz 2006
- Harmoniaux (T.), *L'intérêt général et le droit communautaire*, LGDJ 2001
- Hourson (S.), *Les conventions d'administration*, LGDJ 2014
- Huglo (C.), *Le juge, la prévention et la résolution des litiges en matière d'environnement*, Th. Paris II, 1994
- Janicot (L.), *Les droits des élus membres des assemblées des collectivités territoriales*, LGDJ 2004
- Kauff-Gazin (F.), *La notion d'intérêt général*, thèse Strasbourg 2001
- Le Coq (V.), *Le droit du projet de développement durable de la ville*, Pulim, 2009
- Lepage-Jessua (C.), *Essai sur les notions de coût social en droit administratif*, Th. Paris II, 1982
- Linotte (D.), *Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français*, Th. Bordeaux I, 1975
- Mahouachi (M.), *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, PUAM 2002
- Marcus (L.), *L'unité des contrats publics*, Dalloz 2010
- Montalivet (P. de), *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Dalloz 2006
- Nemery (J-C.), *De la liberté des communes dans l'aménagement du territoire*, LGDJ 1981
- Noguellou (R.), *La transmission des obligations en droit administratif*, LGDJ 2004
- Pontier (J-M.), *L'Etat et les collectivités locales*, Paris, LGDJ 1978
- Raimbault (P.), *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français*, LGDJ 2009

- Regourd (S.), *L'acte de tutelle en droit administratif française*, LGDJ 1982
- Raclet (A.), *Droit communautaire des affaires et prérogatives de puissance publique nationales*, Th. Paris II, Dalloz 2002
- Sanson (C.), *Le contrôle administratif des actes locaux*, Th. Paris I, 1990
- Sirinelli (J.), *Les transformations du droit administratif par le droit de l'Union européenne : une contribution à l'étude du droit administratif européen*, LGDJ 2011
- Terneyre (P.), *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif*, Economica, 1989
- Tesoka (L.), *Les rapports entre catégories de collectivités territoriales*, PUAM 2008
- Thalineau (J.), *Essai sur la centralisation et la décentralisation. Réflexions à partir de la théorie de Ch. Eisenmann*, Th. Tours, 1994
- Truchet (D.), *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, LGDJ 1977

V) **Articles et chroniques**

- Allemand (R.), *Les modalités du contrôle administratif des actes locaux dans six Etats de l'Union européenne*, RFDA 2008, p. 287
- Aubry (F-X) et Lepage-Jessua (C.), *Les juges administratifs face à la décentralisation*, AJDA 1984, p. 370
- Auby (J-F.), *La décentralisation fait-elle naître de nouvelles tutelles ?*, AJDA 1984, p. 412
- Auby (J-M.) et Breen (E.), *Actualité du droit anglais des contrats publics*, RFDA 2006, p. 1013
- Auby (J-M.), *Décentralisation et sources du droit*, AJDA 1992, numéro spécial, p. 30
- Balligand (J-P.), Interview publiée dans le dossier *Les nouveaux territoires de l'Etat*, Intercommunalités, ADCF, n° 141, janvier 2010, p. 10
- Barbé (A.), *Les financements croisés entre l'Etat et les collectivités territoriales*, Gestion et finances publiques 2009, n° 11 p. 884
- Barbier (C.), *La circonscription administrative : réflexion sur un concept équivoque*, AJDA 1996, p. 411
- Barthélémy (J.), *Sur l'obligation de faire ou de ne pas faire et son exécution forcée dans le droit public*, RDP 1912, p. 510

- Beaud (O.), *La souveraineté dans la « Contribution à la théorie générale de l'Etat » de Carré de Malberg*, RDP 1994 p. 1251
- Bénoit (F-P.), *De l'inexistence d'un pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratifs*, JCP 1963.I.1775
- Bénoit (J.), *La liberté d'administration locale*, RFDA 2002, p. 1065
- Bernard (P.), *Les relations contractuelles entre collectivités publiques : les affaires mixtes ou l'œuvre commune*, AJDA 1990, p. 131
- Béroujon (F.), *Evolution du droit administratif : avancée vers la modernité ou retour aux Temps modernes ?*, RFDA 2008, p. 449
- Bin (F.), *Fonds européen et collectivités locales*, Gestion et finances publiques 2009, n° 11 p. 868
- Birkinshaw (P.) et Breen (E.), *Contrats publics et contractualisation de l'action publique : un point de vue anglais*, RFDA 2006, p. 1015
- Bockel (A.), *Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration*, AJDA 1978, p. 355
- Bodineau (P.), *L'évolution historique des relations financières entre l'Etat et les collectivités locales : entre tutelle et collaboration*, Gestion et finances publiques n° 11, 2009
- Bonnard (R.), *Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir*, RDP 1923 p. 363
- Bordier (D.), *Les chassés-croisés de l'intérêt local et de l'intérêt national*, AJDA 2007, p. 2188
- Boutayeb (C.), *Une recherche sur la place et les fonctions de l'intérêt général en droit communautaire*, RTDE 2003,(oct.-déc.), p. 587
- Bouvier (M.), *La loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances*, AJDA 2011, p. 876
- Bouyssou (F.), *Le retour des tutelles techniques*, RFDA 1999, p. 590
- Brisson (J-F.), *Aéroports décentralisés et libre administration des collectivités territoriales*, RFDA 2009, p. 1145
- Brisson (J-F.), *Les nouvelles clefs constitutionnelles de répartition matérielle des compétences entre l'Etat et les collectivités locales*, AJDA 2003, p. 529
- Buron (C.), *Les contrats d'aménagement conclus entre l'Etat et les villes moyennes*, AJDA 1976, p. 510

- Cabannes (X.), *Les collectivités et la tentation de la LOLF : nécessité, effet de mode ou piège ?*, BJCP n°1/2009, p. 2
- Cadoux (C.), *L'avenir de la décentralisation territoriale*, AJDA mai 1963, p. 268
- Caillosse (J.), *La décentralisation, mode d'emploi*, RDP 1988
- Cassese (S.), *Le droit administratif global : une introduction*, DA 2007 n° 5, ét. 8
- Chabanol (D.), *Contrôle de légalité et liberté de l'administration*, AJDA 1984, p. 14
- Chabanol (D.), *Décentralisation et juge administratif*, AJDA 1983, p. 73
- Chapuisat (J.), *Commentaire de la loi du 7 janvier 1983*, AJDA 1983, p. 81
- Chapuisat (J.), *Décentralisation et urbanisme*, AJDA 1984, p. 311
- Chatrie (I.), *Les relations financières entre l'Etat et les collectivités locales en Europe*, Gestion et finances publiques 2009, n° 11 p. 823
- Chevallier (J.), *Décentralisation et politiques publiques*, AJDA 1992, numéro spécial, p. 120
- Chevallier (J.), *L'Etat de droit*, RDP 1988
- Collin (M.), *La coopération locale entre collectivités publiques en matière de prestation de services saisie par le droit communautaire*, LPA 16-17 septembre 2010, n° 185-186, p. 34
- Combar nous (M.) et Galabert (J-M.), *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, AJDA 1959, I, p. 31
- Combar nous (M.) et Galabert (J-M.), *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, AJDA 1959, I, p. 68
- Cortes (T.), *Variations sur la personnalité morale*, site Internet du Master 2 droit public approfondi
- Crucis (H-M.), *L'évolution des contrôles de l'Etat sur les finances locales*, Gestion et finances publiques 2009, n° 11 p. 939
- Degoffe (M.), *Loi du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat*, BJCP n°9/08, p. 635
- Delcamp (A.), *Les nouvelles conditions du contrôle de légalité sur les actes des autorités locales*, AJDA 1982, p. 500
- Denoix de Saint Marc (R.), *La question de l'administration contractuelle*, AJDA 2003, p. 970
- Deschamps (E.), *Métropole et pôle métropolitain dans la loi du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales*, AJDA 2011, p. 1128

- Dewailly (S.), *Quand un tiers peut demander l'annulation d'un contrat*, AJDA 2007, p. 695
- Dieu (F.), *Le pouvoir de substitution d'action du préfet en matière de police administrative n'engage que rarement la responsabilité de l'Etat*, DA janvier 2008, p. 23
- Douence (J-C.), *Le recours gracieux contre une délibération d'une assemblée locale*, RFDA 1996, p. 328
- Drago (R.), *Droits fondamentaux et personnes publiques*, AJDA 1999, n° spécial, p. 130
- Eglie-Richters (B.), *Le service public et le contrat de partenariat*, AJDA 2009, p. 673
- Eisemann (P-M.), *Le gentlemen's agreement comme source du droit international*, RGDIP 1979, p. 347
- Eisenmann (C.), *Aperçu d'une théorie générale de l'Etat (traduction de Hans Kelsen)*, RDP 1926, p. 561
- Eisenmann (C.), *La centralisation et la décentralisation : principes d'une théorie juridique*, RDP 1947, p. 27 à 53, 163 à 197 et 247 à 295
- Eisenmann (C.), *Le droit administratif et le principe de légalité*, EDCE n° 11, p. 25
- Fatôme (E.) et Moreau (J.), *L'analyse juridique dans le contexte de la décentralisation*, AJDA 1990, p. 142
- Fatôme (E.), Jégouzo (Y.), Loloum (F.) et Schrameck (O.), *Questions sur l'avenir de l'établissement public, à propos du rapport du Conseil d'Etat*, AJDA 2010, p. 1238
- Faure (B.), *Faut-il garder le mot « tutelle » en droit administratif ?*, AJDA 2008, p. 113
- Faure (B.), *Le droit des collectivités territoriales encore à refaire ?*, AJDA 2009, p. 177
- Favoreu (L.), *Chronique constitutionnelle*, RDP 1986, p. 395
- Favoreu (L.), *Décentralisation et Constitution*, RDP 1982, p. 1259
- Favoreu (L.), *Les fondements constitutionnels de la décentralisation*, RDP 1982, p. 1543
- Favoreu (L.), *Libre administration et principes constitutionnels* in J. Moreau et G. Darcy (dir.) *La libre administration des collectivités locales*, Economica 1984, p. 63
- Fischer (B.), *La réforme du contrôle de légalité et l'acte II de la décentralisation*, AJDA 2007 p. 1793
- Flizot (S.), *Prospective, péréquation et effets d'entraînement des financements privés. Des contrat de plan aux contrats de projet : quelles avancées ?* Gestion et finances publiques 2009, n° 11 p. 939

- Fondraz (L.), *Le contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales. Approche comparatiste.*, Revue administrative n° 307, p. 56
- Frier (P-L.), *La répartition actuelle des compétences entre l'Etat et le pouvoir local*, AJDA 2000, p. 58
- Fromont (M.), *La nouvelle répartition des compétences entre l'Etat, les régions et les départements en France*, RISA 1987, p. 599
- Garrez (G.) et Chaban-Delmas (J.), *Pour une intervention publique libérale*, Revue adm. 1983, p. 219
- Gaudemet (Y.), *Qu'est-ce qu'une subvention publique ?*, RJEP 2011, n° 689
- Gaudemet (Y.), *Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire*, RDP 2010, n° 2
- Gaudemet (Y.), *Un nouveau juge pour les contrats administratifs, au moins certains d'entre eux*, Rev. des contrats n° 2008/2
- Gaudemet (Y.), *Le partenariat public-privé en France dans la perspective de la métamorphose de l'intérêt général*, D. 2007 n° 44
- Gaudemet (Y.), *Le désordre normatif*, RDP 2006, n° 1
- Gaudemet (Y.), *Le contrat administratif, un contrat hors-la-loi*, Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel 2004, n° 17
- Gaudemet (Y.), *Le contrat de solidarité (aspects de droit public)*, DS 1982, p. 343
- Gaudin (J-P.) XVII. *La contractualisation des rapports entre l'État et les collectivités territoriales* in Annuaire des collectivités locales. Tome 24, 2004
- Gélin-Racinoux (L.), *La fonction de chef de file dans la loi du 13 août 2004*, AJDA 2007, p. 283
- Gohin (O.), *La nouvelle décentralisation et la réforme de l'Etat en France*, AJDA 2003, p. 522
- Guillaumont (O.), *Les subventions entre collectivités territoriales*, AJDA 2009, p. 1804
- Guyon (Y.), *Droits fondamentaux et personnes morales de droit privé*, AJDA 1999, n° spécial, p. 136
- Hachemi (A.) et Frachéry (T.), *Genèse juridique et philosophique de la notion de personnalité morale*, site Internet du Master 2 droit public approfondi
- Hauriou (M.), *Notice sur l'œuvre de Léon Michoud*, RDP 1916, p. 483
- Hecquard-Théron (M.), *La contractualisation des actions et des moyens publics d'intervention*, AJDA 1993, p. 451

- Heintz (P.), *Clarification des compétences territoriales entre départements et régions : « de l'autre côté du miroir »*, AJCT 2012, p. 408
- Hélin (J-C), *Le contrôle de légalité des actes locaux en France*, AJDA 1999, p. 767
- Hélin (J-C.), *La régulation administrative du contrôle de légalité et le droit*, RFDA 1987, p. 765
- Hémery (V.), *Le partenariat, une notion juridique en formation ?*, RFDA 1998, p. 347
- Historique de la décentralisation de 1789 à aujourd'hui*,
http://www.dgcl.interieur.gouv.fr/sections/a_votre_service/decentralisation/historique/
- Houser (M.), *La loi de finances pour 2008 et les collectivités territoriales : l'amorce d'une évolution profonde des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales*, BJCP 2/2008, p. 88
- Janicot (L.), *Réflexions sur la notion de compétences propres appliquée aux collectivités territoriales en droit français*, AJDA 2004, p. 1574
- Janicot (L.), *Les collectivités territoriales, une définition doctrinale menacée ?*, RFDA 2011, p. 227
- Janicot (L.), *La rationalisation manquée des groupements d'intérêt public*, AJDA 2011, p. 1194
- Janicot (L.), *Les métropoles à statut particulier : le Grand Paris, Lyon et Aix-Marseille-Provence*, AJDA 2014, p. 613
- Janin (P.), *Sécurité juridique et contractualisation de l'action publique*,
http://www.laloupiote.net/DLT/article.php3?id_article=16
- Jégouzo (Y.), *Le logement social entre solidarité, décentralisation, service public et concurrence*, AJDA 2008, p. 500
- Kada (N.), *Les relations entre l'Etat et les collectivités territoriales en Europe : toujours inégales, souvent partiales...et parfois loyales*, Gestion et Finance publiques 2009, n°11 p. 828
- Kornprobst (B.), *La compétence liée*, RDP 1961
- La décentralisation en France depuis 1789*,
http://www.dgcl.interieur.gouv.fr/sections/catalogue_des_public/la_decentralisation/vie_w
- L'Huillier (J.), *Les contrats administratifs tiennent-ils lieu de loi à l'Administration ?*, D. 1953, chron. p. 87

- Labetoulle (D.) et Cabane (A.), *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, AJDA 1972, p. 213
- Lamarque (D.) et Miller (G.), *Les contrôles des fonds européens par les chambres régionales des comptes*, AJDA 2002, p. 25
- Landais (C.) et Lenica (F.), *Chronique général de jurisprudence administrative française*, AJDA 2006, p. 137
- Laroque (M.), *La contractualisation comme technique de tutelle : l'exemple du secteur social*, AJDA 2003, p. 976
- Lascombe (M.) et Vandendriessche (X.), *L'autonomie financière des collectivités territoriales encore en chantier*, RFDA 2005, p. 417
- Latour (X.), *Quel partenariat entre la commune et le département en matière de prévention de délinquance ?*, AJDA 2008 p. 1924
- Le Bos - Le Pourhiet (A-M.), *La décentralisation et ses symboles*, Revue adm. 1983, p. 437
- Le Chatelier (G.), *Le débat sur la clause générale de compétence est-il vraiment utile ?*, AJDA 2009, p. 186
- Leclerc (S.) et Mondésert (X.), *Vers une responsabilité des collectivités territoriales en cas de violation du droit communautaire*, AJDA 2002, p. 201
- Lerique (F.), *La réforme territoriale, Sisyphe au pays de Don Quichotte*, AJDA 2013, p. 1185
- Madiot (Y.), *Les techniques de correction de la répartition des compétences entre collectivités locales*, RFDA 1996, p. 964
- Madiot (Y.), *Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire*, RFDA 1995, p. 868
- Madiot (Y.), *Vers une « territorialisation » du droit*, RFDA 1995, p. 946
- Maetz (O.), *QPC et personnes publiques*, AJDA 2011, p. 1411
- Mamontoff (C.), *Le bilan des transferts des compétences en matière aéroportuaire : le cas du Languedoc-Roussillon*, RFDA 2009, p. 1166
- Marcou (G.), *La notion juridique de régulation*, AJDA 2006, p. 347
- Marcou (G.), *Le bilan en demi-teinte de l'acte II : décentraliser plus ou décentraliser mieux ?*, RFDA 2008, 295
- Maugüé (C.) et Schwartz (R.), *Etendue du pouvoir d'annulation du juge du contrat*, AJDA 1992, p. 480

- Maugüé (C.), *Les contrats entre collectivités saisis par le droit de la concurrence*, AJDA 2003, p. 981
- Mescheriakoff (A-S.), *La planification entre centralisation et décentralisation*, RFDA 1995, p. 999
- Mescheriakoff (A-S.), *Ordre administratif intérieur et contrat*, RFDA 1997, p. 1129
- Moderne (F.), *Les conventions entre personnes publiques*, RFDA 1984, p. 18
- Moderne (F.), *Le renforcement de la tutelle sur les marchés publics hospitaliers*, RFDA 1985, p. 211
- Molitor (C.), *La tutelle administrative sur les pouvoirs locaux : le régime applicable en région de Bruxelles-Capitale*.
- Morand-Deville (J.) et Monchambert (S.), *Les nouvelles responsabilités des collectivités locales*, RDP 1988
- Moreau (J.), *De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel*, AJDA 1965, p. 3
- Moreau (J.), *Les « matières contractuelles »*, AJDA 1998, p. 747
- Pépy (D.), *Une formule originale, le contrat de pays*, Rev. Adm. 1975, p. 623
- Pissaloux (J-L.), *Thème et variations sur la réforme des collectivités territoriales*, Gestion et finances publiques 2009, n° 11 p. 812
- Plessix (B.), *Une prérogative de puissance publique méconnue : le pouvoir de substitution d'action*, RDP n°2-2003
- Pontier (J-M.), *Clarification de la répartition des compétences : le rapport Lefèvre*, JCPA 2011 n° 10, p. 2092
- Pontier (J-M.), *Les contrats de plan entre l'Etat et les régions*, AJDA 1985 p. 331
- Pontier (J-M.), *Contractualisation et planification*, RDP 1993, p. 641
- Pontier (J-M.), *Territorialisation et déterritorialisation de l'action publique*, AJDA 1997, p. 723
- Pontier (J-M.), *La personnalité publique, notion anisotrope*, RFDA 2007, p. 979
- Pontier (J-M.), *Des CPER aux CPER : les contrats de projet 2007-2013*, AJDA 2008, p. 1653
- Pontier (J-M.), *Retour sur une région refusée*, AJDA 2009, p. 805
- Pontier (J-M.), *Requiem pour une clause générale de compétence ?*, JCP A 2011 n° 2 p. 2015

- Pontier (J.-M.), *Les contrats de plan Etat-régions 2014-2020*, JCP A 2014 n° 16, étude n° 2118, p. 17
- Portier (N.), *Un nouveau mode de relations entre l'Etat et ses partenaires : l'exemple de l'aménagement du territoire*, AJDA 2003, p. 986
- Poulet-Gibot Leclerc (N.), *La contractualisation des relations entre les personnes publiques*, RFDA 1999, p. 551
- Poulet-Gibot Leclerc (N.), *Le pouvoir hiérarchique*, RFDA 2007, p. 508
- Priet (F.), *L'Urbanisme est-il soluble dans le contrat ?*, AJDA 2011, p. 2157
- Prouzet, (M.) *Les contrats de pays*, MTP 7 août 1976, p. 9
- Regourd (S.), *De la décentralisation dans ses rapports avec la démocratie, genèse d'une problématique*, RDP 1990, p. 961
- Renouard (L.), *Les financements des collectivités territoriales en provenance de l'Etat : le cadre et son évolution*, Gestion et finances publiques 2009, n° 11 p. 804
- Ribot (C.), *Les transferts des compétences aéroportuaires*, RFDA 2009, p. 1160
- Richer (L.), Jeanneney (P.-A.), Nicinski (S.), *Actualités du droit de la concurrence et de la régulation*, AJDA 2008 p. 675
- Richer (L.), *La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques*, AJDA 2003, p. 973
- Richer (L.), *La notion de tutelle sur les personnes en droit administratif*, RDP 1979 p.971
- Rihal (H.), *La généralisation du revenu de solidarité active*, AJDA 2009, p. 198
- Riveline (C.) et Rials (S.), *L'Etat en questions*, Revue adm. 1989, p. 105
- Rizzardo (R.), *La répartition réelle des rôles entre l'Etat et le pouvoir local*, AJDA 2000, p. 75
- Roblot-Troizier (A.), *Retour sur le pouvoir de contrôle de l'administration à l'égard de son cocontractant*, RFDA 2007, p. 990
- Rousseau (D.), *Le principe de libre administration et d'égalité à l'épreuve de l'aménagement du territoire*, RFDA 1995, p. 876
- Schmidt-Assmann (E.), *Principes de base d'une réforme du droit administratif*, RFDA 2008 p. 427 (1^{ère} partie) et p. 667 (2^e et 3^e parties).
- Schöndorf-Haubold (B.), *L'émergence d'un droit commun de l'autonomie territoriale en Europe*, RFAP 2007 n° 121-122, p. 203
- Seiller (B.), *Le pouvoir disciplinaire sur les maires*, AJDA 2004, p. 1637

Sempé (F.), *Réforme des collectivités territoriales : pour en finir avec quelques dogmes*, AJDA 2009, p. 281

Sestier (J-F.), La coopération contractuelle comme alternative à la coopération institutionnelle, AJDA 2013, p. 857

Siné (A.), Veillet (I.), *La performance : un outil et une démarche indispensable au pilotage des politiques publiques*, in *Lolf : le bilan*, Regards sur l'actualité, La documentation française 2007, p. 22

Stirn (B.), *Le juge administratif et les contrats entre collectivités publiques*, AJDA 1990, p. 139

Tesson (F.), *La notion française d'activité économique des personnes publiques*, AJDA 2013, p. 1675

Tourette (F.), *RMI et contrat d'insertion : compétence du département et nécessité d'un projet viable*, AJDA 2007, p. 1611

Turpin (D.), *Les nouvelles compétences des régions*, AJDA 2008, p. 1645

Vandelli (L.), *Formes et tendances des rapports entre Etats et collectivités territoriales*, RFAP 2007, p. 203

Waline (J.), *Les contrats entre personnes publiques*, RFDA 2006, p. 229

Waline (M.), *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel*, RDP 1930 p. 209

Index jurisprudentiel et textuel

I) INDEX JURISPRUDENTIEL

Cet index présente, selon la juridiction et dans l'ordre chronologique, les principales jurisprudences précédemment citées. Ces jurisprudences sont assorties de références complètes qui ne figurent pas toutes dans les notes de bas de page afin de ne pas alourdir celles-ci.

A) Décisions du Conseil constitutionnel

Cons.const. déc., n° 70-63L du 9 juillet 1970, *Nature juridique de certaines dispositions de l'article 10, premier alinéa de la loi du 10 juillet 1964 portant réorganisation de la région parisienne*, Rec. CC, p. 41 ;

Cons.const. déc. n° 71-70L du 23 avril 1971, *Nature juridique de certaines dispositions de l'article 10 alinéa 3 de la loi du 10 juillet 1964 portant réorganisation de la région parisienne et articles 98 dernier alinéa, et 115 alinéa 2, modifié du code de l'administration communale*, Rec. CC, p. 39

Cons.const. déc., n° 79-104 DC du 23 mai 1979, *Territoire de la Nouvelle-Calédonie*, Rec. CC, p. 27 ; RDP 1979 chron. Favoreu ; *Gaz. Pal.* 1981, p. 126 chron. Hamon ; D. 1981, I.R., anonyme

Cons.const, n° 81-134 DC du 5 janvier 1982, *Loi d'orientation autorisant le gouvernement par application de l'article 38 de la Constitution à prendre des mesures d'ordre social*, Rec. CC, p. 15

Cons.const.déc. n° 82-137 DC du 25 février 1982, *loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions*, Rec. CC, p. 38, cons. n° 4 ; AJDA 1982, p. 303 note Boulouis ; JCP 1983 note Franck ; RDP 1982 p. 1259, chron. Favoreu

Cons.const., déc. n° 83-160DC du 19 juillet 1983, *Loi portant approbation d'une convention fiscale avec le territoire d'outre-mer de Nouvelle-Calédonie et dépendances*, Rec. CC, p. 43 ; AJDA 1984, p. 28 note Jarnevic ; JCP 1985, II, 20352 note Labayle ; RDP 1986, p. 395 obs. Favoreu

Cons.const., déc. n° 83-168DC du 20 janvier 1984, *Loi portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale*, Rec. CC, p. 38 ; D. 1985, IR, p. 359 note Hamon ; AJDA 1984, p. 258, note Nemery ; L. Favoreu, *Libertés locales et libertés universitaires*, RDP 1984, p. 687

Cons.const, déc. n° 84-185 DC du 18 janvier 1985, *Loi modifiant et complétant la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 et portant dispositions diverses relatives aux rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales*, Rec. CC, p. 36 ; RDP 1986, p. 395 chron. Favoreu

Cons.const., déc. n° 85-196 DC du 8 août 1985, *Evolution de la Nouvelle-Calédonie* : Rec. CC, p. 31 ; obs. Favoreu, RDP 1986, p. 395 ; note L. Hamon, AJDA 1985, p. 609 ; note F. Luchaire Dalloz 1986, p. 45

Cons.const., déc., n° 86-207DC des 25-26 juin 1986, *Loi autorisant le gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, cons. 58, Rec. CC, p. 61 ; AJDA 1986, p. 575 note Rivero ; AIJC 1986, p. 427, note Genevois ; RDP 1989, p. 458, note Favoreu⁸

Cons.const., déc. n° 87-237 DC du 30 décembre 1987, *Loi de finances pour 1988*, cons. 11, Rec. CC, p. 63 ; O. Fouquet, *Les agréments fiscaux*, JCP Cahiers du droit de l'entreprise, 1991, I, 86

Cons.const., déc., n° 89 -269 DC du 22 janvier 1990, *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé*, Rec. CC, p. 33 ; AJDA 1990, note Benoit-Rohmer, p. 471 ; RFDC 1990, p. 330 note Favoreu

Cons.const., déc. n° 90-274DC du 23 mai 1990, *Loi visant à la mise en œuvre du droit au logement*, Rec. CC, p. 61 ; RFDC 1990, p. 497, obs. Favoreu ; RDSS 1990, p. 711 note Prétot

Cons.const., déc. n° 91-290 DC, 9 mai 1991, *Loi relative au congé de représentation en faveur des associations et des mutuelles et au contrôle des comptes des organismes faisant appel à la générosité publique*, Rec. p. 50 ; LPA 1991 p. 20 note Carpentier, RFDC 1991 p. 305 et 487 note Favoreu ; RFDA 1991 p. 407 obs. Genevois ; RFDC 1991 p. 484 note Luchaire ; L. Favoreu et L. Philip, *Grandes décisions du conseil constitutionnel*, Dalloz 2009, p. 595-609

Cons.const., déc., n° 91-298DC du 24 juillet 1991, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, Rec. p. 82 ; RFDC 1991, p. 722 note Philip ; RDP 1992, p. 50 note Rousseau

Cons.const., déc., n° 92-316DC du 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, Rec. CC p. 14 ; LPA 2 juin 1993, p. 4 note Mathieu et Verpeaux ; D. Pouyaud, *Concurrence transparence et libre administration*, RFDA 1993, p. 902

Cons.const., déc.n° 94-348DC d u 3 août 1994, *Loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives n° 92/49 et n° 92/96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du conseil des communautés européennes*, Rec. CC, p. 117 ; JCP G 1995, II, 22404 obs. Broussolle, RFDA 1994, p. 832 note Gaïa, LPA 28 avril 1995, p. 5 note Mathieu ; D. 1995, obs. Mélin- Soucramanien , p. 344 ; RTD civ. 1996, p. 151 obs. Mestre

Cons.const., déc. n° 94-358DC du 26 janvier 1995, *Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire*, Rec CC. 183 ; LPA 1995, n° 126, p. 8 note Mathieu et Verpeaux ;

D. Rousseau, *Les principes de libre administration locale et d'égalité à l'épreuve de l'aménagement du territoire*, RFDA 1995, p. 876; Y. Madiot, *Vers une territorialisation du droit ?*, RFDA 1995, p. 946

Cons.const., déc. n° 96-387DC du 21 janvier 1997, Loi tendant, dans l'attente du vote de la loi instituant une prestation d'autonomie pour les personnes âgées dépendantes, à mieux répondre aux besoins des personnes âgées par l'institution d'une prestation spécifique dépendance, Rec. CC, p. 23 ; AJDA 1997, p. 165, obs. Schrameck ; RDP 1997, p. 681 note Prétot ; RFDC 1997, p. 323 obs. Mélin-Soucramanien ; LPA 12 février 1997, p. note Zarka ; LPA 17 octobre 1997, p. 10, obs. Mathieu et Verpeaux ;

Cons.const., déc.n° 97-388 DC du 20 mars 1997, Loi créant les plans d'épargne retraite, Rec. CC, p. 31 ; JCP G 1997, I, p. 4039 obs. Fabre-Magnan ; LPA 17 octobre 1997, p.13, obs. Mathieu et Verpeaux ; RFDC 1997, p. 328 obs. Favoreu et Mélin-Soucramanien ; RTD civ. 1998, p. 99 note Molfessis

Cons.const., déc., n° 98-401DC du 10 juin 1998, Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, Rec. CC, p. 269 ; RFDC 1998 p. 640 note Favoreu ; AJDA 1998, p. 495 obs. Schoettl ; LPA 2 décembre 1998, p. 18, obs. Mathieu et Verpeaux ; RTD civ 1998, p. 796 obs. Molfessis

Cons.const., déc., n°98-405DC du 29 décembre 1998, Loi de finances pour 1999, Rec. p. 326 ; AJDA 1999, p. 14 note Schoettl ; RFDC 1999, p. 129 note Philip

Cons.const., déc.n° 98-407 DC du 14 janvier 1999, Mode d'élection des conseils régionaux, Rec. CC, p. 21 ; obs. Schoettl, AJDA 1999, p. 149 ; obs. Zarka, JCP A 1999, p. 449

Cons.const., déc. n° 99-412 DC, 15 juin 1999, Charte européenne des langues régionales ou minoritaires; Rec. p. 7 ; RFDA 1999, p. 594 note Verpeaux ; RDP 1999, p. 985 note Mélin-Soucramanien

Cons.const., déc. n° 2000-436DC d u 7 décembre 2000, Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains, Rec.CC, p. 176 ; AJDA 2001, p. 26, obs. Schoettl ; RFDC 2001, p. 346, obs. Mélin-Soucramanien ; D. 2001, somm. 1840 note Favoreu

Cons.const., déc.,n° 2001-456 DC, 27 décembre 2001, Loi de finances rectificative pour 2001, Rec. p. 180 ; LPA 7 janvier 2002, p. 15, note Schoettl ; RFDC 2002, p. 194 note Philip

Cons.const., déc.,n° 2002-464 DC du 27 décembre 2002, Loi de finances pour 2002, Rec.CC, p. 583 ; LPA 7 janvier 2003, p. 3 note Schoettl

Cons.const., déc. n° 2002-465 DC du 13 janvier 2003, Loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi, Rec. CC, p. 43 ; D. 2003, p. 638, obs. Mathieu ; D. 2004, p. 1280, note Ogier-Bernaud ; LPA 2003, p. 24, obs. Mathieu et Verpeaux

Cons.const.,déc. n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit, Rec. CC, p. 382 ; RFDC 2033, p. 772 note Fatôme et Richer ; RDP 2003, p. 1163 note Lichère

Cons.const.,déc. n° 2003-487DC du 18 décembre 2003, Loi portant décentralisation en matière de revenu minimum d'insertion et créant un revenu minimum d'activité, , Rec. CC, p. 473 ; LPA 27 décembre 2004, p. 13 obs. Janicot, Mathieu et Verpeaux ; RDSS 2004, p. 53 note Borgetto ;

RFDC 2004, p. 114 note Gay ; D. 2004. 1274, note Duffy ; AJDA 2004, p. 216 note Schoettl ; RFDA 2004, p. 1150 note Faure

Cons.const., déc.n° 2004-490 DC du 12 février 2004, *Loi portant statut de la Polynésie française*, Rec. CC, p. 41 ; RFDA 2004, p. 248 note Schoettl ; LPA 3 août 2004, p. 3 note Jan ; RFDA 2004, p. 3 obs. Roux ; RDP 2004, p. 1727 note F. Luchaire ; LPA 30 mai 2005, p. 7, chron. Janicot et Verpeaux ; RFDC 2006, p. 375, obs. Goesel-Le Bihan

Cons.const., déc., n° 2004-503, DC du 12 août 2004, *Loi relative aux libertés et aux responsabilités locales*, Rec. CC, p. 144 ; AJDA 2004, p. 1960 note Verpeaux ; LPA du 31 août 2004 p.3 note Schoettl ; RFDA 2004, p. 1150 note Faure

Cons.const.,déc. n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004, *Loi de simplification du droit*, Rec. CC, p. 211 ; LPA 22 décembre 2004 note J-E. Schoettl ; LPA 15 décembre 2005, chron. Janicot p. 4

Cons.const.,déc. n° 2005-516 DC du 7 juillet 2005, *Loi de programme fixant les orientations pour la politique énergétique*, Rec. CC, p. 102 ; DA août-sept. 2005.21 comm. n° 14 note R. Fraisse ; D. 2006, SC. 826, obs. V. Ogier-Bernaud et C. Severino

Cons.const., déc., n° 2006-543DC du 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, Rec. CC, p. 120 ; RFDA 2006, p. 1163 note de Bellescize ; AJDA 2006, p. 2438, note Charbit ; AJDA 2007 p. 473 note Marcou ; LPA 7 déc. 2006, p. 3 note Schoettl ; LPA 4 janv. 2007, p. 3 note Clarenc ; LPA 7 mars 2007, p. 4 note Quiot ; JCP A 2007, p. 30 note Drago ; DA 2007, p. 3 et 31 note Noguellou ; RFDC 2007, p. 313 note Magnon ; D. 2007 p. 1760 note Verpeaux ; CJEG 2007 p. 41 note Molina ; RFAP 2007 p. 596 note Rambaud et Roblot-Troizier

Cons.const., déc. n° 2007-547 DC du 15 février 2007, *Loi organique portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer*, Rec. CC, p. 60 ; AJDA 2008, p. 398, obs. Brondel ; LPA 5 avril 2006, note Schoettl ; JCP G 2007, n° 24 p. 13, note Verpeaux ; RFFP 2008, p. 12, chron. Prétot

Cons.const.,déc. n° 2007-559 DC du 6 décembre 2007, *Loi organique tendant à renforcer la stabilité des institutions et la transparence de la vie politique en Polynésie française*, Rec. CC, p. 439 ; note X. Magnon, RFDC 2008, p. 283 ; chron. T. Rambaud et A. Roblot-Troizier, RFDA 2008, p. 603

Cons.const., déc. n° 2008-567 du 24 juillet 2008, *Loi relative au contrat de partenariat*, Rec. CC, p. 341 ; LPA 7 août 2008, p. 11, note H. Mouannès ; Gaz. Pal 8-9 août 2008, p. 2 note D. Linotte ; AJDA 2008, p. 1664, note J-D. Dreyfus ; RFDA 2008, p. 1233, obs. A. Roblot-Troizier ; BJCP 2008, p. 310, obs. P. Terneyre ; RFDC 2009, p. 197, obs. P. Rapi

Cons.const., déc. n° 2009-598 DC du 21 janvier 2010, *Loi organique tendant à permettre à Saint-Barthélemy d'imposer les revenus de source locale des personnes établies depuis moins de cinq ans*, Rec. CC, p. 47 ; RDF n° 28, 15 juillet 2010, p. 29, note Dubut

Cons.const., déc. n° 2010-618DC du 9 décembre 2010, *Loi de réforme des collectivités territoriales*, Rec. CC, p. 367 ; M. Verpeaux, *Les ambiguïtés entretenues du droit constitutionnel des collectivités territoriales*, AJDA 2011, p. 99 ; R. Bousta, *Les sages choisissent la prudence*, LPA 2011, n° 14, p. 5 ; G. Marcou, *Le Conseil constitutionnel et la*

réforme des collectivités territoriales, AJDA 2011, p. 129 ; M-C Rouault, *La loi de réforme des collectivités territoriales au crible du Conseil constitutionnel*, JCP A 2001, n° 2, p. 16 ; J-M. Pontier, *Requiem pour une clause générale de compétence*, La semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales, 2010, n°2 p. 47.

Cons.const., déc. n° 2010-12 QPC du 2 juillet 2010, Commune de Dunkerke, Rec. CC, p. 134 ; AJDA 2010, p. 1594, chron. Verpeaux ; JCP A 2010, n° 36, p. 24 note Pontier ; RFDA 2010, n° 4 p. 713, note Geffray ; DA 2010, n° 11, p. 26 note Pissaloux

Cons.const., déc. n° 2010-107 QPC du 17 mars 2011, Syndicat mixte chargé de la gestion du contrat urbain de cohésion sociale de l'agglomération de Papeete, Rec. CC, p. 151 ; RFDC n° 88, oct. 2011 chron. Roux ; AJDA 2011, p. 1735 note Verpeaux

Cons.const., déc. n° 2011-146 QPC du 8 juillet 2011, Département des Landes, Rec. CC, p. 341 ; JCP A 29 août 2011, n°35, p. 25-28 note Pauliat ; AJDA 2011, p. 1809, note Braconnier ; Rev. Lamy CT, oct. 2011, n° 72 note Carton ; DA nov. 2011, n° 11, p. 31 note J-B. Auby ; RJEP 2011, n° 691, p. 11, note Terneyre ; AJDA 2011, p. 2067, note Verpeaux ;

Cons.const., déc. n° 2012-238 QPC du 20 avril 2012, SA Paris-Saint-Germain football, Rec. CC, p. 214 ; LPA 2012, n° 205, p. 5 note Tessier

B) Décisions du Tribunal des conflits

TC, 15 janvier 1968, Compagnie Air France c. Epoux Barbier, Rec. 789, concl. Kahn ; RDP 1968, p. 893 note Waline ; RDP 1969, p. 142, concl. Kahn ; AJDA 1968, p. 225 chr. Massot et Dewost ; Dalloz 1969, p. 202 note J-M. Auby ; GAJA 18° éd. n° 83, p. 567

TC, 21 mars 1983, UAP c/ Ministre des P. et T., Rec. CE, p. 537 ; AJDA 1983, p. 356, concl. Labetoulle ; D. 1984, V, p. 33, note Auby et Hubrecht6

TC, 14 février 2000, GIP Habitat, Rec. CE, p. 748 ; GAJA n° 106 ; AJDA 2000, p. 645, chr. Guyomar et Collin ; JCP 2000.II.10301, note Eveno ; AJFP juill-août 2000, p. 13, comm. Mekhantar ; LPA 4 janv. 2001, note Gégout et 24 juillet 2001, note Demaye ; RTD com. 2000, p. 602, obs. Orsoni

TC, 18 juin 2007, Société Briançon Bus, Rec. CE, p. 600

C) Décision des tribunaux administratifs

TA, Montpellier, 8 juillet 1985, Demeglio, AJDA 1986, p. 109

TA Nice, 4 février 1986, Mme Monique Descamps, AJDA 1986, p. 508, note J. Moreau

TA Lyon, 10 décembre 1989, *Revue juridique de l'environnement* 1990, p. 1198

TA Lyon, 6 octobre 1992, M. X

TA Rennes, 6 juillet 1994, M. X

TA Bordeaux, 7 novembre 2006, Association des propriétaires et riverains exploitants agricoles de la Dordogne et autres, req. n° 0301268

TA Clermont-Ferrand, 15 avril 2010, Mme Vinatie et M. Binet, req. n° 0900441, AJDA 2010, p. 1667

D) Décisions des Cours administratives d'appel

CAA Douai, 17 mai 2000, Commune d'Hautmont, Rec. CE., T. p. 862 et 1142 **CAA Douai, 6 août 2010, Département du Nord**, req. n° 10DA00250 et 09DA01797 **CAA Marseille, 11 décembre 2001, Département du Gard**, req. n° 98MA00718

CAA Nancy, 1^{er} juin 2006, Commune de Joeuf

CAA Nancy, 6 avril 2000, Commune de Saint-Dié, req. n° 96NC000447

CAA Versailles, 9 mars 2006, Département des Yvelines, req. n° 03VE02793

E) Décision du Conseil d'Etat

CE, 17 mars 1893, Compagnie des chemins de fer du Nord, S. 1894.3.119, concl. Romieu

CE, 29 mars 1901, Casanova, Rec. CE, p. 333 ; GAJA 18^e éd., n° 8

CE, 4 août 1905, Martin, Rec. 749, concl. Romieu ; D. 1907.3.49, concl. Romieu ; RDP 1906, p. 249 note Jèze ; S. 1906.3.49, note Hauriou

CE, 21 décembre 1906, Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli, Rec. CE, p. 962, concl. Romieu ; D. 1907.3.41, concl. Romieu ; S. 1907.3.33, note Hauriou, GAJA 18^e éd. n° 16

CE, 27 janvier 1911, Richemond, Rec. CE, p. 105, concl. Helbronner, D. 1913.3.133

CE, 24 novembre 1911, Commune de Saint-Blancard, Rec. CE, p. 1089 ; S. 1912.3.1 note Hauriou

CE, 17 janvier 1913, Congrégation des sœurs de Saint-Régis, Rec. 72, concl. Corneille

CE, 25 juin 1920, Le Doussal et Métour, Rec. CE, p. 639, D. 1920.3.8

CE, 17 février 1930, Dufour, Rec. CE, p. 176, DH 1930, p. 225

CE, Sect. 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, Rec. CE., p. 583 ; RDP 1930, p. 530 concl. Josse ; S. 193.3.73, concl. Josse note Alibert ; RJEP 2011.1 comm. Lombard ; GAJA 19^e éd. n° 42

CE, Ass. 17 juin 1932, Ville de Castelnaudary, Rec. 595

CE, Sect. 23 février 1934, Cornet, Rec. CE, p. 261

CE, Sect. 7 février 1936, Jamart, Rec. CE, p. 172 ; GAJA 18^e éd. n° 487

CE, Sect. 10 décembre 1937, Union des contribuables de Limoges, Rec. CE, p. 10193

- CE, Sect. 2 décembre 1938, *Laily*, Rec. CE, p. 905
- CE, Sect. 9 juillet 1948, *Bourgade et autres*, Rec. CE, p. 314
- CE, Sect. 30 juin 1950, *Quéralt*, Rec. 413, D. 1951, p. 593 note F. Marion ; Dr. soc. 1951, p. 246, concl. J. Delvolvé ; JCP 1950 n° 5909; note B.H., S. 1951.3.85, note J-M. Auby
- CE, 30 octobre 1953, *Carrère*, Rec. CE, p. 463
- CE, 9 février 1955, *Société la belle Gaule*, Rec. 77
- CE, 20 avril 1956, *Ecole professionnelle de dessin*, Rec. CE, p. 163
- CE, Ass. 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, Rec. CE, p. 2465 ; AJDA 1958.II, n° 267 p. 282 concl. Kahn ; D. 1958.J.730 note A. de Laubadère
- CE, Sect. 23 mai 1958, *Consorts Amoudruz*, Rec. CE, p. 301, chron. Fournier et Combarous, AJDA 1958, 2, p. 309
- CE, 26 juin 1958, *Chambre syndicale de la sidérurgie française*, Rec. CE, p. 365
- CE, 2 janvier 1959, *Lecomte*, Rec. CE, p. 4
- CE, 10 mai 1960, *Compagnie des Hauts-Fourneaux de Givors*, Rec. p. 503
- CE, 11 janvier 1961, *Barbaro et de la Marnière*, Rec. CE, p.25
- CE, 13 juillet 1961, *Commune de Thuir*, Rec. CE, p. 483
- CE, 10 juillet 1964, *Centre médico-pédagogique de Beaulieu*, Rec. CE., p. 1999
- CE. Sect. 10 mars 1967, *Ministre de l'économie et des finances c/ Société Samat*, AJDA 1967, p. 280 concl. Galmot
- CE, Sect. 11 déc. 1970, *Crédit Foncier de France c/ Demoiselle Gaupillat et Dame Ader*, Rec. CE, p. 750, concl. Bertrand ; AJDA 1971, p. 196 ; chr. H.T.C ; D. 1971, p. 674 note Loschak ; JCP 1972.II.17232, note Fromont ; RDP 1971, p. 1224, note M. Waline ; GAJA, 18^e éd., n° 84
- CE, 8 janvier 1971, *URSSAF des Alpes-Maritimes*, Rec. CE, p. 11 concl. Vught ; AJDA 1971, p.161 note Ferrari
- CE, Sect. 19 mars 1971, *Mergui*, Rec. CE, p. 235, concl. M. Rougevin-Baville ; RDP 1972, p. 234 note Waline ; CJEG 1972, p. 35 note X
- CE, Sect. 14 mai 1971, *Fasquelle*, Rec. CE, p. 360
- CE, 17 mars 1972, *Mme Figaroli*, Rec. 224, AJDA 1972, p. 213, chron. Labetoulle et Cabanes ;
- CE, 22 février 1974, *Association des propriétaires des Communes de Saclas et autres*, Rec. CE, p. 134
- CE, Ass. 22 février 1974, *Adam*, Rec. CE, p. 145
- CE, 30 octobre 1974, *Commune de Saint-Pierre-les Bois c/ Gohin*, Rec. CE, p. 525
- CE, Sect. 18 mars 1977, *Chambre de commerce de La Rochelle*, Rec. CE, p. 153, concl. Massot
- CE, 6 juillet 1977, *Syndicat national des ingénieurs et techniciens agréés*, Rec. CE, p. 306

- CE, 9 juin 1978, *SCI du 61-67 Boulevard Arago***, Rec. CE., p. 237 ; JCP 1979.II.19032, concl. Genevois
- CE, 29 juin 1979, *Mme Bourgeois***, concl inédites P. Dondoux cité par A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, op. cit., T.1, p. 81
- CE, 29 avril 1981, *Ordre des architectes***, Rec. CE, p. 198 ; AJDA 1981, p. 431 note Genevois
- CE, 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux***, Rec. CE, p. 33 ; RDP 1984, p. 212 note J-M. Auby ; RFDA 1984, p. 45 note Llorens
- CE, Sect. 28 octobre 1983, *Association des producteurs maraîchers libres***, req. n° 23280
- CE, Sect. 9 décembre 1983, *Ville de Paris***, Rec. CE, p. 499, concl. Genevois ; AJDA 1982, p. 82 chron. Lasserre et Delarue
- CE, 8 mars 1985, *Association les amis de la terre***, Rec. 73, note Moreau ADJA 1985 p. 382, concl. Jeanneney RFDA 1985 p. 363
- CE, 6 mai 1985, *Association Eurolat***, RFDA 1986, p. 21 concl. Genevois ; AJDA 1985, p. 620 note Fatôme et Moreau ; RDP 1986, p. 21 note Llorens
- CE, 18 avril 1986, *COREP d'Ille-et-Vilaine***, Rec. CE. T. p. 423 ; *D.* 1987.70, note P. Négrin, *Gaz. Pal.* 1986.2. somm. 491, note X. Prétot, *AJDA* 1986.455, obs. D. Chabanol, *RFD adm.* 1987.206, concl. Roux
- CE, 19 décembre 1986, *Darmon***, Rec. 284, RDSS 1987, p. 473, concl. Robineau
- CE, 11 mai 1987, *Divier***, Rec. CE., p. 167
- CE, Ass. 8 janvier 1988, *Ministre chargé du plan et de l'aménagement du territoire c/ Communauté urbaine de Strasbourg***, Rec. CE., p. 2 ; chron. Azibert et de Boisdeffre AJDA 1988, p. 137 ; concl. Daël, RFDA 1988, p ; 257
- CE, 11 juillet 1988, *Commune de Fréjus***, RFDA 1988, p. 741
- CE, 23 novembre 1988, *Dumont***, Rec. CE, p. 418, JCP 1988, IV, p. 412
- CE, 6 mars 1989, *Union des transporteurs en commun de voyageurs des Bouches du Rhône***, req. n° 34015
- CE, Sect. 31 mars 1989, *Département de la Moselle***, Rec. CE, p. 105 ; RFDA 1989, p. 466, concl. Fornacciari ; AJDA 1989, p. 315, chr. Baptiste et Honorat ; RA 1989, p. 368 note Terneyre
- CE, 16 juin 1989, *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de Belcodène***, Lebon p. 512
- CE, 1^{er} mars 1991, *Pabion***, Rec. CE, p. 69, RDSS 1992, p. 201, concl. P. Hubert ; RFDA 1991, p. 390
- CE, Sect. 26 juillet 1991, *Commune de Sainte-Marie***, Rec. CE, p. 302 ; RFDA 1991, p. 966, concl. Legal ; AJDA 1991, p. 693, chron. Maugué et Schwartz
- CE, 13 mai 1992, *Commune d'Ivry-sur-Seine***, Rec. CE p. 1982
- CE 25 mai 1992, *Département de l'Hérault***, AJDA 1992, p. 532 chron. Maugué et Schwartz

- CE, 14 avril 1995, *Mme Bigaud***, Rec. CE, p. 184, JCP 1995. IV. 216
- CE, Ass. 10 juillet 1996, *Cayzele***, Rec. CE, p. 272 ; AJDA 1996, p. 732, chron. Chauvaux et Girardot ; CJEG 1996, p. 382 note Terneyre ; RFDA 1997, p. 89 note Delvolvé ; Mél. Guibal, p. 345, comme J-L. Mestre
- CE, 25 octobre 1996, *Association Estuaire-Ecologie***, Rec. CE, p. 415 : RFDA 1997, p. 339, concl. J-H. Stahl, note Madiot, D. 1997, p. jur., p. 441, note C. Le Noan
- CE, Sect. 28 février 1997, *Commune du Port*** ; AJDA 1997, p. 421 chron. Chauvaux et Girardot ; JCP G 1997, n° 36, p. 374 note Dupont-Marillia ; RFDA 1997, p. 1190, concl. Stahl et p. 1198 note Douence ; D. 1998 n° 43 p. 409, chron. Verpeaux et Marceau
- CE, 4 juillet 1997, *Région Rhône-Alpes***, req. n° 161380
- CE, 14 janvier 1998, *Syndicat départemental Interco 35 CFDT***, AJDA 1999, p. 164 note Petit ; DA 1998, n° 231, obs. J.C.B
- CE, Sect. 28 janvier 1998, *Société Borg Wagner***, Rec. CE, p. 21 ; CJEG 1998, p. 269 note Moderne
- CE, 20 mai 1998, *Communautés de communes du Piémont-de-Barr***, RFDA 1998, p. 593 concl. Savoie
- CE, 15 octobre 1999, *Commune de Savigny-le-Temple c/ Ministère de l'intérieur***, req. n° 196548 ; RFDA 2011, p. 128 note Marceau et Verpeaux ; DA 2000, n° 1 p. 11
- CE, Sect. 18 janvier 2001, *Commune de Venelles***, Rec. 18 ; *GAJA* 18° éd. n° 105 ; CJEG 2011, p. 161 concl. Touvet ; RFDA 2001, p. 378 concl. Touvet et p. 681 note Verpeaux ; AJDA 2001, p. 153 chr. Guyomar et Collin ; D. 2002, p. 2227, obs. Vandermeeren ; LPA 12 février 2001 note Chahid-Nourai et Lahami-Dépinay
- CE, 12 juin 2002, *Commune de Fauillet***, Rec. 215 ; AJDA 2002, p. 590 chr. Donnat et Casas
- CE, Ass. Avis du 6 décembre 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré de l'Hay-les-Roses***, Rec. CE, p. 433, concl. Le Chatelier ; AJDA 2003, p. 280 chron. Donnat et Casas
- CE, 28 mars 2003, *Association MJC de Meru***, req. n° 252448. Rec. Leb. Tables.
- CE, 13 novembre 2006, *Région pays de Loire***, req. n° 287665 ; RJEP 2007 n° 644, p. 280 note Terneyre ; Rev. Lamy CT 2007, n° 20, p. 199
- CE, 29 décembre 2006, *M. Yves A***, req. n° 289548
- CE, 21 mars 2007, *Région des pays de la Loire***, req. n° 278327 ; DA 2007, n° 10 p. 22, concl. Glaser ; LPA 23 octobre 2007, chron. Aivazzadeh-Barré, Baghestani-Perrey et Pissaloux
- CE, 17 octobre 2007, *Département des Landes***, req. n° 290009, *AJDA* 2007, p. 2006
- CE, Sect. 21 décembre 2007, *Région du Limousin et autres***, req. n° 293260, concl. Prada-Bordenave, BJCP n° 57, p. 138 ; AJDA 2008, p. 481 note Dreyfus ; JCP A 2008, p. 32 obs. Pontier

- CE, 7 mars 2008, *Ministre de l'écologie et du développement durable***, req. n° 290259 ; RJE 2009, n° 2 p. 266 ; Rev. Lamy CT, n° 34, p. 14 concl. Glaser
- CE, 19 novembre 2008, *Communauté urbaine de Strasbourg***, note M. Verpeaux, *Comment refuser la décentralisation des compétences ?*, AJDA 2009, p. 425
- CE, 24 novembre 2008, *Syndicat mixte d'assainissement de la région du Pic-Saint-Loup*** ; BJCP 2009, p. 151, concl. Dacosta ; AJDA 2009, p. 319 note J-D. Dreyfus ; CMP 2009, comm. 7 Eckert ; DA comm. 19 F. Melleray ; RJEP mai 2009 p. 14 note Pelissier
- CE, 18 février 2009, *Association Comité CSG***, Rec. CE, p. 8885
- CE, Sect. 8 avril 2009, *Association Alcaly et autres***, Rec. CE, p. 112 ; RFDA 2009, p. 463 ; BJCP 2009, p. 476 ; RJEP août-sept. 2009, p. 16 concl. Boulouis ; JCP A 2009, p. 2215, note Guillaumont
- CE, Ass. 28 décembre 2009, *Commune de Béziers***, Rec. CE, p. 509, concl. Glaser et RFDA 2010, p. 506 ; AJDA 2010, p. 142, chron. Liéber et Botteghi ; AJDA 2011, p. 665, chron. Lallet et Domino ; RFDA 2010, p. 519 note Pouyaud ; *GAJA 18^e éd.*, p. 939, n° 118
- CE, 21 février 2011, *Société Ophrys***, BJCP 2011, p. 133 concl. Dacosta et obs. Dourlens et Moustier ; CMP avril 2011 note Pietri ; DA mai 2011 n° 47 note Brenet ; JCP A 2011, n° 2183, note Busson
- CE, Sect. 21 mars 2011, *Commune de Béziers***, RFDA 2011, p. 507, concl. Cortot-Boucher, note Pouyaud ; AJDA 2011, p. 670 note Lallet ; CP-ACCP mai 2011, p. 64 note Le Chatelier ; CMP mai 2011, n° 150 note Pietri ; DA mai 2011, n° 46 note Brenet et Melleray ; JCP A 2011, p. 2171 note Linditch ; JCP G 2011, p. 658 note Ubaud-Bergeron ; RDI 2011, p. 270 note Braconnier ; RJEP 2011, n°23 note Cossalter ; RJEP fév. 2013, note Gourdou ; *GAJA*, 18^e éd. n° 118;
- CE, 23 décembre 2011, *Ministre de l'intérieur***, Rec. CE, p. 662 ; BJCP 2012, p. 125, concl. Dacosta ; RFDA 2012, p. 683 note Delvolvé ; AJDA 2012, p. 1064, note Quyollet ; RJEP mai 2012, p. 16 note Brenet ; RDP 2012, p. 494 comm. Pauliat ; DA 2012, n° 27 note Clayes ; CP-ACCP mars 2012, p. 73 note Lauret et Proot
- CE, 11 octobre 2012, *Société Casino***, req. n° 357193 ; RJEP 2012, n° 711, p. 11 chron. Claudel-Picard et Luc ; RDP 2013 n° 4, p. 771 note Calandri ; Rev. Lamy Concurrence, n° 34, p. 55 note G. Clamour ; DA 2013, n° 1 p. 25 note Bazex
- CE, Ass. 21 décembre 2012, *Commune de Douai***, req. n° 342788, RFDA 2013, p. 25 concl. Dacosta ; AJDA 2013, p. 457, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; DA 2013, n° 3, p. 38 note Eveillard ; JCP G 2013, n° 24, p. 1188 chron. Eveillard
- CE, 5 juillet 2013, *Société Véolia Transports Valenciennes Transvilles***, req. n° 367760 ; AJDA 2013, p. 2454 obs. Schultz ; Rev. Contrats et marchés publics 2013, n° 11 p. 46 chron. Champy ; Rev. Contrats et marchés publics 2013, n° 10, p. 45 note Piétri ; Le Moniteur 2013, n° 135, p. 17 note Jouguelet ; Rev. Lamy CT 2013, n° 93, p. 52 obs. Glaser ;
- CE, Ass. 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne***, req. n° 358994, AJDA 2014, p. 764

F) Décisions de la Cour de justice de l'Union européenne (ex Cour de justice des communautés européennes)

CJCE, 19 mars 1991, *République française c/ Commission*, n° C-202/88 : Rec. CJCE 1991 p. I-01223, 1991/03/19 ; AJDA 1991, p. 538 obs. Le Mire ; RFDA 1992, p. 291 note Nedjar

CJCE, 19 janvier 1994, *Eurocontrol*, aff. C-364/92, Rec. CJCE, p. I-43

CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GMBH, Telefonadress GMBH, affaire C-324/98*, AJDA 2011, p. 106 note Richer

CJCE, 26 mars 2009, *Selex sistemi integrati SPA*, aff. C-113/073

CJCE, 9 juin 2009, *Commission c/ Allemagne* (AJDA 2009, p. 1131)

G) Décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme

CEDH, 26 avril 1979, *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, A/30, § 49.

II) INDEX TEXTUEL

(Cet index contient les principales références textuelles citées précédemment, avec l'ensemble des références disponibles qui ne figurent pas systématiquement dans les notes de bas de page, de manière à ne pas alourdir celles-ci)

A) Dispositions constitutionnelles

Article 1^{er} de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789

Article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789

Constitution du 4 octobre 1958, art. 1^{er}

Constitution du 4 octobre 1958, article 34

Constitution du 4 octobre 1958, article 6

Constitution du 4 octobre 1958, article 61-1

Constitution du 4 octobre 1958, article 72

B) Dispositions législatives

Loi du 14 décembre 1789 *sur l'organisation municipale*

Loi du 22 décembre 1789 – 6 janvier 1790 *sur l'organisation générale (départementale)*

Loi du 23 mars 1831

Loi du 22 juin 1833

Loi du 18 juillet 1837

Loi du 10 mai 1838

Loi du 28 pluviôse an VIII

Loi du 17 avril 1906

Loi n° 48-1530 du 29 septembre 1948 réglementant l'intervention des fonctionnaires des Ponts et chaussées dans les affaires intéressant les collectivités locales et divers organismes, JORF du 1^{er} octobre 1948, p. 9604

Loi n° 55-985 du 26 juillet 1955 réglementant l'intervention des fonctionnaires du génie rural dans les affaires intéressant les collectivités locales et divers organismes, JORF du 27 juillet 1955, p. 7501

Loi n°57-908 du 7 août 1957 tendant à favoriser la construction de logements et les équipements collectifs, JORF du 10 août 1957, p. 7906

Loi n° 66-1069 du 31 décembre 1966 relative aux communautés urbaines, JORF du 4 janvier 1967 p. 99 Loi n° 70-1297 du 31 décembre 1970 sur la gestion municipale et les libertés communales, JORF du 1^{er} janvier 1971, p. 3

Loi n° 79-15 du 3 janvier 1979 instituant une dotation globale de fonctionnement versée par l'Etat aux collectivités locales et à certains de leurs groupements et aménageant le régime des impôts directs locaux pour 1979, JORF du 4 janvier 1979, p. 259

Loi n° 82-214 du 2 mars 1982 relative aux droits et aux libertés des communes, des départements et des régions, JORF du 3 mars 1982 p. 748

Loi n° 82-610 du 15 juillet 1982 d'orientation et de programmation pour la recherche, JORF du 16 juillet 1982, p. 2270

Loi n° 82-653 du 29 juillet 1982 portant réforme de la planification, JORF du 30 juillet 1982, p. 2441

Loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements et les régions de l'Etat, JORF du 9 janvier 1983, p. 215 Loi n° 86-972 du 19 août 1986, JORF du 22 août 1986, p. 10190

Loi n° 91-662 du 13 juillet 1991, d'orientation pour la ville, JORF n° 167 du 19 juillet 1991, p. 9521

Loi n° 92-125 du 6 février 1992, relative à l'administration territoriale de la République, JORF n° 33 du 8 février 1992, p. 2064*

Loi n° 95-115 du 4 février 1995, d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, JORF du 5 février 1995, p. 1973

Loi n° 99-533 du 25 juin 1999 d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire et portant modification de la loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, JORF du 29 juin 1999, p. 9515

Loi n° 99-586 du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale, JORF n° 160 du 13 juillet 1999, p. 10361

Loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité, JORF du 28 février 2002, p. 3808

Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République, JORF n° 75 du 29 mars 2003, p. 5568

Loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, JORF du 2 mars 2004, p. 4183

Loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, JORF n° 190 du 17 août 2004, p. 1454

Loi n° 2008-1425 du 27 décembre 2008 de finances pour 2009, JORF du 28 décembre 2008, p. 20224

Loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat, JORF n° 0175 du 29 juillet 2008, p. 12144

Loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009, relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, JORF du 16 avril 2009, p. 6528

Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, JORF du 11 décembre 2009, p. 21379

Loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales, JORF n° 0292 du 17 décembre 2010, p. 221465

Loi n° 2010-597 du 3 juin 2010 relative au Grand Paris, JORF du 5 juin 2010, p. 10339

Loi n° 2012-1558 du 31 décembre 2012 de programmation des finances publiques pour les années 2012 à 2017, JORF du 1^{er} janvier 2013, p. 10

Ordonnance n° 59-33 du 5 janvier 1959 relative à la décentralisation et à la simplification de l'administration communale, modifiant l'art. 7 de l'ordonnance 45-993 du 17 mai 1945 relative aux services publics des départements et communes et de leurs établissements publics, concernant les indemnités attribuées aux fonctionnaires et agents de l'Etat, JORF du 6 janvier 1959, p. 316

Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, JORF n° 141 du 19 juin 2004, p. 10994

B) Dispositions réglementaires

Décret du 5 août 1882

Décret n°46-2 du 3 janvier 1946 portant création à la présidence du gouvernement d'un conseil du plan de modernisation et d'équipement et fixant les attributions du commissaire général du plan, JORF du 4 janvier 1946, p. 130

Décret n°55-873 du 30 juin 1955 établissement de programmes d'action régionale, JORF du 2 juillet 1955, p. 6638

Décret n°58-1459 du 31 décembre 1958 établissement de plans régionaux de développement économique et social et d'aménagement du territoire, JORF du 4 janvier 1959, p. 263

Décret n° 70-1221 du 23 décembre 1970 relatif aux contrats de plan, JORF du 25 décembre 1970, p. 11956

Décret n° 82-242 du 15 mars 1982, portant approbation de la convention-type régionale prévue à l'article 73 de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, JORF du 17 mars 1982, p. 858

Décret n° 82-243 du 15 mars 1982 portant approbation de la convention-type départementale prévue à l'article 26 de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, JORF du 17 mars 1982, p. 859

Décret n° 83-32 du 21 janvier 1983, relatif aux contrats de plan entre l'Etat et les collectivités territoriales ou des personnes morales autres que les entreprises publiques et privées, JORF du 23 janvier 1983, p. 394

Décret n° 2000-275 du 24 mars 2000 déterminant les clauses de la convention-type de coordination prévue à l'article L. 2212-6 du code général des collectivités territoriales, JORF du 26 mars 2000, p. 4731

Décret n° 2009-1549 du 14 décembre 2009, créant la délégation interministérielle à l'aménagement du territoire et à l'attractivité régionale, JORF du 15 décembre 2009, p. 21584

Décret n° 2011-724 du 24 juin 2011 relatif aux contrats de développement territorial, JORF du 25 juin 2011, p. 10801

Décret n° 2012-91 du 26 janvier 2012 relatif aux groupements d'intérêt public, JORF du 27 janvier 2012, p. 1523

C) Dispositions non réglementaires

Circulaire n° 86-334 du 17 novembre 1986, *BOMI* 4^e trimestre 1986

Circulaire du 28 octobre 1997 relative à la mise en place des contrats locaux de sécurité, JORF n° 253 du 30 octobre 1997, p. 15757

Circulaire du 28 octobre 1997, relative à la mise en œuvre des contrats locaux de sécurité, JORF n° 253 du 30 octobre 1997, p. 15757

Circulaire du 6 avril 2011 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits, JORF n° 0083 du 8 avril 2011, p. 6248

Circulaire n° 5137SG du 6 mars 2006 relative à la préparation des contrats de projet Etat-région 2007- 2013 et à l'élaboration de la stratégie de l'Etat.

Table des matières

Remerciements.....	3
Principales abréviations	5
Sommaire.....	7
Introduction.....	9
Section 1 : L'articulation entre contrôle et contractualisation	12
§ 1 : La contractualisation territoriale comme mouvement parallèle et complémentaire de la décentralisation territoriale.....	13
§ 2 : La mise en place de nouvelles relations entre l'Etat et les collectivités territoriales ..	20
Section 2 : Les conséquences de la contractualisation sur la mise en œuvre de la décentralisation territoriale	24
§ 1 : La contractualisation territoriale comme manifestation de la mutation de l'Etat	25
§ 2 : La contractualisation territoriale comme remède de la crise de l'Etat	29
Section 3 : La contractualisation des rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales.	
Problématique et annonce de plan	32
Première partie. Une nouvelle donne : la contractualisation territoriale.....	35
Titre 1. Les rapports Etat-collectivités territoriales : un terrain a priori étranger au contrat.....	38
Chapitre 1 : De la tutelle au contrôle	40
Section 1 : Une antinomie historique entre rapports de tutelle et logique contractuelle.....	41
§ 1 : L'institutionnalisation primitive des rapports « Etat » - « collectivités territoriales » par le contrat	42
A. Le contrat : initiateur des relations « Etat-collectivités territoriales »	43
1. L'exemple des concessions de fief.....	43
2. L'exemple des chartes communales.....	45
B. Le contrat : embryon du contrôle de l'Etat sur les collectivités	47
1. Le contrat comme prémisses de l'institution de la tutelle administrative	47
2. L'utilisation du « contrat » comme palliatif de l'absence de puissance souveraine ...	49
§ 2 : L'affirmation de la puissance de l'Etat unitaire par la négation du contrat	51
A. L'uniformité de traitement comme dogme de l'Etat unitaire	52
1. La marque de l'Etat unitaire par le passage du « contrat » au « statut »	52

2. L'affirmation de la souveraineté de l'Etat unitaire se fait par l'uniformité juridique appliquée aux collectivités territoriales	54
B. La négation de la capacité contractuelle aux collectivités territoriales	57
1. Une difficile reconnaissance de la personnalité juridique aux collectivités territoriales	57
2. L'usage limité du contrat aux besoins des collectivités territoriales	58
Section 2 : L'utilisation de la technique contractuelle comme nouvel instrument de commandement.....	60
§ 1 : La technique contractuelle comme instrument de la planification étatique	62
A. Le déclenchement initial de la technique contractuelle entre l'Etat et les collectivités territoriales par le « plan de l'Etat »	63
1. La technique contractuelle entre l'Etat et les collectivités territoriales vécue comme l'outil de « l'Etat-planificateur »	64
2. Les prémisses de l'intégration économique des collectivités territoriales	66
B. Le développement de la technique contractuelle entre l'Etat et les collectivités territoriales par l'aménagement du territoire	68
1. L'extension de la technique contractuelle de « l'Etat-planificateur » à « l'Etat-aménageur »	68
2. Le développement par l'aménagement du territoire des premiers partenariats Etat-collectivités territoriales.....	70
§ 2 : L'utilisation de la technique contractuelle comme instrument de la décentralisation territoriale	71
A. Le tournant de la technique contractuelle par l'acte I de la décentralisation	73
1. L'institutionnalisation de la technique contractuelle comme mode privilégié pour organiser la répartition des compétences	73
2. L'institutionnalisation du partenariat Etat-collectivités territoriales : l'exemple du contrat de plan Etat-Région	75
B. L'élaboration d'un pan-contractualisme décentralisateur	78
1. L'utilisation de la technique contractuelle entre l'Etat comme palliatif de la répartition légale des compétences	79
2. L'utilisation de la technique contractuelle entre l'Etat et les collectivités territoriales comme outil de coordination des politiques publiques	81
Chapitre 2 : Le développement de la technique contractuelle	83
Section 1 : Le recours à la technique contractuelle entre l'Etat et les collectivités territoriales comme conséquence d'une globalisation politique	86
§ 1 : Le développement de la technique contractuelle dans un contexte de redéfinition du rôle économique et financier de la puissance publique	88
A. Le développement de la technique contractuelle dans une situation d'impécuniosité de l'Etat.....	89
1. La technique contractuelle comme outil de l'Etat-stratège	90

2. La technique contractuelle traduit l'incapacité de l'Etat à assumer seul les politiques publiques	92
B. Le développement de la technique contractuelle dans un contexte de maîtrise des finances publiques	95
1. La technique contractuelle est une réponse au besoin de performance de l'action publique	95
2. La technique contractuelle est un outil d'évaluation des politiques publiques	97
§ 2 : Le développement de la technique contractuelle est une réponse à la crise de l'Etat moderne	99
A. Le développement de la technique contractuelle comme conséquence du réexamen de la figure de l'Etat providence	100
1. La technique contractuelle entre l'Etat et les collectivités territoriales comme symbole de la dérégulation de l'Etat providence	101
2. La technique contractuelle entre l'Etat et les collectivités territoriales amène à une territorialisation du droit	102
B. La technique contractuelle comme signe de la montée en puissance des collectivités territoriales	104
1. La technique contractuelle associe les collectivités territoriales à la fabrique du droit	105
2. La technique contractuelle remet en cause l'uniformité juridique du « statut » des collectivités territoriales	107
Section 2 : La technique contractuelle entre l'Etat et les collectivités territoriales comme conséquence d'une globalisation juridique	108
§ 1 : La politique régionale de l'Union européenne comme source de développement de techniques contractuelles	110
A. L'intégration européenne comme nouveau paramètre de la relation Etat-collectivités territoriales	111
1. Le prisme européen de l'intérêt général affecte la relation Etat-collectivités territoriales	112
2. La régionalisation induite par le droit de l'Union européenne agit sur le rapport Etat-collectivités territoriales	116
B. L'intégration des aides européennes comme source de réagencement des relations Etat-collectivités territoriales	119
1. La mise en œuvre des aides européennes ouvre la porte à un rééquilibrage des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales	120
2. La mise en place des aides européennes suppose le recours à la technique contractuelle entre l'Etat et les collectivités territoriales	124
§ 2 : La relation Etat-collectivités territoriales saisie par le droit de la concurrence ?	129
A. La technique contractuelle entre l'Etat et les collectivités territoriales comme source de concurrence entre collectivités territoriales	131

B. Vers l'application du principe de transparence dans la mise en œuvre de la technique contractuelle entre l'Etat et les collectivités territoriales ?	133
Conclusion du titre 1	134
Titre 2. Un outil nouveau : du contrat à la contractualisation	137
Chapitre 1 : Une remise en question des catégories traditionnelles du droit administratif	138
Section 1 : Le renouvellement par la contractualisation des catégories juridiques du droit administratif	139
§ 1 : La contractualisation amène à réexaminer les catégories traditionnelles d'actes administratifs	140
A. La remise en cause par la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales des catégories traditionnelles du droit administratif	141
1. La contractualisation territoriale remet en cause la distinction classique entre actes administratifs unilatéraux et contrats	141
2. Contractualiser n'est pas contracter	144
B. Le renouvellement par la contractualisation de la méthode d'identification des actes administratifs	148
1. La contractualisation suppose d'adopter une méthode d'identification fondée sur la combinaison des critères organique, matériel et téléologique	148
2. La contractualisation aboutit à poser une nouvelle summa divisio de la classification des actes administratifs	151
§ 2 : La création par la contractualisation d'une nouvelle catégorie juridique : la convention d'administration	154
A. L'autonomie juridique de la notion de convention d'administration	155
1. La convention d'administration : une notion juridique « négative »	156
2. La convention d'administration : une notion juridique « positive »	158
B. L'identification de la convention d'administration par ses effets directifs	162
1. La convention d'administration est une résurgence de « l'acte-condition »	162
2. La convention d'administration est une convention-cadre de l'action publique	166
Section 2 : La redéfinition de l'espace contractuel par le développement de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales	169
§ 1 : La redéfinition des matières contractuelles par la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales	169
A. L'absence de compétences rétives « par nature » à la contractualisation territoriale	170
1. L'atténuation par le juge administratif des prohibitions traditionnelles en matière de contrat	170
2. La catégorie de la convention d'administration conduit à réexaminer l'étendue de l'espace contractuel	175
B. Une définition rationae materiae et rationae personae du domaine de la contractualisation	177

1. Les textes en vigueur développent les matières contractuelles en fonction des personnes publiques compétentes	178
2. L'existence d'une prohibition conventionnelle tenant essentiellement au pouvoir de décision unilatéral.....	179
§ 2 : La construction progressive d'un véritable statut de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales.....	183
A. Les sources constitutionnelles de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales	183
1. Les prémisses du statut posées par le juge constitutionnel.....	183
2. La protection juridictionnelle du juge administratif	184
B. Un statut de la contractualisation conditionné par la loi et le droit des tiers	186
1. La protection de la compétence du législateur	186
2. La protection des droits des tiers	187
Chapitre 2 : L'intégration de la contractualisation territoriale au sein du statut constitutionnel des collectivités territoriales.....	191
Section 1 : La contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales repose sur le principe de liberté contractuelle	193
§ 1 : Les sources constitutionnelles du principe de liberté contractuelle des collectivités territoriales.....	194
A. La source première : le principe de libre-administration des collectivités territoriales	195
1. Le principe de libre-administration est un principe-cadre englobant la liberté contractuelle des collectivités territoriales	195
2. La consécration par la liberté contractuelle de l'aptitude des collectivités territoriales à être titulaires de droits et libertés fondamentaux	198
B. La source secondaire : le principe de liberté contractuelle des personnes publiques ...	203
1. La consécration de la liberté contractuelle des collectivités territoriales à travers la consécration d'un principe général de liberté contractuelle des personnes publiques ..	203
2. L'existence d'une protection spécifique de la liberté contractuelle des collectivités territoriales	205
§ 2 : L'encadrement de la contractualisation territoriale par la conciliation entre la liberté contractuelle et les autres droits et libertés des collectivités territoriales	207
A. La contractualisation territoriale modelée par le principe de liberté contractuelle des collectivités territoriales.....	208
1. L'affirmation de principe d'un droit à la contractualisation territoriale	208
2. L'impossibilité de principe de recourir à une contractualisation forcée	210
B. L'encadrement du droit à la contractualisation par la conciliation du principe de liberté contractuelle avec d'autres droits et libertés constitutionnellement garantis	212
1. La soumission du droit à la contractualisation au principe de libre-administration des collectivités territoriales.....	212

2. La soumission du droit à la contractualisation à d'autres droits et libertés constitutionnellement garantis.....	216
Section 2 : La limitation de la contractualisation par le respect des règles de compétence	218
§ 1 : Le respect par la contractualisation des règles de répartition des compétences.....	219
A. Le respect des prérogatives étatiques dans le cadre d'un Etat unitaire.....	220
1. La contractualisation s'ancre dans la décentralisation territoriale.....	221
2. La contractualisation ne repose pas une logique fédéraliste.....	222
B. Le respect du monopole du législateur en matière de répartition des compétences	224
1. Une exigence constitutionnelle en matière de droit des collectivités territoriales	225
2. L'obligation corrélative faite au législateur d'épuiser sa propre compétence	227
§ 2 : La difficulté d'identification de la compétence contractuelle des collectivités territoriales	228
A. Les enjeux de la distinction entre clause générale de compétence et clause attributive de compétence dans la délimitation de la contractualisation.....	229
1. L'incidence de la clause générale de compétences sur la définition de la compétence contractuelle.....	230
2. Le renouvellement du débat relatif à la clause générale de compétence par la contractualisation.....	234
B. La transformation par la contractualisation de la détermination de la compétence contractuelle des collectivités territoriales	236
1. Une évolution dans la logique française de décentralisation et de détermination des compétences	237
2. La contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales implique le passage d'une logique « égalitaire » à une logique « d'équité »	239
Conclusion du titre 2	243
<i>Conclusion de la Première partie</i>	<i>245</i>
<i>Deuxième partie. Des effets paradoxaux : une régulation contractuelle invasive.....</i>	<i>249</i>
Titre 1. Vers une régulation contractuelle des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales ?	253
Chapitre 1 : Le caractère imparfait de la sanction contentieuse de la contractualisation territoriale	255
Section 1 : L'inadaptation du contentieux administratif classique à la contractualisation	256
§ 1 : Le contentieux des actes ayant une portée directive.....	257
A. Une difficile mise en œuvre du contentieux par voie d'action.....	259
1. Des caractéristiques contentieuses communes aux contrats et aux conventions d'administration.....	260
2. L'absence de prise en considération contentieuse du caractère directif des conventions d'administration	261

B. L'existence d'un contentieux indirect.....	263
1. L'exception d'illégalité recevable à l'encontre des conventions d'administration...	264
2. La construction d'une nouvelle théorie de l'acte détachable.....	267
§ 2 : Le contentieux des actes ayant une portée impérative.....	268
A. Le caractère spécifique de l'intérêt pour agir.....	269
1. La qualité de contribuable local donnant intérêt pour agir.....	270
2. La qualité d'usager du service public donnant intérêt pour agir.....	271
B. Une difficile systématisation contentieuse des actes impératifs.....	272
1. Les instruments impératifs d'origine.....	273
2. Les instruments impératifs dérivés.....	275
Section 2 : L'existence de mécanismes parallèles de règlements des conflits.....	276
§ 1 : La survie des modes classiques de résolution des litiges.....	277
A. Le recours gracieux dans le cadre de la décentralisation territoriale.....	278
1. Les recours gracieux des collectivités territoriales.....	278
2. Les recours gracieux du préfet.....	279
B. Les procédures administratives para-contentieuses traditionnelles.....	281
1. L'arbitrage dans le cadre de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales.....	282
2. La transaction dans le cadre de la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales.....	284
§ 2 : L'existence de modes spécifiques de résolution des conflits propres à la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales.....	287
Chapitre 2 : L'inaptitude de la contractualisation à fonder un nouveau modèle institutionnel de relations.....	290
Section 1 : Un développement erratique de structures partenariales insusceptible de dégager un modèle.....	291
§ 1 : La tentative de régulation par le partenariat « public-public ».....	294
A. Le partenariat proposé par l'Etat aux collectivités territoriales.....	295
1. Une volonté de dépassement de la relation de tutelle.....	295
2. L'Etat en nécessité de contractualiser.....	297
B. Le partenariat imposé par l'Etat aux collectivités territoriales.....	300
1. L'exemple du droit de l'intercommunalité.....	301
2. L'exemple du contrat de développement territorial.....	304
§ 2 : La tentative de régulation par le partenariat « public-privé » : l'exemple du groupement d'intérêts publics.....	306
A. Le but du GIP : instaurer conventionnellement un partenariat tripartite.....	308
B. Une formule en mutation.....	310
Section 2 : La contractualisation territoriale prisonnière de la décentralisation administrative.....	312
§ 1 : L'absence de renouvellement sur le terrain de la répartition des compétences et des transferts de services.....	313

A. Une volonté politique de procéder aux transferts de compétences et de services par voie conventionnelle.....	314
1. La contractualisation vécue comme le symbole d'égalité retrouvée entre l'Etat et les collectivités territoriales.....	315
2. La contractualisation vécue comme un droit à la différenciation	316
B. La permanence du caractère unilatéral de la répartition de compétences et du transfert de services	318
1. La répartition des compétences, une prérogative de l'Etat central	318
2. L'absence de choix des collectivités territoriales	319
§ 2 : L'absence de renouvellement sur le terrain des finances locales	322
A. La contractualisation manquée des concours financiers de l'Etat aux collectivités territoriales	323
B. La contractualisation source de limitation de l'autonomie financière des collectivités territoriales	326
Conclusion du Titre 1	327
Titre 2. La contractualisation territoriale et la libre-administration des collectivités territoriales	331
Chapitre 1 : La contractualisation comme instrument de tutelle supplémentaire	332
Section 1 : Le retour du contrôle par la contractualisation	334
§ 1 : Le contrôle de légalité comme survivance de la tutelle administrative	335
A. La tutelle administrative, un contrôle approfondi	335
1. Un contrôle tant d'opportunité que de légalité	335
2. La tutelle administrative : un pouvoir de contrôle étendu	337
B. Le recul de la tutelle sous l'impulsion des réformes décentralisatrices.....	338
1. La tutelle administrative : un présupposé péjoratif.....	339
2. Tutelle administrative contre contrôle de légalité.....	340
§ 2 : La réaffirmation par la contractualisation du pouvoir de contrôle de l'Etat sur les collectivités territoriales	342
A. Un processus de contractualisation inégalitaire	343
1. La maîtrise par l'Etat de l'initiative contractuelle	344
2. Le processus de contractualisation s'apparente à un contrat d'adhésion	346
B. La mise en place d'un contrôle diffus par la contractualisation	348
1. L'existence d'un contrôle a priori par la contractualisation	348
2. Le passage d'une logique de moyens à une logique de résultats	351
Section 2 : La contractualisation source de nouveaux procédés de contrôle de l'Etat.....	353
§ 1 : Le pouvoir de résiliation et de modification unilatérale comme source de tutelle supplémentaire	354
A. L'emploi du pouvoir de résiliation unilatérale.....	354

1. L'emploi du pouvoir de résiliation unilatérale dans le cadre classique des contrats administratifs.....	355
2. L'emploi du pouvoir de résiliation unilatérale dans le cadre des conventions d'administration.....	359
B. L'emploi du pouvoir de modification unilatérale.....	363
1. L'application du pouvoir de modification unilatérale aux contrats conclus entre l'Etat et les collectivités territoriales.....	364
2. L'application du pouvoir de modification unilatérale aux conventions d'administration.....	365
§ 2 : Le pouvoir de direction et de contrôle comme source de tutelle supplémentaire.....	369
A. La source du pouvoir de direction et de contrôle.....	370
1. L'absence de source extracontractuelle du pouvoir de direction et de contrôle.....	370
2. Le pouvoir de contrôle et de direction, un pouvoir conditionné.....	372
B. Les effets du pouvoir de direction et de contrôle.....	374
1. Les mesures prise au titre du pouvoir de direction et de contrôle.....	375
2. La compatibilité et la combinaison des mesures de contrôle contractuelles aux contrôles traditionnels de l'Etat sur les collectivités territoriales.....	377
Chapitre 2 : La contractualisation comme facteur d'instabilité juridique des relations Etat- collectivités territoriales.....	380
Section 1 : L'échec de la contractualisation sur le plan de la sécurité juridique.....	382
§ 1 : La difficile mise en œuvre d'une prévisibilité de la norme par la contractualisation entre l'Etat et les collectivités territoriales.....	384
A. La recherche d'une certaine prévisibilité dans l'élaboration de la norme.....	385
1. Le consensus dans l'élaboration de la norme comme garantie de sa prévisibilité.....	386
2. La prévisibilité de la norme par la contractualisation comme instrument de mesure de l'efficacité normative.....	388
B. Une prévisibilité à géométrie variable au stade de l'application de la norme.....	390
1. L'existence d'une rupture d'égalité au détriment des « autres » collectivités territoriales.....	390
2. L'existence d'une rupture d'égalité au détriment des citoyens.....	392
§ 2 : L'incapacité de la contractualisation à assurer une stabilité juridique des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales.....	395
A. La contractualisation : un système juridiquement instable par nature.....	396
1. La multiplication de mécanismes de révision.....	397
2. La présence de clauses potestatives.....	399
B. Une instabilité juridique de la contractualisation qui profite à l'Etat.....	400
1. La contractualisation entretient le mille-feuille administratif français.....	402
2. La contractualisation induit une dilution des responsabilités.....	404
Section 2 : Contractualisation territoriale <i>versus</i> principe de libre administration des collectivités territoriales ?.....	405

§ 1 : L'impact négatif de la contractualisation sur le principe de libre administration des collectivités territoriales	407
A. L'utilisation de la contractualisation freine la libre disposition de compétences attribuées par la loi.....	408
1. La contractualisation phagocyte les compétences des collectivités territoriales	409
2. La contractualisation permet une réappropriation indirecte des compétences des collectivités territoriales par l'Etat	412
B. La contractualisation comme limite à l'autonomie financière des collectivités territoriales	414
1. La contractualisation et la performance de la gestion publique : un outil de contrôle supplémentaire.....	416
2. La logique de performance et la contractualisation contre l'autonomie financière des collectivités territoriales.....	419
§ 2 : La mise en œuvre de correctifs à la contractualisation permettant de rééquilibrer la relation Etat-collectivités territoriales	421
A. La contractualisation oblige à une redéfinition des principes de la décentralisation territoriale.....	422
1. La contractualisation souligne les limites du modèle traditionnel de décentralisation	423
2. Une contractualisation vertueuse suppose la mise en place d'un nouveau modèle de décentralisation.....	425
B. L'évolution nécessaire des pouvoirs de contrôle de l'Etat dans le cadre de la contractualisation avec les collectivités territoriales.....	428
1. Un préalable souhaitable : la suppression des contrôles pour motif d'opportunité...428	
2. Le renforcement de la sécurité juridique des instruments de la contractualisation...432	
Conclusion du titre II	434
<i>Conclusion de la deuxième partie.....</i>	436
<i>Conclusion générale.....</i>	439
<i>Bibliographie.....</i>	447
<i>Index jurisprudentiel et textuel</i>	466
<i>Table des matières</i>	439

Résumé : La contractualisation des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales

Le développement de la technique contractuelle entre l'Etat et les collectivités territoriales en France est l'occasion d'une réflexion sur l'évolution de leurs relations. La contractualisation des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales (ou contractualisation territoriale) est devenue aujourd'hui le symbole d'une décentralisation inachevée, à mi-chemin entre un modèle fondé sur des principes jacobins et un autre modèle fondé sur le partenariat ou l'idée de co-administration. La contractualisation territoriale apparaît comme l'opportunité de transcender cette difficulté. Elle repose essentiellement sur la mise en œuvre de techniques de droit souple, à l'instar des conventions d'administration, dont la reconnaissance juridique n'est pas actuellement aboutie. Cette circonstance est de nature à dévoyer la contractualisation territoriale pour en faire un instrument de tutelle supplémentaire au profit de l'Etat. La contractualisation territoriale est ainsi détournée de son objectif initial : organiser les relations Etat-collectivités territoriales dans un cadre nouveau. En effet : la crise des finances publiques associée à une globalisation politique et juridique sans précédent nécessite une adaptation majeure des structures institutionnelles françaises dont la cheville ouvrière demeure la relation Etat-collectivités territoriales. La contractualisation territoriale apparaît comme le seul outil à même d'absorber l'ensemble de ces nouveaux paramètres afin de construire une relation Etat-collectivités territoriales conforme aux principes sur lesquels elle est censée reposer.

Mots-clefs : Etat, Collectivités territoriales, Contractualisation, Convention d'administration, Décentralisation, Globalisation, Partenariat, Technique contractuelle, Tutelle

Title and Abstract: The contractualisation of relationship between the State and local governments

The development of contractual technique between the State and local authorities in France is an opportunity to reflect on the evolution of their relationship. The contractualisation of relationship between the State and local governments (territorial contractualisation) has become the symbol of an unfinished decentralization, halfway between a model based on principles of the Jacobins and another model based on partnership or the idea of co-administration. Territorial contractualisation appears as an opportunity to transcend this difficulty. It is based primarily on the implementation of soft law techniques, as administrative agreements, even if the legal recognition is not currently accomplished. This circumstance is likely to mislead the territorial contracts for an instrument additional supervision for the benefit of the State. The territorial contractualisation is thus diverted from its original purpose : to organize the state - local government relationship in a new context. Indeed, the crisis of public finances associated with an unprecedented political and legal globalization requires a major adaptation of French institutional structures which remains the linchpin state - local government relationship. Territorial contractualisation appears to be the only tool able to absorb all of these new settings to build a state - local government relationship with the principles on which it is supposed to be based.

Keywords : State, Local authorities, Contractualisation, Administration Agreement, Decentralization, Globalization, Partnership, Contractual technique, Guardianship