



Deuxième partie

Considérations générales

Le Contrat, mode d'action publique et de production de normes

- ✚ **Le Conseil d'Etat recommande un développement maîtrisé du recours au contrat public**
- ✚ **Le contrat et la loi en 16 questions / réponses**
- ✚ **Synthèse des propositions du Conseil d'Etat pour un développement maîtrisé du contrat public**
- ✚ **Le contrat public en faits et chiffres**
- ✚ **Les expériences étrangères**



Rapport public 2008 du Conseil d'État Considérations générales

Le Conseil d'Etat recommande un développement maîtrisé du recours au contrat public

La loi permet, ordonne ou interdit. Le contrat, lui, appelle à la négociation. Or, partout en Europe, le contrat s'impose chaque jour un peu plus au détriment de la loi, comme si pour régler ou pour mener à bien des politiques publiques, le contrat était de nos jours autant valorisé que la loi serait disqualifiée. Un tel développement du contrat public n'appelle évidemment pas en soi de critique. Mais parce qu'il peut conduire à un affaiblissement de l'intérêt général, il suppose d'être utilisé à bon escient.

De quelque côté que l'on se tourne, le contrat est aujourd'hui omniprésent dans la sphère collective, qu'il s'agisse de gérer le domaine ou les services publics, de financer, de construire et exploiter des infrastructures, d'acquérir des biens et des services, de piloter l'action administrative et les politiques publiques ou de régir les relations sociales.

Le contrat s'impose partout, comme s'il était autant valorisé que la loi serait disqualifiée pour mener à bien des politiques publiques

Cet engouement pour le recours au contrat public trouve sans doute sa source dans la remise en cause – plus ou moins forte en France comme chez nos partenaires européens – des modes unilatéraux d'action qui caractérisent notre vie publique : prééminence de l'Etat central et de la loi, expressions de l'intérêt général, ou encore, préférence des collectivités publiques pour la gestion en régie (faire soi-même, plutôt que faire-faire), etc.

Le contrat public présente de fait des atouts qui contribuent à sa faveur actuelle. Car si la loi exprime la volonté générale (comme nous le rappelle la déclaration des droits de l'homme), le contrat, de son côté, fonde la société : il favorise, par sa dimension procédurale, par le réseau des droits et de devoirs qu'il crée, l'adhésion des citoyens, l'orientation de leurs comportements et incite sans contraindre.

Il permet ainsi à la puissance publique d'ordonner autrement ses rapports avec la société civile : la première n'a pas seulement à commander à la seconde, ni à produire elle-même des biens et services. Mais il lui revient d'exprimer et de hiérarchiser les besoins à satisfaire, puis de définir les moyens les plus appropriés pour y parvenir.

Le contrat peut aussi mobiliser les savoir-faire et les financements qui font défaut à la puissance publique. Il contribue aussi à mieux valoriser ses ressources (par exemple, le domaine public).

Il est encore un puissant levier de modernisation de l'Etat. En érigeant les cocontractants en interlocuteurs responsables, il permet - sans pour autant signifier la fin des statuts de la fonction publique - de moderniser la gestion des agents publics (en obligeant à formaliser des objectifs à atteindre, à individualiser des moyens et à mesurer les performances) et de donner davantage de contenu et d'effet au dialogue social.

Le contrat est surtout un instrument incontournable dans les relations du travail : il ne peut y avoir de loi sans concertation ou négociation préalable (comme la loi de modernisation du dialogue social l'a rappelé) et le contrat peut compléter la loi ou y déroger dans les conditions qu'elle fixe elle-même et dans le respect de l'ordre public social.

Enfin, le contrat est un outil essentiel de régulation dans une économie de marché. Comme en matière sociale, il donne de la sécurité juridique et favorise la pertinence des mesures. L'émergence d'un droit économique concerté et de procédures d'autorisation ou de sanction quasi-négociées, notamment par les autorités indépendantes, témoigne de l'ampleur du mouvement de contractualisation à l'œuvre dans notre société.

Un tel engouement pour le procédé contractuel appelle-t-il des limites et lesquelles ?

Tout d'abord, si le partage entre ce qui relève de la loi ou du contrat n'est pas immuable, le recours au contrat ne saurait pour autant méconnaître ni les compétences que la Constitution assigne au législateur, ni le principe d'égalité, ni les autres principes fondamentaux garantis par le préambule. De même, les personnes publiques ne peuvent pas disposer de leurs compétences, ni contracter dans des domaines où elles sont tenues d'agir par décision unilatérale, comme en matière de police administrative.

Ensuite, le recours au contrat ne s'impose que s'il présente un avantage comparatif par rapport à d'autres modes de gestion des services publics. De même, chaque type de contrat ne doit être utilisé que pour les fins pour lesquelles il a été conçu : trop de mécomptes ont résulté dans le passé du fait que des dispositifs conçus à des fins déterminées (par exemple, les marchés d'entreprises de travaux publics) ont été utilisés à mauvais escient.

Le développement des procédés contractuels suppose par ailleurs un professionnalisme indiscutable de l'administration. Or celle-ci n'est pas toujours en mesure de maîtriser la négociation de ces contrats et les risques juridiques ou financiers qui en résultent. Une personne publique ne saurait négocier en position d'infériorité par rapport à son cocontractant : un renforcement des compétences est souvent nécessaire dans les collectivités publiques, y compris en recourant à des conseils extérieurs.

L'on ne saurait non plus parler de contrat sans parler d'Europe, tant la réglementation nationale en la matière est directement inspirée par le droit et la jurisprudence communautaires. La maîtrise des contrats dans notre pays impose de faire preuve de vigilance et d'anticipation sur la scène communautaire : il serait regrettable que la réglementation des marchés publics par exemple finisse par absorber les délégations de service public, comme il serait désolant que les exigences de la concurrence soient interprétées si strictement qu'elles portent atteinte à la liberté d'organisation

des personnes publiques. Une conception trop radicale du droit de la concurrence appliqué à la commande publique pénaliserait en effet la réorganisation de l'Etat en empêchant par exemple la transformation de certains services en établissements publics.

***Si le contrat permet de «faire faire»,
il ne saurait en aucun cas être assimilable au «laissez-faire».***

La modernisation de la gestion publique pousse enfin à mieux définir la valeur juridique associée aux accords internes à une personne publique. On ne peut en rester à la situation dans laquelle seuls les contrats passés avec le secteur privé et, le cas échéant, avec d'autres personnes publiques engagent la puissance publique. Si l'on veut par exemple promouvoir les « contrats de performance », ceux-ci ne doivent pas être dénués de toute portée juridique et la parole de l'Etat doit être respectée. La réforme de la gestion publique passe donc par une nouvelle génération de contrats effectivement sanctionnés. A défaut, après avoir regretté l'affaiblissement de la loi, on déplorera l'absence de crédibilité des contrats.

Le contrat émerge comme un puissant instrument de modernisation des services publics et de renouvellement des relations entre l'Etat et la société. Il appartient à l'Etat de bien l'articuler avec la loi et de veiller à ce qu'il tienne effectivement ses promesses, sans comporter d'effets pervers. Si le contrat permet de «faire faire», il ne saurait en aucun cas être assimilable au «laissez-faire». Il jouera pleinement ce rôle, si l'ensemble des acteurs publics partagent une vision commune de son bon usage.



Rapport public 2008 du Conseil d'État Considérations générales Le contrat et la loi en 16 questions / réponses

Aujourd'hui, le rapport entre loi et contrat est un sujet fondamental sur lequel les opinions sont souvent plus tranchées que muries par la réflexion. Or, c'est un sujet qui touche à la philosophie du droit et qui interroge des aspects très concrets, qu'il s'agisse de questions économiques, politiques (le contrat, antichambre de la loi) ou de gestion administrative.

Le contrat ne cesse de gagner du terrain dans la gestion publique comme dans l'élaboration de la norme juridique : il est aujourd'hui omniprésent dans la sphère collective, qu'il s'agisse de gérer le domaine ou les services publics, de financer, de construire et exploiter des infrastructures, d'acquérir des biens et des services, de piloter l'action administrative et les politiques publiques ou de régir les relations sociales.

Comment expliquer un tel phénomène ? Mode ou véritable nécessité ? Pourquoi l'administration a-t-elle besoin de recourir davantage au contrat ? A quoi sert exactement le contrat en droit administratif ? En quoi est-il différent des autres normes ou modes d'action de l'administration ? Dans quel cas est-il plus avantageux pour les pouvoirs publics de recourir au contrat plutôt qu'à l'acte unilatéral ? Faut-il envisager de nouvelles extensions pour la sphère contractuelle ? Ou au contraire, faut-il mieux encadrer son développement ? Comment améliorer la sécurité juridique des contrats administratifs ?

Telles sont quelques unes des questions abordées par le Conseil d'État dans son rapport public 2008. Retrouvez dans les pages suivantes en version simplifiée ces principales questions et les éléments de réponse proposés par le Conseil d'État.

1. Qu'est-ce qu'un contrat ?

- ✚ Le contrat est un procédé ou un acte multilatéral, contrairement à la loi ou la décision administrative réglementaire ou individuelle qui sont des actes unilatéraux décidés par une personne (ministre, préfet, maire) ou votés par une institution (parlement).
- ✚ Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à faire ou à ne pas faire quelque chose (art 1101 code civil). Cette convention fait naître des obligations ou crée une relation de créancier à débiteur (héritage du droit romain) :
 - « *un accord de deux ou plusieurs volontés en vue de créer une obligation* » selon Oresme en 1370.
 - « *la convention qui a pour objet la formation d'une obligation se nomme plus spécialement contrat* » selon Duguit en 1921.
 - « *le contrat est l'accord de deux ou plusieurs parties destiné à créer, régler, modifier ou éteindre un rapport juridique qui peut comporter des obligations et d'autres effets même à la charge d'une seule partie* » selon le projet de code européen des contrats de 2001 de l'Académie des privatistes européens.
- ✚ Afin de préserver l'intérêt individuel et général, la formation du contrat est subordonnée à la présence de consentements libres et éclairés, non viciés, qui se rencontrent dans le but de trouver un accord sur la chose et le prix. Il suppose un échange de volontés (le multipartisme).
- ✚ Conclu, il devient la loi des parties («*pacta sunt servanda*»), une source de normes ou d'obligations.

2. Quels sont les rapports entre la loi et le contrat ?

- ✚ Un rapport hiérarchique :
 - le contrat doit se conformer à la loi et aux décisions administratives unilatérales ;
 - la loi rend possible le contrat, délimite le champ contractuel, son régime (nullités et illicéités), donne sa force et sa sanction au contrat. La loi définit les grandes catégories de contrat (louage de service, prêt, bail, de mandat...) et en crée périodiquement de nouveaux.

- ✚ Un rapport de complémentarité :
 - Le contrat règle les rapports entre les parties ;
 - La loi règle les questions d'intérêt général. Il n'y aurait donc pas de hiérarchie entre loi et contrat mais un domaine propre à chacun.

3. Quelles sont les spécificités du contrat administratif ?

- ✚ Un contrat administratif est un contrat conclu par une personne publique et qui contient des clauses exorbitantes du droit commun ou fait participer le cocontractant à l'exécution du service public.
- ✚ Le régime juridique du contrat administratif est principalement d'origine jurisprudentielle.
- ✚ La personne publique détient des pouvoirs spécifiques à l'égard du cocontractant qui se justifient par la poursuite d'un intérêt général :
 - direction, surveillance et contrôle
 - continuité dans l'exécution, malgré les aléas
 - modification et résiliation unilatérale
 - sanction pour exécution défectueuse.

En contrepartie, le cocontractant bénéficie d'un droit à l'équilibre financier du contrat qui donne lieu à une indemnité ou à son rétablissement en cas de « fait du prince » (mesures prises par l'administration cocontractante aggravant les obligations du cocontractant) ou en cas d'imprévision (l'exécution du contrat administratif se heurte à des difficultés exceptionnelles du fait d'événements anormaux, imprévisibles et indépendants de la volonté des cocontractants).

- ✚ Les contrats administratifs sont soumis à un formalisme et une procédure de passation de plus en plus encadrée par le droit national et par le droit communautaire (lutte contre la corruption, mise en concurrence et transparence pour la commande publique...) et de plus en plus contrôlée (le référé précontractuel depuis 1989).
- ✚ Le cas particulier des marchés publics : ces contrats sont de plus en plus soumis au droit de la concurrence. Le conseil constitutionnel, mais aussi la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes, exigent un minimum de mise en concurrence.

4. Quels sont les rapports entre la convention collective et la loi en droit du travail ?

- ✚ La convention collective est une modalité d'application de la loi en lieu et place du règlement et constitue parfois le support juridique permettant de déroger à la loi (temps de travail). La loi prescrit une négociation (la « négociation légiférante »), ce qui fut par exemple le cas pour la suppression de l'autorisation de licenciement en 1986.
- ✚ La convention s'inspire de la loi (par exemple pour la création de l'assurance-chômage en 1958, l'accord sur la formation professionnelle en 1971 ou encore l'accord de janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail) et parfois, va jusqu'à dicter le contenu de la loi (accord de mars 1990 sur le CDD et le travail temporaire).
- ✚ L'imbrication entre loi et convention collective est si forte que depuis la refondation sociale lancée en 2001, certains proposent de réserver un domaine spécifique à la convention collective et de faire de la loi la norme résiduelle.

5. Quels sont les avantages du contrat public par rapport à l'acte unilatéral (loi, actes administratifs) ?

- ✚ Le recours au contrat (notamment en matière sociale) permet une meilleure acceptabilité de la norme négociée et une garantie de sa bonne application. Cela confère davantage de légitimité à la norme sociale et assure la bonne application des règles définies par la voie de la négociation.
- ✚ Pour certains domaines (l'entreprise et ses pratiques, la lutte contre l'exclusion...) l'Etat a besoin d'avoir recours à une expertise externe (partenaires sociaux, associations gestionnaires en matière médico-sociale) afin d'élaborer des normes adaptées ou d'appliquer des politiques publiques. Le dialogue et la négociation attachés au contrat confèrent une grande efficacité à l'exécution de celui-ci (coordination, cofinancement).
- ✚ Un autre avantage du contrat est de responsabiliser les cocontractants en définissant les objectifs de chacun. Le contrat opère un partage des risques ou des responsabilités qui permet le recentrage de l'Etat sur ses missions essentielles.
- ✚ Le contrat permet une adaptation de la norme juridique ou de l'action publique pour tenir compte des spécificités de chaque territoire, de chaque secteur économique, de chaque groupe social ou de chaque personne.

6. Quels sont les risques du contrat public par rapport à l'acte unilatéral (loi, actes administratifs) ?

- ✚ La qualité de la norme juridique issue du contrat est parfois imprécise et ambiguë, notamment s'il est modifié par de nombreux avenants sans refonte globale du contrat. Il est alors difficile pour le juge de dégager la volonté des parties.
- ✚ Certains dispositifs conventionnels (PARE, CNE, CPE...) créés rapidement par les partenaires sociaux, le gouvernement ou le Parlement se révèlent fragiles. Ils reportent leurs responsabilités sur le juge qui souvent doit donner le sens et la portée des textes et du contrat.
- ✚ Le contrat comporte un risque d'asymétrie, d'inégalité dans les droits et obligations. On reproche aussi l'opacité des conditions de négociation et parfois d'attribution et d'exécution du contrat (exemple des délégations de services publics).
- ✚ Le recours au contrat est critiqué en ce qu'il permettrait à l'Etat et aux collectivités territoriales de s'affranchir de la répartition des compétences entre collectivités publiques voulue par la loi.
- ✚ Il a été reproché aux contrats (ex : contrat de plan Etat-région) de favoriser une dilution des responsabilités, et de rendre peu lisible la répartition des compétences entre les différents acteurs en raison de la prolifération contractuelle et institutionnelle.
- ✚ La société du contrat induit des coûts non négligeables et expose les plus faibles au fardeau de la judiciarisation de tous les aspects de la vie car elle oblige à une intermédiation juridique, dont le coût est élevé.

7. Le contrat est-il plus stable qu'un acte unilatéral ? Le contrat s'adapte-il mieux dans la durée ou est-il rigide ?

- ✚ Le contrat peut être incomplet car il s'adapte par adjonctions ou touches légères et successives (avenants), tandis que l'acte unilatéral procéderait par modifications ou refontes globales. Mais le contrat peut être porteur de rigidités qu'il ne faut pas dissimuler (droit de la fonction publique, par exemple où la mobilité géographique de l'agent contractuel est soumis à son accord). De plus, l'avenant au contrat ne serait pas aussi souple qu'on le croit et la modification d'un contrat administratif en cours d'exécution pas toujours aisée.

8. Le contrat public est-il synonyme d'effacement de l'Etat ?

- ✚ La négociation entre les partenaires sociaux comporte un risque pour l'Etat, car elle peut alimenter un discrédit de la loi et, au-delà, de toute intervention publique.
- ✚ La prépondérance accordée au contrat peut déboucher sur un affaiblissement de l'État. En développant l'usage du contrat dans des champs sans cesse nouveaux, les collectivités publiques se posent d'abord en gestionnaires et en arbitres des conflits d'intérêt traversant la société, avec le risque de faire passer l'intérêt général au second plan.

9. Quels sont les rapports entre l'Etat et le contrat ?

- ✚ L'Etat entretient des rapports ambigus avec le contrat, selon qu'il est :
 - partie au contrat ;
 - tiers au contrat (négociations entre partenaires sociaux à l'instigation de l'Etat) ;
 - en situation d'approbation des contrats (conventions médicales ; extension des conventions collectives...).
- ✚ Les contrats qu'il signe ne sont pas toujours de « vrais contrats » :
 - contrats sans engagements (contrats de plan ou de programme) ;
 - contrats avec lui-même et dépourvus de valeur juridique (contrats d'objectifs et de moyens).

10. A quoi sert le contrat ou pourquoi les pouvoirs publics recourent-ils au contrat (public ou privé) ?

La généralisation de la contractualisation par les collectivités publiques répond à la fois à des besoins traditionnels comme à des fonctions nouvelles. Ce mouvement aboutit à une mise en cause la définition juridique étroite et traditionnelle du contrat.

- ✚ Des fonctions traditionnelles :
 - acheter des biens, des services ou des travaux (marchés publics), recruter et gérer du personnel (CDD, CDI de droit public ou privé), verser des aides publiques (aménagement du territoire, création d'emplois, passage aux 35 heures...) ou réguler les marchés ;
 - organiser ou faire gérer des services publics (gestion déléguée) ou des infrastructures et des équipements (concession, contrat de partenariat...).
 - coopérer avec d'autres collectivités (fixation d'objectifs et

- mobilisation de moyens) ;
- mettre en place des réseaux ;
- associer des partenaires privés à l'exécution des services publics (enseignement privé, cliniques privées, reconnaissance de droits réels à l'occupant du domaine public), délimiter les responsabilités, donner de la sécurité juridique au cocontractant (non remise en cause des droits) ;
- prévenir les conflits ou sortir des conflits (transactions, protocoles de sortie de conflits sociaux...).

Des fonctions nouvelles :

- fixer des objectifs politiques, énoncer des programmes publics particuliers ou sectoriels ;
- piloter l'action publique et moderniser l'administration (responsabilisation des agents, meilleure utilisation des moyens et transparence sur les résultats) par des contrats de services ou d'objectifs et de moyens ... ;
- expérimenter de nouvelles règles ou de nouvelles politiques (prestation spécifique de dépendance en 1997 et RSA en 2007 ; transfert d'équipements portuaires ou aéroportuaires aux collectivités territoriales en 2002...) ;
- accompagner et gérer des transitions (sortie du contrôle des prix) ;
- clarifier la loi peu lisible, et énoncer les comportements attendus des citoyens (contrat d'insertion du RMI, contrat d'accueil et d'intégration, contrat de responsabilité parentale, PARE...) ;
- mettre en scène la négociation ;
- échapper aux contraintes du droit public (recrutement de contractuels ; recours au contrat associatif...) ;
- légitimer de l'action publique ou privée (subvention aux associations...).

11. Pourquoi la place du contrat s'est-elle accrue ?

-  Les rapports entre l'Etat et le marché ont changé dans le contexte du double mouvement du recul du secteur public et de la montée en puissance de l'économie de marché.
-  La régulation du marché fait de plus en plus appel au contrat et moins à la loi (c'est le cas des autorités administratives indépendantes et des sanctions négociées par le Conseil de la concurrence).
-  La décentralisation a installé des légitimités concurrentes de celle de l'Etat et ouvre le champ de la coopération entre personnes publiques (intercommunalité...).

- ✚ l'Union européenne privilégie le contrat comme instrument de mise en œuvre des politiques publiques. L'influence croissante du droit anglo-saxon privilégie le contrat.
- ✚ L'utilisateur, qui a des exigences consuméristes croissantes, veut des réponses et des règles adaptées à son cas particulier et l'Etat tutélaire source d'obligations est devenu un Etat Providence, dispensateur de bienfaits.
- ✚ La crise de l'autorité débouche sur un autre mode d'exercice du pouvoir (la concertation et la négociation de la norme ou de l'action publiques ou la recherche de l'adhésion plutôt que l'imposition) : la Co-construction ou la coproduction de la norme et de l'action publique.
- ✚ La liberté contractuelle s'est vue reconnaître une valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel, implicitement d'abord, puis explicitement par une décision n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000.
- ✚ Un effet de mode : le contrat est devenu synonyme de modernité (management par objectifs...), d'imagination, de liberté, de souplesse.

12. Dans quel domaine ?

- ✚ L'action sanitaire et sociale :
 - conventions avec les professions médicales et paramédicales depuis 1971 ;
 - conventions des ARH avec les établissements sanitaires et sociaux ;
 - conventions des départements avec les établissements médico-sociaux (loi du 30 juin 1975).
- ✚ La protection sociale :
 - conventions d'objectifs et de gestion avec les caisses de sécurité sociale ;
 - la fixation du prix du médicament.
- ✚ La lutte contre l'exclusion sociale :
 - contrat d'insertion du RMI ;
 - contrats de retour à l'emploi (PARE, contrat de transition professionnelle...) ;
 - contrat d'accueil et d'intégration ;
 - contrat de responsabilité parentale ;
 - conventionnement pour l'accès au logement social.

- ✚ La régulation économique sectorielle par les autorités indépendantes.
- ✚ Une timide apparition en droit fiscal :
 - chartes du contribuable ;
 - contrats fiscaux relatifs aux prix de transfert ;
 - rescrits fiscaux ;
 - transaction fiscale.
- ✚ L'aménagement du territoire et coopération entre collectivités territoriales :
 - contrats de plan Etat/régions ;
 - politique de la ville ;
 - contrats de pays et d'agglomérations.
- ✚ L'enseignement :
 - contrats avec l'enseignement privé ;
 - contrats de recherche et contrats d'établissement pour les universités
- ✚ La culture :
 - délégation de la gestion d'équipements culturels, organisation de festivals.
- ✚ Le sport :
 - délégation de la gestion d'équipements sportifs, contrats avec les fédérations sportives, subventions aux associations sportives.
- ✚ Les relations internationales :
 - contrats internationaux d'Etat ;
 - coopération décentralisée ;
 - aide au développement.

13. Peut-on mesurer le phénomène ?

L'extension de la sphère contractuelle à de nouveaux domaines s'est effectuée en trois phases :

- l'économie contractuelle (1960-1982) ;
- l'administration territoriale (1982-1992) ;
- le tout contractuel (1992-2002).

- ✚ Aucune donnée fiable n'existe permettant de quantifier dans la durée le nombre de contrats et d'actes unilatéraux et leur proportion respective (les collectivités publiques ne connaissent pas le nombre de décisions qu'elles prennent ni le nombre de contrats qu'elles signent).
- ✚ On ne dispose pas non plus de données sur le volume et la complexité des contrats. Mais il existe beaucoup de littérature sur le sujet.
- ✚ Le contrat administratif et son développement récent sont un signe de la vitalité du droit administratif et de son adaptation aux exigences de l'action administrative contemporaine.

14. Qui est le garant du contrat ?

- ✚ « *Tout n'est pas contractuel dans le contrat...pour que la force obligatoire du contrat soit entière, il ne suffit pas qu'il ait été l'objet d'un assentiment exprimé ; il faut encore qu'il soit juste... »* (Durkheim, 1893)
- ✚ Le garant du contrat varie selon les cultures et les civilisations : la morale, la croyance religieuse, le respect de la promesse, la confiance dans la parole d'autrui, la constitution ou la loi, le juge... Il existe une grande part d'hétéronomie dans le contrat.

15. Quel est le rôle du juge du contrat ?

- ✚ Empêcher la conclusion des marchés qui ne respectent pas les obligations de publicité et de mise en concurrence découlant du droit communautaire et cela grâce au référé précontractuel.
- ✚ Veiller au respect de l'égalité des candidats dans la commande publique.
- ✚ Veiller à l'exécution du contrat et sanctionner la violation des obligations contractuelles : octroi de dommages et intérêts le plus souvent.
- ✚ Interpréter le contrat administratif.
- ✚ Requalifier le contrat le cas échéant pour lui donner sa véritable portée et contrôler le respect de la procédure applicable à sa conclusion.
- ✚ Réguler la possibilité pour des tiers au contrat et pour les usagers des services publics de contester les contrats administratifs.
 - La jurisprudence de l'acte détachable du contrat irrégulier (la décision administrative unilatérale ayant

autorisé la signature du contrat) a ainsi permis aux usagers de contester les mesures contractuelles des services publics depuis le début du XXe siècle. Le juge de l'exécution du contrat doit vérifier dans chaque cas si, eu égard au motif d'annulation de l'acte détachable, le contrat peut ou non aller à son terme et si son annulation n'est pas susceptible de porter une atteinte excessive à l'intérêt général. L'annulation du contrat n'est pas pour autant automatique.

- Allant nettement plus loin, le Conseil d'Etat vient de reconnaître en 2007 aux fournisseurs évincés la faculté de demander directement l'annulation du contrat.

16. Quels développements récents et à venir ?

- ✚ La sécurité juridique et l'intangibilité des contrats sont des enjeux importants comme en témoignent les jurisprudences récentes du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat. L'attention se porte tout particulièrement sur l'impact des mesures législatives nouvelles sur les contrats en cours et les revirements de jurisprudence pour l'avenir. La loi nouvelle ne s'appliquant pas en principe aux situations contractuelles en cours, elle doit, lorsque le législateur décide néanmoins de son application immédiate pour des raisons d'ordre public, prévoir, pour des motifs de sécurité juridique, des mesures transitoires lorsque les règles nouvelles portent une atteinte excessive aux situations en cours (Ass., 24 mars 2006, *Soc KPMG et autres*).
- ✚ La jurisprudence récente du Conseil d'Etat tend à favoriser la réfection et la poursuite du contrat. Le Conseil d'Etat vient de transposer au contentieux contractuel la faculté qu'il se reconnaît de ne pas donner d'effet rétroactif aux annulations qu'il prononce et de limiter à l'avenir les conséquences de ses décisions (CE, arrêt *Tropic Travaux signalisation* – voir page 178 du Rapport)
- ✚ Au niveau européen, un effort d'harmonisation du droit des contrats se met en place. Ce sera le prochain rendez-vous de 2009 lors de l'adoption d'un cadre commun de référence du contrat par la Commission. Un marché intérieur uniforme ne peut en effet être pleinement opérationnel sans un cadre commun de référence. Dans l'attente d'un droit européen des contrats qui n'est pas pour demain, plusieurs Etats membres s'emploient à moderniser leur droit des contrats ou leur code civil. Comparativement, la France apparaît en retard : toutefois, un projet de réforme est actuellement en cours à la Chancellerie. (voir pages 168 à 171 du rapport et son annexe 2, page 281 et suivantes).



Rapport public 2008 du Conseil d'État Considérations générales Synthèse des propositions du Conseil d'État pour un développement maîtrisé du contrat public

Le contrat s'impose chaque jour un peu plus au détriment de la loi, comme si pour régler ou pour mener à bien des politiques publiques, le contrat était de nos jours autant valorisé que la loi serait disqualifiée.

Un tel développement du contrat n'appelle évidemment pas en soi de critique. Mais parce qu'il peut conduire à un affaiblissement de l'intérêt général, cette tendance de fond mérite de faire débat dans le secteur public et, plus globalement, dans la société.

Le rapport 2008 du Conseil d'Etat donne les clés pour comprendre ce mouvement de fond et fait un certain nombre de propositions visant à s'assurer que le contrat public est effectivement utilisé à bon escient.

1- Conforter la représentativité des acteurs sociaux

Pour négocier, il faut des représentants légitimes, aptes à négocier, à s'engager et à faire respecter les engagements pris. Or, la crise de l'autorité et de la représentativité que connaît le pays ne favorise pas a priori le passage d'une société régie par la loi à une société régie par le contrat. Comment favoriser la représentativité des interlocuteurs « naturels » et comment mieux associer des interlocuteurs représentatifs mais exclus des négociations ?

- ✚ En matière de relations professionnelles, le Conseil d'État estime souhaitable de tendre vers un système d'accord majoritaire, c'est-à-dire, vers la signature par des organisations représentant une majorité de salariés et non plus la signature de la majorité des organisations représentatives (les critères sont différents selon les niveaux de négociation. La représentativité ne s'apprécie pas de la même manière au niveau de l'entreprise, de la branche ou de l'interprofession). Aujourd'hui, les accords récemment singés vont dans ce sens même si ils restent largement en-deçà (voir notamment page 218 du Rapport).
- ✚ Dans les autres champs : pour prendre en compte la place croissante des associations dans le dialogue civil, il convient d'approfondir la notion de légitimité et de représentativité des organismes sans but lucratif préalable à leur implication éventuelle dans un processus contractuel. Il faut prendre en compte des critères différents de ceux retenus pour les organisations syndicales qui sont essentiellement quantitatifs.

2- Veiller à l'éthique des négociations

L'éthique de la négociation est un sujet essentiel, plus souvent traité comme tel dans certains pays étrangers qu'en France où les auteurs ayant investi ce sujet sont rares. Pour autant, on peut s'attendre à une modification des comportements avec la loi du 31 janvier 2007 sur le dialogue social.

- ✚ L'Etat doit fixer et se fixer des règles plus strictes en matière de préparation, de conduite et de respect de la parole donnée (ordre du jour, durée et échéance de la négociation, partage de l'information, négociations parallèles, instrumentalisation, abstention de toute mesure unilatérale pendant la négociation...).
- ✚ La préparation des négociations devrait être davantage mise à profit par le Gouvernement et ses partenaires pour enrichir le diagnostic et repérer les résistances possibles aux réformes (partage de l'information avant et pendant la négociation).
- ✚ Les collectivités publiques devraient s'abstenir d'ouvrir des négociations lorsque leur intention finale, arrêtée au départ, est de ne pas conclure.

3- Les extensions exclues du contrat

- ✚ Pour le Conseil d'État, le contrat n'est pas appelé à se développer dans les domaines correspondant aux fonctions de souveraineté telle que la sanction pénale et la police.

4- Les extensions souhaitables du contrat

Le Conseil d'Etat estime souhaitable de laisser une plus large place au contrat à la fois comme mode de production de normes et d'action publique. Les quelques exemples ci-dessous (non exhaustif) indiquent les voies du possibles.

Le contrat comme source de norme juridique.

- ✚ Les autorités de régulation : une plus large place à la régulation contractuelle tendant à assurer une convergence entre la composition administrative et la composition pénale
- ✚ En droit fiscal, 2 propositions limitées :
 - transformer les agréments fiscaux sur les prix de transfert en véritables contrats ;
 - faire évoluer le rescrit fiscal vers un contrat.
- ✚ Dans la fonction publique :
 - élargir le champ de la négociation et de l'accord ;
 - décentraliser la négociation ;
 - reconnaître une valeur juridique aux accords signés (procédure d'homologation) ;
 - instituer une périodicité des négociations selon les thèmes.
- ✚ Favoriser le règlement non juridictionnel des conflits :
 - proposition de loi sur l'arbitrage ;
 - développer la conciliation et la transaction ;
 - encourager les recours préalables obligatoires.

Le contrat pour restaurer la confiance dans l'Etat.

- ✚ Reconnaître une valeur aux conventions d'objectifs et de moyens comme outil d'organisation et de gestion interne des collectivités publiques. La convention d'objectifs et de moyens doit voir sa place mieux reconnue au sein de l'administration :
 - s'acheminer vers une négociation des indicateurs d'objectifs ;

- les associer à une projection pluriannuelle des finances publiques ;
 - des propositions particulières pour la justice administrative.
- ✚ Le Conseil d'État estime que la liberté contractuelle reconnue aux collectivités territoriales rend désormais incongru le fait que l'État puisse, sans aucune conséquence, se soustraire à des engagements qui conditionnent le développement des territoires. Il faut donc reconnaître une valeur aux conventions de programme (type contrat de plan) et y prévoir les sanctions applicables en cas de méconnaissance du contrat.
- ✚ Clarifier la situation des CDI dans la fonction publique notamment en ce qui concerne la continuité de ces contrats. Légaliser le recours au travail temporaire dans les trois fonctions publiques grâce au contrat d'engagement temporaire (remplacement).

5- Mieux articuler droit communautaire et droit national

- ✚ Rendre compatibles droit national et droit communautaire pour tous les contrats relatifs à la commande publique. Il existe six points d'application pour cette politique de comptabilité, chacun d'entre eux comportant une difficulté qui découle d'une différence d'approche dans les définitions et les catégories juridiques :
- les concessions d'aménagement ;
 - le régime juridique des concessions en Europe. Un projet de directive peu satisfaisant (directive 2004/18) ;
 - le rôle du dialogue des juges ;
 - le marché de définition. La nécessité d'un mécanisme réducteur des incertitudes juridiques ;
 - le régime juridique des contrats de partenariat ;
 - les rapports entre EPCI (Établissements publics de Coopération Intercommunale) et leurs communes membres, de telle sorte que puisse être préservé la liberté d'organisation des collectivités publiques.
- ✚ Clarifier le régime juridique des services sociaux d'intérêt général.

6- Renforcer la sécurité juridique du contrat

- ✚ Utiliser une terminologie plus rigoureuse et lutter contre l'abus du vocable « contrat ». Distinguer contrat et convention.
- ✚ Mettre davantage d'ordre dans les contrats administratifs. Plutôt que de créer les nouveaux contrats par des textes spécifiques qui fixent des règles de passation et de fond particulières à chaque contrat, le Conseil d'État recommande de définir les principes fondamentaux et

les règles générales de procédures applicables à l'ensemble des contrats de la commande publique, et plus largement, des contrats administratifs. D'où la proposition de mettre rapidement en chantier à tout le moins un code de la commande publique ou des contrats administratifs.

- ✚ Pour les collectivités territoriales, être davantage vigilants sur les causes d'irrégularité des contrats répertoriées par la jurisprudence. Créer un centre d'expertise au sein des administrations de l'Etat.
- ✚ Veiller à utiliser les contrats conformément à leur objet et à leur destination (voir par exemple, l'abandon du METP évoqué page 257 du Rapport). Or, le risque que ce ne soit pas le cas guette le contrat de partenariat.
- ✚ Assurer une publicité adéquate pour les contrats.
- ✚ Inventorier les problèmes posés par les contrats internationaux.
- ✚ Assouplir les conditions de cession des contrats administratifs.
- ✚ Mieux articuler loi et contrat : prévoir une solution de repli (décret en Conseil d'Etat ou arrêté ministériel) en cas d'échec de la négociation.
- ✚ En matière de droit du travail :
 - améliorer la lisibilité du droit du travail et remédier à l'inconvénient de la loi du 4 mai 2004 : autoriser explicitement dans les accords de niveau supérieur les possibilités de dérogation par les accords de niveau inférieur (voir page 263 à 265 du Rapport) ;
 - ne pas reconnaître de domaine réservé à la négociation sociale mais appliquer loyalement la loi du 31 janvier 2007 ;
 - s'occuper aussi de questions plus importantes : la maintenance de la norme négociée et la résolution négociée des conflits du travail.
- ✚ Renforcer la connaissance du phénomène contractuel au sein des administrations et surtout l'expertise et la formation.

7- Le rôle du juge du contrat à préciser après l'arrêt *Tropic Travaux*

- ✚ La réfection du contrat est préférable à son annulation, de telle sorte que sa sécurité juridique se trouve renforcée. L'arrêt *Tropic Travaux* de juillet 2007 reconnaît au juge du contrat de larges pouvoirs afin de ne déboucher sur l'annulation totale du contrat que dans des circonstances rares.

- 
- ✚ Il est nécessaire de fiabiliser les méthodes d'interprétation du contrat. En effet, si les méthodes d'interprétation des contrats par le juge produisent parfois des résultats perçus comme aléatoires, les matériaux dont il dispose en matière contractuelle sont souvent fragiles, pour ne pas dire inexistantes (archives, dossiers de négociation...).



Rapport public 2008 du Conseil d'Etat Considérations générales Le contrat public en faits et chiffres

De quelque côté que l'on se tourne, le contrat est aujourd'hui omniprésent dans la sphère collective, qu'il s'agisse de gérer le domaine ou les services publics, de financer, de construire et exploiter des infrastructures, d'acquérir des biens et des services, de piloter l'action administrative et les politiques publiques ou de régir les relations sociales.

Quelques données chiffrées pour mieux comprendre cette montée en puissance du contrat public.

1 - Les marchés publics

- ✚ 178 735 marchés (recensement 2006 de l'Observatoire économique de l'achat public), dont Etat 20 829 et collectivités territoriales 15 7906 en 2006 pour 59 milliards d'€ (dont Etat 27 et collectivités territoriales 32), soit 8 % du PIB ;
 - dont 102 163 selon la procédure ouverte pour un montant de 32 milliards d'€ et 27 893 marchés négociés pour 20 milliards d'€

2- La gestion déléguée

Peu de chiffres sont disponibles, sauf pour le secteur de l'eau.

- ✚ 29 000 services de distribution d'eau et d'assainissement dont 20 000 en régie et 9 000 en gestion déléguée (durée moyenne du contrat : 11,3 ans).
- ✚ Moins de 10 % des contrats remis concurrence chaque année. Maintien de l'opérateur en place dans 96 % des cas.

3- Les contractuels dans la fonction publique

- ✚ De 15 à 20 % selon l'Observatoire de la fonction publique : Etat, 10 % avec une forte proportion chez les militaires ; collectivités territoriales, 17 % ; hôpital, 13 % (le Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique annonce des chiffres un peu supérieurs en intégrant les militaires dans ses calculs).
- ✚ Dont 124 000 contrats aidés en 2006

4- La lutte contre l'exclusion sociale.

- ✚ 541 000 contrats d'insertion du RMI et plus de 115 000 contrats d'accueil et d'intégration.

5- En droit du travail

Les chiffres sur le nombre d'accords collectifs et d'avenants signés chaque année sont publiés dans le Bilan annuel de la négociation collective (DGRT).

21 000 accords d'entreprise en 2007, 1 000 accords de branche, 50 accords nationaux interprofessionnels



Rapport public 2008 du Conseil d'Etat

Considérations générales

Les expériences étrangères

Quelques pays étrangers, européens surtout, sont accoutumés à recourir plus largement que la France au contrat. Leur expérience dans quelques domaines essentiels (action administrative, fonction publique, fiscalité et relations professionnelles) éclaire utilement les évolutions survenues au cours des dernières années et permet d'orienter les propositions en vue d'un meilleur usage du contrat.

1- Le contrat dans l'action administrative au Royaume-Uni

- ✚ Le contrat a vu sa place se renforcer au Royaume-Uni depuis le gouvernement Thatcher avec par exemple :
 - les chartes du service public ;
 - la création d'agences et les contrats d'objectifs passés avec les ministères ;
 - la *Private Finance Initiative*, qui a inspiré les contrats français de partenariat ;
 - le *Deregulation and contracting out Act* de 1994, qui délimite la frontière entre ce qui est déléguable et ne l'est pas avec des critères économiques de choix entre régie directe et délégation.
- ✚ Le droit des contrats y est clairement conçu comme un élément de l'attractivité du territoire, en insistant sur trois caractéristiques essentielles (prévisibilité, sécurité et justice).

2- Le contrat dans la fonction publique

- ✚ Même si l'on observe une pluralité de modèles en Europe, plusieurs Etats ont réformé leur fonction publique au cours des dernières années, en laissant une place plus grande au contrat.
- ✚ En Suisse, les fonctionnaires fédéraux sont désormais liés à l'Etat par un contrat de droit public et le statut de fonctionnaire a été aboli. En Italie, 85 % des agents publics ont été placés sous un régime de droit privé après la réforme des années 1990. Seuls les agents exerçant des fonctions de souveraineté conservent le statut de fonctionnaires. Un projet analogue est en cours d'introduction au Portugal.

3- Le contrat dans le domaine fiscal en Europe

- ✚ Le principal vecteur de développement de la négociation a été le « ruling » fiscal notamment en Belgique et aux Pays-Bas. Conçu comme un élément de dialogue entre le contribuable et l'administration, il permet de renforcer la sécurité juridique et de rendre les contrôles moins conflictuels.

4- Le contrat dans les relations professionnelles.

- ✚ Selon les pays, l'histoire sociale a réservé une place plus ou moins grande à la négociation collective. Cette dernière est prépondérante au Danemark alors que, en Espagne par exemple, c'est la loi qui fixe les principales règles du droit du travail.
- ✚ La transposition du droit communautaire dans les Etats membres a plutôt pour effet de renforcer le rôle de la loi. Et la modernisation du marché du travail passe le plus souvent par une nouvelle articulation entre la loi et le contrat collectif.