



**HAL**  
open science

## **Contrat public et action publique : au cœur d'une administration régulatrice**

François Féral

### ► **To cite this version:**

François Féral. Contrat public et action publique : au cœur d'une administration régulatrice. C.E.R.A.M. Université de Montpellier I. Mélanges en l'honneur de Michel GUIBAL : les contrats publics, Presse de la faculté de droit de Montpellier, p. 527-545, 2006. <hal-04682941>

**HAL Id: hal-04682941**

**<https://hal.science/hal-04682941v1>**

Submitted on 31 Aug 2024

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

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



Distributed under a Creative Commons CC BY-NC 4.0 - Attribution - Non-commercial use - International License

## **Contrat public et action publique : au coeur d'une administration régulatrice**

**François Féral<sup>1</sup>**

*« L'Etat n'a pas d'autres moyens  
d'agir que l'action administrative »  
Berthélemy*

Avant d'aborder mon sujet, je voudrais souligner à quel point mon parcours universitaire a été embelli par l'extrême élégance de mon professeur, Michel Guibal : élégance d'une brillante pensée scientifique, curieuse et non-conformiste... élégance des attitudes ouvertes et chaleureuses, par la parole, la posture, la pédagogie et l'écriture... élégance enfin d'une amicale confiance. Sans me faire oublier mon premier maître Louis Constans, dont la pensée paradoxale irrita maints collègues, Michel Guibal, avec une singulière attention, sut toujours faire prévaloir la recherche d'idées sur l'académisme : c'est ce qui convint à mon tempérament lorsque, sous sa direction je rédigeais des développements incompréhensibles. Ce n'est donc pas sans regret que je vois mon ami et mon maître quitter la scène universitaire... Cette curiosité, ce non conformisme, mélangés à une rigueur intellectuelle sans équivoque, ont inspiré et encouragé d'innombrables étudiants. Il réunit aujourd'hui un bel héritage doctoral et pédagogique qui nous rassemble pour la confection de cet ouvrage et je suis particulièrement honoré d'y être associé.

### **Introduction : le contrat et l'action publique, au centre d'une évolution du lexique juridico-politique**

Mon propos est aujourd'hui de rapprocher le thème retenu de l'évolution du contrat public avec celui plus général de « l'action publique ». L'utilisation croissante de cette expression dans le langage des journalistes, des bureaucrates ou de la classe politique est désormais relayée par des sociologues et des politistes. Il serait trop sommaire d'y voir un simple effet de mode. L'émergence parallèle de termes flous tels que la « gouvernance », la résurrection de la « société civile » comme composante institutionnelle, font partie d'un mouvement qui provoque la perplexité des juristes. D'autres termes plus singuliers encore

---

<sup>1</sup> Président de l'Université Via Domitia de Perpignan, Directeur du Centre d'Études et de Recherches sur les Transformations de l'Action publique (EA 3682).

sont apparus depuis vingt ans : des « agences », des « autorités », des « pôles », des « organisations non gouvernementales »<sup>2</sup>... Bref, en parallèle du vocabulaire juridique classique, un nouveau lexique se développe dans le champ de la décision publique, de la responsabilité politique, des institutions publiques. Les « programmes », les « missions », les « projets », les innombrables subventions accordées ici et là nous « changent notre Etat » comme s'en plaignait déjà Hauriou entre les deux guerres.

Mais, à l'inverse de l'illustre doyen, ce sont des pans entiers de la vie sociale et économique qui paraissent désormais échapper à l'emprise de la puissance publique. Nous voyons se recomposer la gestion d'activités innombrables qui étaient autrefois mises sous le contrôle de l'appareil d'Etat dans sa forme interventionniste. Ces domaines paraissent bouleversés et le droit public, qui intégrait cette emprise dans la définition des actes et des institutions publiques, peine à redéfinir le contenu de ses notions fondamentales.

Aujourd'hui, la notion même d'administration apparaît comme une abstraction insaisissable. Au fil du temps, et au fur et à mesure des transformations de l'administration, son contenu s'est considérablement complexifié et ébouriffé rendant la lecture juridique du phénomène administratif de plus en plus énigmatique, du moins à travers des notions juridiques stables<sup>3</sup>. Car ce lexique, qui traite de l'Etat, du gouvernement et de l'administration, est différent du vocabulaire juridique initial, alors qu'il en a le même objet ! C'est là un fait troublant qui marque les transformations du droit public en général et du droit administratif en particulier. Les catégories classiques ont du mal à classer et à intégrer de nouvelles formes d'administration qui ne correspondent pas à la mécanique bureaucratique.

---

<sup>2</sup> Dernière trouvaille : les « *Quangos* »! (quasi autonomous non-governmental organisations) au Royaume Uni, et sur le phénomène bien antérieur des « *agencies* » aux Etats Unis : L. Pliatzky « *Quangos and agencies* » Public Administration 1995, p. 555 sq.

<sup>3</sup> Le Conseil d'Etat est resté peu perméable aux suggestions de la recherche juridique qui depuis des décennies a proposé de nouvelles notions et de nouvelles classifications rendant plus lisible le droit de l'administration. Ainsi se souvient-on de la longue controverse sur la « crise de l'établissement public » sur laquelle le plus brillants publicistes se sont penchés... et Michel Guibal en particulier à travers sa thèse sur les ordres professionnels ? Il n'en reste rien qu'une classification des établissements publics par leur seul « objet » sans aucune considération pour leur nature corporative ou fondative ! C'est ainsi qu'une université, une chambre de commerce ou un ordre professionnel, dont la direction et le fonctionnement sont fondamentalement représentatifs, se trouve dans la même catégorie juridique que, par exemple, l'établissement de désamiantage de l'université Paris VI dont le fonctionnement est quasi hiérarchique...

D'ailleurs, les auteurs classiques ne parlent ni d'action publique ni de contrat public... mais « d'action administrative » et de « contrat administratif ». C'est, à cette aune, mesurer le chemin parcouru : nous parlons aujourd'hui de propriété publique plus volontiers que de domanialité et la fonction publique ne recouvre plus qu'une faible part des « ressources humaines du secteur public »... On voit par là que le langage auquel nous faisons allusion peut être l'entame de notre réflexion.

Peut être faut-il rappeler que le contrat fut le parent pauvre du droit administratif classique. Son extension actuelle paraît signifier de nouveaux rapports de force entre l'appareil d'Etat<sup>4</sup> et ce que l'on redécouvre aujourd'hui sous le terme de « société civile ». Le développement du contrat comme moyen de politique publique et l'évolution de son régime se nourrissent cette situation : ils soulignent combien notre droit public est y est perméable et constitue l'expression de ce lien dialectique<sup>5</sup>. Mais la production accélérée du contrat comme instrument de l'action publique régulatrice a plusieurs significations et elle demande qu'on en dégage les caractères et un essai de typologie sommaire.

## I Le contrat face à l'administration bureaucratique

L'utilisation du contrat comme moyen d'intervention de la puissance publique, n'est pas conforme à la représentation implicite que les classiques se faisaient de l'action publique. Dès lors il n'aurait dû être qu'un acte marginal; c'est pourquoi la définition du contrat administratif définit un régime juridique distinct des contrats civils. Le contrat de l'administration était donc conçu dans la mouvance de la vision unilatéraliste de l'Etat gendarme. Mais le monde change, et l'utilisation du contrat, qui est un procédé d'administration vieux comme le

---

<sup>4</sup> L'État n'est pas qu'une abstraction : il s'incarne concrètement dans le groupe constitué par les *élites* juridiques, politiques et administratives et il est le cadre de la représentation de la décision et du pouvoir. Duguit évoque « *une société dans laquelle quelques individus appelés gouvernants possèdent la puissance politique* ». Les élites intellectuelles, les gouvernants, la haute administration, les fonctionnaires qui en vivent, les membres des juridictions, la doctrine juridique, constituent les acteurs et les bénéficiaires d'une domination bureaucratique et technocratique qui a construit le cadre juridique et conceptuel de l'administration. Cf. aussi la thèse de la coercition retenue par Max Weber pour définir l'appareil d'Etat, en tant que « *groupement de domination... à caractère politique, c'est à dire garanti par un appareil coercitif ... et à caractère institutionnel lui assurant le monopole de la contrainte légitime* ».

<sup>5</sup> Sur l'analyse dialectique du droit public comme moyen d'explication du contenu de ses notions et de leur évolution cf. notre ouvrage « *Approche dialectique du droit de l'administration : l'appareil d'Etat face à la société civile* » L'Harmattan/ CERTAP Paris 2000

monde, correspond aux nouveaux rapports de négociation noués entre la société et l'Etat.

## **1. Le contrat immergé dans l'unilatéralisme**

L'acte unilatéral apparaît d'abord comme naturel, dans le développement d'une action publique bureaucratique, selon une conception qui s'est construite dans un bain idéologique au service d'un Etat dominateur. Dans ce cadre, le contrat administratif n'apparaît que comme une concession faite à regret aux procédés du droit commun.

### **L'acte unilatéral, acte naturel pour l'action administrative**

A la veille de la première Guerre mondiale, Léon Duguit signalait que le contrat administratif était une forme marginale de l'action publique et que l'acte unilatéral était en fait la forme naturelle et perfectionnée de l'intervention publique<sup>6</sup>. Barthélemy, dans son traité de droit administratif n'a pas de développement sur le contrat. Il expose le régime de la concession comme un acte mixte non réellement contractuel mais plutôt statutaire<sup>7</sup>. Cette idée est corroborée par la jurisprudence qui alors ne conçoit le contrat de l'administration que marginalement conventionnel : « *Tous les actes accomplis par la puissance publique et ses agents (...) constituent des applications des lois et règlements administratifs (...) on peut donc dire que jamais la puissance publique et ses agents n'agissent dans les mêmes conditions que les particuliers* »<sup>8</sup>.

Cette conception correspond alors à l'Etat gendarme, dont la fonction a d'abord pour objet la recherche de l'ordre au sein duquel les libertés de chacun peuvent s'épanouir. Dès lors, si l'administration est amenée, malgré tout, à passer un contrat, ce sera un contrat réglementé, pour que l'autorité publique y soit corsetée... et ce sera un contrat léonin, un contrat d'adhésion, pour que les deniers publics y trouvent protection. Mais, ce qui heurte alors le consensualisme

---

<sup>6</sup> « ... aujourd'hui, une tendance très nette se manifeste vers la diminution du domaine des actes contractuels et l'extension du domaine des actes unilatéraux, tendance qui se rattache à ce que nous avons déjà appelé la socialisation du droit ... » « Les transformations du droit public » Armand Colin 1913 p. 159

<sup>7</sup> « *Les concessionnaires ne font qu'adhérer à ces actes dont l'interprétation convient mieux à des administrateurs qu'aux juges de droit commun* » p.581 et également p. 490 ses développements en faveur du recours administratif auprès du ministre sur les marchés de fournitures et la vente des biens domaniaux « Traité de droit administratif » Arthur Rousseau 1901

<sup>8</sup> Conclusion du Commissaire du Gouvernement Tessier sous T.C 29 févr. « Feutry » S. 1908.3.97 et la note de Hauriou

des libéraux, réjouit les publicistes qui y voient un acte juridique légitimement exorbitant.

Sur le plan politique, l'unilatéralisme domine donc la pensée juridique. Il est fondé sur le providentialisme qu'exprime Lacordaire « *La Loi libère là où la liberté opprime* ». Cette vision existe encore où les actes juridiques sont « *un ensemble de liens de paroles fixés dans les textes qui attachent des hommes les uns aux autres (...) par deux sortes de liens qui nous tiennent, la loi et le contrat : la première s'impose à nous, la seconde procède d'un libre accord avec autrui* »<sup>9</sup>. Bien sûr, il s'agit là d'un nouveau plaidoyer pour la loi : le contrat exprime le marché du droit et ses dangers d'inégalités. Pour sa part, la loi doit exprimer la volonté publique de rééquilibrer les rapports sociaux. Dans cette présentation, est développée l'idée implicite que la loi est l'acte de l'Etat, alors que le contrat ne serait que l'expression juridique des rapports de force. Mais il n'est pas si évident que la loi et le contrat s'opposent : il s'agit certes d'une opposition catégorielle fondamentale, mais elle n'exprime que les procédures de formation de la règle et de l'obligation juridique, elle ne légitime en rien son contenu !

### **Un bain idéologique au service d'un Etat dominateur**

En fait, le droit public semble avoir du mal à se dégager de ses représentations bureaucratiques construites au XIX<sup>e</sup> siècle dans un contexte sociopolitique très caractéristique. Pour parler brutalement, le droit public en France est la double victime de Weber et de Kelsen... l'un par une bureaucratie célébrée comme une science de l'administration, l'autre, qui en est le chaland, dans l'illusion d'une hiérarchie juridique fonctionnelle construite dans la mythologie de l'Etat nation.

Ces deux modèles, inspirateurs du droit public, ne se conçoivent que dans le cadre d'un Etat dominateur, s'accaparant toutes les fonctions organisationnelles des activités et des espaces publics. C'est une phase de l'histoire au cours de laquelle l'appareil d'Etat bénéficie d'une représentation politique où sa légitimité souveraine s'impose dans les domaines juridique, financier technocratique... Nulle autre entité n'est alors en mesure de mobiliser autant de moyens, de savoirs, d'argent, de capacités d'organisation : les épisodes coloniaux et les effroyables guerres qui secouent le monde ne font qu'en renforcer la perfection et la domination légitime.

---

<sup>9</sup> Alain Supiot « *Se défaire des illusions du tout contractuel* » *Le Monde* 7 mars 2000 p.17

L'intérêt général, et son expression juridique le service public, viennent relayer cette légitimité : efficacité et bien commun sont le fondement d'un droit spécifique fait pour que triomphe le bien, l'utile et le juste. Une science que l'on dit totalement neutre l'accompagne pour réaliser des infrastructures publiques ou des matériels sophistiqués et bien sûr des machines de guerre.

C'est dans ce bain idéologique et historique que le droit public romano germanique formalise l'organisation administrative et ses liens avec la société : il se présente comme une construction juridique, mais il produit également l'inspiration idéologique par laquelle l'Etat est « *la forme la plus élevée de l'organisation humaine* »<sup>10</sup>. Il en découle le modèle bureaucratique par lequel la vérité, venue d'en haut de la pyramide hiérarchique, s'impose aux échelons inférieurs. Le citoyen n'a qu'à se conformer à une organisation scientifiquement parfaite<sup>11</sup>, et à obéir à une norme qui en est l'expression pure<sup>12</sup>. Le caractère exorbitant du droit public n'est que l'interface de cette idée de domination légitime et incontestable.

### **Une transition vers un contrat public : le contrat administratif**

Mais la réalité est plus forte que la doctrine, et les nécessités de l'administration, qui ont fait émerger la notion contestée de gestion privée soulignent le recours croissant aux procédés contractuels : vieille controverse du début du XX<sup>e</sup> siècle par laquelle, à l'évidence, la personne publique n'a pas recours exclusivement à des procédés exorbitants. Dans le cadre classique, où la domination de l'Etat est naturellement admise, le recours au contrat même marginal porte la marque de cette prééminence : un contrat d'accord mais il sera à la main de la puissance publique. Faute pouvoir agir exclusivement par les ordres et les instructions unilatérales, l'Etat et son administration sont conduits à recourir à des prestataires de services, à des fournisseurs, à des partenaires. Mais le contrat administratif s'impose autant à l'administration qu'à ses co-contractants : il est statutaire, c'est un cadre juridique qui n'a que peu de choses à voir avec un échange libre de volonté tel que le décrit le code civil.

---

<sup>10</sup> Cf. comme archétype de cette représentation : L. Le Fur « *Le but du droit, bien commun, justice, sécurité* » annuaire de l'Institut International de Philosophie du droit et de sociologie juridique. T. III troisième session, Recueil Sirey

<sup>11</sup> Cf. Les développements sur l'Etat et sa bureaucratie, Weber M. « *Histoire économique générale* » 1923 ed. 1961 New York Collier Books

<sup>12</sup> Voir bien sûr pour cette vision normativiste, Kelsen H. in « *Théorie pure du droit* » Paris Dalloz 1962,

Dans ces conditions, on peut analyser la construction de la notion de contrat administratif comme un épisode de la déroute de l'unilatéralisme du droit administratif classique. La définition progressive d'un contrat administratif pourrait n'être qu'un acte de transition, une sorte de formule intermédiaire entre l'acte unilatéral, qui est la normalité bureaucratique, et le contrat de droit commun qui est la forme naturelle de la création du droit par la société civile.

Le contrat administratif illustre également, par son régime singulier, le vieux débat engagé par Duguit et Hauriou pour définir les fondements du droit public. Pour Hauriou l'acte administratif est, par son régime exorbitant, l'acte qui exprime le pouvoir disciplinaire de l'institution : mais ici, le contrat a cette même nature institutionnelle. C'est parce qu'il participe à l'œuvre de l'Etat que le contrat administratif échappe aux règles du droit commun, pour s'en affranchir au nom de l'intérêt général... mais également, au nom de la protection des deniers publics et des principes républicains, pour se soumettre à un régime de contrôle et de légalité que ne supporterait pas une entreprise. Pour Duguit, c'est la finalité de l'acte qui lui donne des prérogatives juridiques, mais également sa légitimité : la contribution au lien social, la construction d'un service public aux vertus collectives sont le fondement d'un contrat hors normes et qui échappe au droit commun.

La jurisprudence, comme l'huître de Perrin Dandin, a donné corps aux thèses de nos deux grands jurisconsultes : le contrat est administratif s'il participe par son objet à l'exécution même du service public, il l'est également s'il exprime la domination de l'appareil d'Etat par des prérogatives juridiques inscrites au contrat<sup>13</sup>.

## **2. L'évolution de la pensée bureaucratique vers des pratiques consensualistes**

Le changement du contexte dans lequel se développe aujourd'hui l'action publique, le renouvellement du bain idéologique, nous rappellent que le contrat est par nature facteur d'organisation et d'action collective, agissant dans le champ de l'administration publique.

---

<sup>13</sup> Fruit des jurisprudences « *Granits porphyroïdes* » (CE 31 juillet 1912 GAJA 29) et « *époux Bertin* » (CE 20 avril 1956 GAJA 95) le contrat administratif est défini comme « ... *d'une part ceux qui ont pour objet l'exécution même du service public, d'autre part ceux qui contiennent une ou plusieurs clauses exorbitantes du droit commun...* » Dictionnaire de droit Dalloz p. 453

## **Le renouvellement de l'environnement d'action et du bain idéologique de l'administration**

Nous mesurons combien le débat entre Duguit et Hauriou pouvait s'inscrire dans une pensée bureaucratique et normativiste, et combien cela peut paraître aujourd'hui décalé de l'intervention publique dans ses formes nouvelles.

Lorsque, au milieu des années soixante-dix le doyen Georges Péquignot nous enseignait le contrat administratif, ses propres certitudes commençaient à être ébranlées. Son enseignement, abondamment documenté, se proposait de définir avec clarté la notion de contrat administratif dont les critères étaient déjà boiteux. On s'accordait déjà à reconnaître que la définition du service public était du domaine de l'opportunité politique, et que la notion de clause exorbitante n'était pas claire... en quoi d'ailleurs se différenciait-elle des clauses léonines ou des contrats d'adhésion en honneur dans la société civile ?

Plus encore, les juridictions administratives exigeaient que le contrat administratif soit établi au nom d'une personne publique mais la construction de l'autoroute de l'Estérel vient ruiner ce critère impératif. La notion acrobatique de mandat implicite venait d'accorder à un organisme de statut privé la possibilité d'établir des contrats de droit public<sup>14</sup>. Cependant, dans un droit public aux démembrements multiples et aux transferts de compétences d'autorité par légions, n'était-il pas illogique que des personnes privées investies de missions de travail ou de service public ne puissent recourir à des formules juridiques usuelles de l'intérêt général ?

Notre représentation de l'administration a évidemment beaucoup changé : on célèbre aujourd'hui la gestion privée et le marché comme étant à la fois plus légitimes et plus efficaces que la démarche unilatérale. On nous parle de déréglementation nécessaire à la vie sociale et à l'essor économique ; la régulation est évoquée comme étant plus à même d'obtenir des résultats que la formule du commandement donné à la société. On voit par là que la bureaucratie wébérienne fait eau de toutes part. Quant à l'illusion d'une pyramide hiérarchique des normes qui soit cohérente, elle est du même tonneau qu'un mystique jusnaturalisme.

---

<sup>14</sup> T.C 8 juillet 1963 « *Société entreprise Peyrot* » GAJA 106

## Un très ancien procédé sociétal d'administration : le contrat

Il est une vérité d'évidence : l'Etat n'a pas le monopole de l'organisation de la vie sociale, il existe d'innombrables mécanismes institutionnels qui démontrent la capacité de la société de réaliser une foule de choses dans l'espace public. La famille, la religion, l'ethnie, le clan, la féodalité, le parrainage, la bande... structurent la société selon un mode considéré comme scandaleux et archaïque dans le registre de l'Etat nation, mais qui reste parfaitement fonctionnel.

Plus juridiquement, les corporations, les associations, la constitution de groupes, les programmes concertés, l'entreprise privée, les réseaux commerciaux, culturels et scientifiques... sont aujourd'hui propulsés par des moyens d'informations et de communications qui font pièce à l'appareil d'Etat. N'est-il pas évident que la société civile reprend la main depuis le moment où, contre toute logique, on a cru qu'elle pouvait s'effacer ?<sup>15</sup>

Or l'ensemble de ces « systèmes d'administration » au sens hégélien<sup>16</sup> du terme fonctionnent d'abord sur le mode conventionnel. Par exemple, l'article 1 de la loi de 1901 précise : « *l'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes (...) mettent en commun d'une façon permanente leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices. Elle est régie par (...) les principes applicables aux contrats et obligations* ». Le contrat est créateur d'organisation et d'action, fondateur d'institutions civiles et administratives selon la définition même donnée de l'administration<sup>17</sup>. Le contrat construit un ensemble de normes établies par des personnes mais, quand il est la base de l'adhésion à un groupe, il réalise un projet : nous retrouvons Hauriou...

Par ailleurs, la mondialisation a créé des niveaux de décision transnationaux... Le modèle de fonctionnement de la société n'est plus national et hiérarchique, il s'organise en réseaux sans frontières. Les systèmes informatisés, le perfectionnement des moyens de communication et de transport, ont mis en place des liens dans lesquels l'information n'est plus pyramidée comme dans le modèle de Weber. Dans ces conditions, la supériorité juridique

---

<sup>15</sup> Dès la Convention sont réhabilités nombre de corps intermédiaires après que la loi « le Chapelier » ait mis à bas les corporations.

<sup>16</sup> Hegel F. présente l'administration et la corporation comme « *moyen de défense des intérêts particuliers* » définies comme « *un des trois éléments contenus dans la société civile* » « *Principes de la philosophie du droit* » §201 Gallimard 1972 coll. idées

<sup>17</sup> Voir et revoir évidemment Chevallier J., Loschak D. op. cit. dans leur tome 2 « *L'administration comme organisation et comme système d'action* » L.G.D.J. PARIS 1978.

des actes de l'administration publique n'est plus en corrélation avec la réalité socioéconomique.

Au cours des siècles l'Etat a démontré sa capacité à réaliser des opérations qu'il était le seul à pouvoir mener à terme, il s'est même fait souvent le sauveur de projets privées en déroutes. Le capitalisme transnational a aujourd'hui la capacité de mobiliser des moyens financiers et logistiques comparables et supérieurs à ceux de la plupart des Etats. Il présente une efficacité organisationnelle et décisionnelle souvent plus grande que les Etats, empêtrés dans des questions sociales interminables et incontournables. A « l'autre bout » de la société, la lourdeur de la bureaucratie est désarmée face à la mobilité des groupes et des associations qui disposent désormais de moyens de communications et d'informations de plus en plus efficaces et perfectionnés. Bref, l'Etat n'est plus dominateur comme forme d'appareil organisationnel. Dans ces conditions l'utilisation des mécanismes unilatéraux relève du fétichisme.

## **II Le contrat et l'administration régulatrice**

Le contrat public est donc l'acte qui, dans un nouveau contexte et dans de nouveaux rapports noués entre l'Etat et la société est l'archétype de l'administration régulatrice<sup>18</sup>. Il paraît se substituer à l'acte unilatéral et aux institutions bureaucratiques dans une période de renégociation de l'autorité publique par les individus et les corps intermédiaires. Le contrat trouve donc désormais une place nouvelle dans des registres très différents qui vont bien au-delà de l'interventionnisme classique sur lequel ont été construites les notions traditionnelles. Mais sa lisibilité administrative n'est pas toujours très claire et ses contenus réclament qu'on y regarde à deux fois avant d'en faire une catégorie homogène.

### **1. Le contrat instrument de l'administration régulatrice**

Les contrats publics connaissent un développement exceptionnel depuis une cinquantaine d'années. Ils appuient le fonctionnement de l'Etat régulateur dans une opération d'introspection engagée au moment où l'interventionnisme économique était à son apogée. Les contrats ont réalisé d'innombrables formes d'interventions au service de l'action publique. C'est cette explosion protéiforme

---

<sup>18</sup> Cf. sur cette notion de régulation Miaille M. « *La régulation et le pouvoir politique* » Working Papers n° 31 ICPS Barcelone 1991

qui caractérise justement les transformations des liens noués entre l'Etat et la société civile.

### **Une administration au service de l'Etat régulateur**

La fonction de régulation peut se définir comme la fonction d'arbitrage et de traitement de l'information telle qu'elle apparaît mieux identifiée à partir des années quatre-vingts<sup>19</sup>. On y voit d'abord l'échec de l'Etat Providence dans sa fonction de production et de redistribution, une remise en cause de sa légitimité et de son efficacité. C'est également un contexte de mondialisation des marchés et de traitement informatisé de l'information. Dès lors, la fluidité des normes, la privatisation des secteurs de services et de production autrefois dirigés par l'Etat, la négociation des décisions, caractérisent cette étape. Elle fait apparaître l'Etat non plus comme un directeur mais comme un acteur central. Il lui incombe de créer les conditions favorables à la vie économique et sociale, et non plus de la prendre effectivement en charge pour en diriger les objectifs et la mise en œuvre.

L'Etat régulateur agit donc dans un contexte de sollicitation sociale très différent du XIX<sup>e</sup> et des deux tiers du XX<sup>e</sup> siècles. De moins en moins autoritaire et unilatéral, il est aujourd'hui pressé, obligé de négocier : ceci explique la forme complexe du droit de l'administration. Le poids de l'environnement sur la décision politique et administrative est plus important que jamais : c'est la contestation du modèle bureaucratique dans lequel la vérité, le savoir et la compétence juridique que l'on croyait « en haut », sont en réalité dispersés en réseaux.

L'abandon partiel des modes d'action bureaucratique et autoritaire est probablement le fait marquant des années postérieures à mai 1968. L'Etat Régulateur n'est que la forme postindustrielle de l'Etat Providence, qui s'y assimile, tant par son champ d'intervention en dilatation, que par ses rapports non autoritaires avec la société civile. Le contrat est dans ce nouveau contexte la forme naturellement adaptée à la régulation.

Mais la capacité de résistance à l'autorité des différents groupes de pression, transforme l'acte unilatéral lui-même en un acte négocié : non

---

<sup>19</sup> Venu de la biologie, de la cybernétique et de la mécanique, le terme de régulation est d'abord employé en sciences sociales par les économistes. Le mot envahira la science politique et le droit à la fin de cette décennie. Cf. Ph. Braud « *Traité de science politique* » Grawitz et Leca, p. 372 sq. Voir également P. Allies, J.P. Autin, M. Miaille et al. « *Les Cahiers du CERTE* », n° I, II et III consacrés à la régulation, 1990 et 1991 U.F.R. droit de l'Université de Montpellier I

seulement négocié dans son contenu, au niveau de son élaboration, mais également au niveau de son application, bien souvent modulée par les autorités en fonction des situations<sup>20</sup>. Ainsi, alors que, formellement, l'acte d'autorité répond toujours au même régime juridique, sa genèse et son contenu, tout autant que ses effets, ne répondent plus à ses caractères juridiques essentiels. Avec les mêmes objectifs que l'État Libéral, l'État régulateur agit dans un registre élargi de méthodes et modifie ses relations avec la société civile.

Si pour l'État Libéral l'intervention se réalise dans le cadre juridique exorbitant du droit administratif, pour l'administration régulatrice, le cadre juridique s'est élargi à l'ensemble des actes juridiques et des organes s'intégrant aux interventions de multiples politiques publiques. La régulation administrative intègre non seulement la production juridique de l'administration et des pouvoirs publics, mais elle englobe également celle des acteurs et des organes qui contribuent à leurs politiques<sup>21</sup>. A partir de ce nouveau contexte de production des institutions administratives, les interventions des autorités publiques constituent aujourd'hui un vaste ensemble hétérogène d'actes juridiques et d'actes matériels, effectués dans un cadre social de plus en plus complexe.

Enfin l'État désintéressé disparaît lui-même : le Conseil d'État sanctionne cette évolution, qui a intégré l'évaluation des coûts/avantages dans les décisions d'utilité publique ou dans l'attribution de marchés. Au-delà de l'approbation de la Haute Juridiction, on peut voir cette évolution à travers quelques pratiques de politiques publiques :

- attribution des concessions de télévision ou décisions industrielles qui réalisent une organisation économique oligopolistique ;
- la gestion domaniale devient marchande moins polarisée que par le passé par le service public ou par l'usage du public<sup>22</sup> ;
- les décisions de police et de santé publique elles-mêmes, paraissent liées à des considérations économiques<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> Ainsi en est-il de la reconnaissance par le Conseil d'Etat du pouvoir d'opportunité du préfet de transmettre aux juridictions administratives les actes illégaux des collectivités territoriales dont le contrôle de légalité lui est confié. Il se retrouve ainsi dans une situation parallèle à celle du Procureur de la République pour engager les poursuites pénales

<sup>21</sup> Cf. Chevallier J. « *Le droit administratif en mutation* » P.U.F. C.U.R.A.P.P. 1993 p. 11 « Entre droit constitutionnel et sciences administratives » la dimension de science administrative du droit administratif.

<sup>22</sup> Exemple du domaine portuaire ou des biens domaniaux gérés par la S.N.C.F. ou aéroportuaire, ou du rétrécissement du domaine public maritime à l'usage du public. Cf. sur ce phénomène la thèse de Mamontoff C. : « *Domaine public et entreprise privée* » L'Harmattan CERTAP 2003

## L'action publique au-delà du service public

Ce mouvement coïncide avec une longue période d'introspection engagée par l'appareil d'Etat pour s'interroger sur le fonctionnement de sa bureaucratie. Et c'est à partir des années soixante que se dessine cette contestation interne. Aux Etats Unis, les sciences sociales se mobilisent autour du thème des politiques publiques, que nos facultés de droit ont importé quelques quinze années plus tard<sup>24</sup>. En France c'est par le biais de la science administrative et par le recyclage du droit public à travers cette discipline nouvelle que ces questions sont abordées<sup>25</sup>. On découvre que Weber qui avait fait une science de la bureaucratie, faisait en réalité une description métaphysique du système hiérarchique : la sociologie des organisations enseigne que l'information et les systèmes de pouvoirs n'obéissent pas seulement à des schémas normatifs, que l'applicabilité des décisions se heurte aux groupes de pressions, aux corporatismes. On souligne que la société civile n'obéit pas comme un petit soldat, que des corps intermédiaires, honnis de la Révolution se sont reconstitués, si jamais ils ont réellement disparu.

Dans ces conditions, l'acte bureaucratique célébré par Kelsen comme la norme pure n'est qu'un pèlerinage à Lourdes, alors pourtant que le positivisme eut l'immense mérite d'étriller plusieurs siècles de religions juridiques !

Dès lors on peut comprendre que le contrat soit aujourd'hui, à l'égal de l'acte unilatéral, un instrument privilégié pour mener l'action administrative. Ces dernières années ont été marquées par l'encouragement et le développement du « conventionnement » comme moyen de faire aboutir le projet public ou de le mettre en œuvre. La notion même de contrat public marque une évolution par rapport à ce que les classiques désignaient sous le terme de contrat administratif. Ce glissement sémantique est révélateur de notre évolution. On ne parle plus non plus d'action administrative, tant le mot administration est devenu

---

<sup>23</sup> Cf. les affaires de l'amiante ou du sang contaminé, conceptions mercantiles de la répression des fraudes, affaire de la vache folle, etc. Sur ce mercantilisme administratif voir aussi notre étude : « *La crise de la vache folle et la gestion administrative du risque industriel* », Revue des Sciences Politiques de Toulouse, n° 37 1er semestre 1997, p. 7 à 28.

<sup>24</sup> Il faut attendre la parution du « *Traité de science politique* » (Grawitz M. et al.) pour voir apparaître un travail systématisé d'ailleurs par des publicistes au Tome IV de cet ouvrage : « *Les politiques publiques* » Paris P.U.F. 1985

<sup>25</sup> La référence incontournable au niveau national reste le travail de Chevallier J et Loschak D « *Science administrative* » qui traitent d'abord de la « *Théorie Générale de l'institution administrative* » et de « *L'administration comme organisation et comme système d'action* » L.G.D.J. PARIS 1978

grossier dans un contexte où l'Etat se fait discret. On parle donc plus volontiers d'action publique.

L'évolution de l'intervention publique nous indique que l'action publique est une notion plus large que le service public. Les analyses de politiques publiques soulignent que l'Etat ne se contente plus de gérer des services selon les formules bureaucratiques : on parle d'un « ensemble de mesures », de sollicitation sociale, d'activation. La politique englobe, en plus des services publics qui d'ailleurs se transforment eux-mêmes, un ensemble de décisions politiques tendant à modifier les relations sociales et économiques, la répartition des droits et des richesses... C'est dans ce nouveau registre, qui vient s'ajouter à la bureaucratie classique, que le contrat devient l'instrument privilégié de l'action publique, plus large elle-même que l'action administrative.

Mais comme nous allons le voir plus bas, il s'agit donc de moins en moins des contrats tels que les enseignait notre cher Doyen Péquignot, qui viennent animer cette action publique : les marchés de travaux et fournitures demeurent, les concessions d'ouvrage également mais les personnes administratives jouent aujourd'hui dans un registre infini de conventions de toutes natures dont les régimes de droit ne sont pas normalisés. Ainsi le contrat public ne renvoie pas à une forme et à un régime juridique précis au contraire du contrat administratif : il recouvre un « mode d'action » qui, certes, peut englober des contrats administratifs proprement dits, mais pas seulement tant la notion semble incertaine.

## **2. Une pluralité de régimes pour des contrats aux objets indéfinissables**

Le recours au contrat devient, dans ce nouveau contexte, un mode d'intervention particulièrement souple, avec des objectifs nouveaux et des fonctions différenciées. Mais à bien y réfléchir, cette contractualisation a des objets différents avec des régimes de droit distincts. Le contrat administratif n'a pas disparu mais ses inconvénients apparaissent aujourd'hui comme une des raisons du renouveau d'un contrat public beaucoup moins défini.

## L'alourdissement du contrat administratif

L'administration n'a pas abandonné le contrat administratif avec son régime exorbitant, légal et règlementé. On peut même trouver une délectation à voir se multiplier les règles accompagnant les marchés publics, à la suite des problèmes intervenus dans les affaires de corruption et de financement des partis politiques. Le domaine traditionnel des marchés publics reste savamment corseté par la tradition unilatéraliste, et il « plombe » même largement l'action publique.

Car si le droit exorbitant du contrat administratif confère à l'administration des privilèges, mais il y fait également peser des contraintes. Dans le contexte de l'État régulateur, ces dernières apparaissent désormais plus lourdes que les avantages. Comme l'acte unilatéral permet une action autoritaire, le régime des contrats et des travaux publics donne à la personne publique une supériorité dans le rapport contractuel : certains aspects de la responsabilité font échapper les fonctionnaires à la réparation des dommages, le statut domanial les protège les biens de certaines opérations privées, l'administration a des privilèges dans les domaines de l'imprévisions ou de la mutabilité des contrats.

À l'inverse, les contraintes de ce droit exorbitant ne sont pas minces : les règles de la comptabilité publique liées à ces opérations sont d'une redoutable lourdeur ; l'environnement réglementaire des personnes publiques qui encadre en particulier d nombreux contrats administratifs gêne considérablement la décision et la gestion des opérations ; la responsabilité pour risque rend imputable presque automatiquement le dommage à l'administration...

Dans le domaine des marchés par exemple, on souligne de plus en plus que des règles de concurrence plus formelles qu'effectives et les lourdeurs du cadre règlementaires empêchent l'administration de bénéficier des opportunités du marché et de prendre ainsi des risques fructueux au bénéfice des finances publiques. Ce sont les entreprises qui sont aujourd'hui en position de force face à des administrateurs empêtrés dans des délais et des procédures interminables. Car le maquis des normes est tel que les personnes publiques sont paralysées et sont amenés à caricaturer l'action publique<sup>26</sup>. Qu'on ne s'étonne pas dès lors que les administrations externalisent leur fonctionnement, contournent les

---

<sup>26</sup> Pour réaliser une opération immobilière financée par ailleurs à 80%, l'université *Via Domitia*, a subi une instruction de 22 mois obtenir l'autorisation de Bercy d'emprunter 300 000 € sur vingt ans à des taux inférieurs au marché. Ce contrôle a priori a mobilisé plus de vingt fonctionnaires de haut niveau du ministère des finances. Une Université doit obtenir l'autorisation du ministre de l'éducation nationale et du ministre des finances pour réaliser une opération de leasing sur un véhicule...

procédures, imaginent de nouveaux cadres juridiques moins contraignants. La pénurie des emplois budgétaires encourage le recours aux contrats de travail, de service ou de sous-traitance : il n'est pas établi que cela économise substantiellement les deniers publics et que cela améliore dans tous les cas le service rendu.

Mais si le contrat administratif a perdu ses caractères et ses avantages c'est que le rapport de force qui lie l'Etat à la société, s'est progressivement inversé, que le marché présente désormais plus d'efficacité que la norme, tout au moins en termes de délais et de facilité d'exécution.

## **Des contrats pour améliorer l'efficacité de l'action publique**

Les raisons qui aujourd'hui permettent de voir le développement des contrats en particulier hors du champ du contrat administratif traditionnel sont liées pour l'essentiel à la réforme de l'Etat. Leur objectif est soit de réaliser la réforme interne de l'appareil ou de modifier son fonctionnement, soit de mobiliser des moyens et des partenariats hors de l'appareil d'Etat pour obtenir plus d'efficacité et une extension de son champ d'action.

### **Des contrats pour réformer la bureaucratie**

J. Chevallier et D. Loschak notent à la fin des années soixante dix que « la formule conventionnelle » a fait flores<sup>27</sup> : il la classe dans « *l'action publique de concertation* », en relevant « *l'inauguration de procédés contractuels entre unités administratives destinées à harmoniser leurs relations mutuelles (...) entre segments placés au même niveau dans l'appareil administratif* ». Ce principe même apparaît comme le dynamitage du principe hiérarchique : nos deux collègues parlent même d'une « *substitution du dialogue au procédé du commandement* ».

Avec ses propres établissements publics l'Etat discute des moyens, des objectifs et des contenus des actions engagées<sup>28</sup>. Avec ses propres entreprises publiques l'Etat passe des contrats d'objectifs et de gestion. L'Etat réalise sa propre réforme interne, à travers un nouveau type de gestion, pour mener le changement dans sa bureaucratie : ce sont les « projets d'établissement » les « projets de service » engagés dans les administrations traditionnelles avec les

---

<sup>27</sup> Cf. Chevallier J et Loschak D op. cit. T II p. 116 et s.

<sup>28</sup> Avec comme archétype les dotations globales des hôpitaux.

personnels et les usagers. Les relations de tutelle établies avec les collectivités territoriales se sont également transformées pour l'aménagement et l'urbanisme, les équipements publics, les infrastructures...

Les contrats État/région veulent établir de véritables systèmes de partenariat, même s'ils tournent parfois au marchandage : ils s'opposent à un système légal de répartition des compétences établies d'une manière normative. Dans la conception bureaucratique, on peut trouver de la singularité à négocier le développement économique et social des citoyens d'une partie du territoire national. Plus étranges sont des contrats qui paraissent relever de la responsabilité exclusive de l'État pour la mise en œuvre de moyens et l'obtention de résultats. Ainsi en est-il pour les contrats quadriennaux passés avec les universités : n'est-il pas de la responsabilité de l'État de fournir les *moyens égaux* à l'ensemble des usagers du service public universitaire ? Peut-on imaginer un « échec » de ces contrats qui priverait les usagers de ces services alors qu'ils seraient offerts en abondance à d'autres étudiants d'universités plus habiles à séduire les bureaux des ministères ?

Une même perplexité peut nous envahir avec les contrats de sécurité qui se sont développés entre les communes, plusieurs services publics d'État, des associations, des entreprises, pour rétablir la sécurité dans des quartiers difficiles. La sécurité publique est une mission régaliennne et il est étrange qu'elle puisse faire l'objet d'une convention.

Nous voyons bien dans ces deux exemples que ces contrats restent énigmatiques, au regard des principes conventionnels et des règles administratives : ils soutiennent une « action politique complexe » au service d'un projet qui se distingue d'un service public tel que les classiques l'imaginaient.

### **Des contrats pour élargir les champs et les moyens d'action de l'administration**

La crise de l'organisation même de la bureaucratie, a amené l'administration d'État à multiplier les procédures de délégation, soit à des organes, soit à des personnes administratives de toutes sortes. Cette délégation adopte deux formes juridiques. Il s'agit d'abord de la forme classique et statutaire, inscrite par exemple dans la création d'un l'établissement public, la constitution légale ou réglementaire de certains organes, intégrés normalement à

la bureaucratie. Mais il s'agit surtout de délégations constituées dans le cadre d'un contrat : certaines concessions de services, les subventions données à des personnes privées, des situations de mandat implicite, qui étendent le nombre des personnes administratives déléguées de la personne juridique de l'État.

La conclusion de ces contrats définit des obligations factuelles, et en particulier la réalisation de prestations et d'obligations, mais elle aura également pour effet d'incorporer les cocontractants dans la sphère de l'administration publique. C'est ici que fonctionne l'hypothèse du *mandat*, qui paraît s'appliquer en particulier à certains cas de déconcentration technique. Dans ce cas de figure, le mandataire devient lui-même un organe de l'administration publique. Cette administration contractuelle n'a cessé de se développer dans la période récente sans que soit aujourd'hui parfaitement éclairci son régime juridique.

Ainsi, depuis 1992, les délégations de services publics ont plongé la doctrine dans la perplexité, alors pourtant que le procédé paraissait depuis longtemps identifié par le concept de « *contrat ayant pour objet de confier à un tiers l'exécution même d'un service public* »<sup>29</sup>. Ce contrat suppose que soit pris réellement en charge le service par le délégué, ce qui distingue l'opération d'un simple marché, pour réaliser ce que l'on peut considérer comme une véritable situation de représentation de la collectivité par le titulaire du service<sup>30</sup>.

### **Le contrat creuset de contournements juridiques et de clientélismes**

Les collectivités et autres établissements publics n'ont pas d'états d'âme pour créer de toutes pièces une personne morale de droit privé de commodité<sup>31</sup>. Le financement de ces structures ad hoc, repose essentiellement sur des subventions octroyées par la collectivité fondatrice de l'association. Il s'agit en fait de « *dissimuler une intervention publique derrière une façade juridique empruntée au droit privé* » relevant à la fois de la nécessité et de la commodité<sup>32</sup>. La jurisprudence administrative considère que la personne juridique ainsi créée est non seulement illégale, mais qu'en outre sa gestion est totalement transparente ; inopposable aux tiers, car la personnalité privée de l'association ne

---

<sup>29</sup> Cf. J.B. Auby, C. Maugué « *Les contrats de délégation de service public* », JCP ed. G n° 9 doctrines 2 mars 1994, n° 9- 3743, p. 115 sq., où il est fait référence à la jurisprudence *Epoux Bertin*, G.A.J.A. n° 95.

<sup>30</sup> Sur cette idée J.B. Auby « *La notion de personne publique en droit administratif* » T.D. Bordeaux 1979 p. 292.

<sup>31</sup> Cf. pour un tableau édifiant J.P. Négrin « *L'utilisation par les administrations des associations de la loi de 1901* », A.J.D.A. mars 1980, p. 129.

<sup>32</sup> Cf. « *Droit des services publics et des entreprises nationales* » Précis Dalloz 1984 p. 695.

fait pas écran à la collectivité qui la commandite<sup>33</sup>. Malgré cette répression, l'utilisation de ce procédé s'est généralisée à de nombreuses administrations de l'État ou des collectivités : les responsables d'organes les plus divers se trouvent présidents ou secrétaires d'associations déclarées, homonymes de leurs propres services.

Dans un autre domaine, si l'attribution proprement dite des subventions se réalise par délibération ou par décision administrative, l'opération en tant que telle est analysée par le juge comme « *l'attribution de fonds publics en contrepartie d'obligations permettant de concourir à l'intérêt général* ». Ainsi, la subvention constitue « *un contrat de service administratif* » bien entendu distinct d'un service public proprement dit, le contrat est donc le fondement légal de la subvention.

Par ces pratiques, les personnes publiques ont la faculté de développer des clientélismes sans qu'un contrôle sérieux ait été aujourd'hui mis en place, ni au niveau des juridictions financières, ni au niveau de juridictions administratives. Cette analyse vaut tant pour les subventions accordées aux associations que celles accordées aux entreprises<sup>34</sup>.

Parfois, la subvention a pour objet de financer une *action spécifique* mais l'opération se réalise en dehors des règles d'un marché public : organisation d'une manifestation publique identifiée, animation culturelle, mise en place d'une activité récréative... Mais ce contrat implicite ne fait l'objet d'aucun contrôle a priori, d'aucune réglementation sérieuse. C'est là où la singularité de notre système juridique nous interpelle. On conçoit aisément que, pour protéger les deniers publics et s'assurer de la qualité des fournitures, on exige trois devis pour acheter une poignée de crayons dans un Lycée... et on ne peut que trouver naturel que l'on y déchaîne les contrôles financiers des Cours Régionales, des agents du trésor et des inspections générales pour y mettre bon ordre. A l'inverse, il n'existe pas de contrôle juridique sur les subventions versées à des sociétés anonymes gérant les équipes de mercenaires du football ou du rugby. Bien souvent les crédits sont accordés pour le seul fonctionnement de ces entreprises

---

<sup>33</sup> Sur le caractère illégal de ce procédé, cf. l'association créée par la Ville de Paris pour gérer le service public de la promotion du tourisme, auparavant pris en charge dans le cadre d'un office sans personnalité juridique. Le juge considère l'association comme un « intermédiaire nominal », le vrai responsable étant la commune. C.E. 11 mai 1987, *Divier* R.D.P. 1988, 264, note Auby.

<sup>34</sup> Cf. sur le rôle de contrôle des subventions sur les associations, J. Chevallier et D. Loschak op. cit., p. 310 sq.

commerciales. En fait, l'objet du contrat est grossièrement propagandiste au bénéfice des équipes politiques : manifestations aux couleurs d'un département ou d'une région, publicité institutionnelle chevauchant la notoriété commerciale d'une activité de spectacle.

Le contrôle des subventions reste donc un domaine particulièrement sensible et l'impavidité des juridictions est d'autant plus énigmatique que le contrôle des marchés et du fonctionnement des établissements publics s'est considérablement alourdi dans un même temps.

## **Conclusion**

L'administration bureaucratique repose sur l'idée de « *faire soi-même* » l'action publique et en organiser directement les modalités. C'est avoir recours à une administration centralisée, capable d'assumer et de contrôler l'ensemble des fonctions collectives de la société : ce fut le rêve de Hegel qui pensait que l'Etat absorberait tout. Le mode unilatéral et en est le moyen scientifique et normatif.

L'action publique, par opposition à l'action administrative, désigne les formes libérales de l'administration et le contrat vient au secours d'un unilatéralisme en faillite. Il permet d'abord de dynamiser en interne une bureaucratie en perpétuelle mutation. Il permet d'approfondir ensuite les autres formes d'administration : l'Etat doit désormais « *faire faire* » par le procédé de la délégation et du mandat, c'est le procédé de la déconcentration. Mais il doit de plus en plus souvent « *laisser faire* », des entités qui, au demeurant n'agissent pas si mal que ça : la décentralisation incarne cette seconde forme décentrée d'administration.

Si nous sommes choqués par cet Etat régulateur, souvenons-nous que l'affirmation d'une loi vertueuse a dissimulé bien des turpitudes. Nous devons désormais classer les choses avec prudence et moins de conformisme vis-à-vis de ce qui fut notre horizon construit par Weber et Kelsen, car, comme l'écrivait Brassens à propos du joli temps passé, « *les morts sont tous des braves types* » ...

Car doit-on regretter les actes de gouvernement ou la tutelle dédaigneuse du préfet sur les citoyens de province? Etaient-ils si vertueux nos EPIC dinosauriens que nous avons exporté en Afrique et dans toute la Méditerranée ? Et qui parlera avec regret de la quasi-irresponsabilité des administrateurs et des élus?... ou de notre secret administratif ? Que dire encore du silence de

l'administration, mijoté au moins quatre mois pour enterrer les dossiers et laisser pourrir les situations ? Et comment défendre les abus du privilège du préalable ? Ou même des difficultés à rapporter les détournements de pouvoir ou à obtenir les motifs d'une décision unilatérale ?

Notre service public lui-même, immortalisé par un siècle de doctrine et de jurisprudence savantes, se réduit sous les coups de boutoir du marché européen. Doit-on toujours le déplorer ou doit-on le défendre en le mieux réformant ? Qui prenait l'avion lorsque Air France détenait le monopole du transport aérien ... si ce n'est les cadres supérieurs, les hauts fonctionnaires, les pilotes et les hôtesses de l'air ? Il a fallu que le marché soit concurrentiel pour que le transport aérien se démocratise en France ! L'unilatéralisme n'était-il pas souvent le refuge des corporatismes ou des privilèges patrimoniaux de l'Etat<sup>35</sup> ?

Par contre, si nous avons vécu sous le paradigme de la loi libératrice, prenons garde d'éviter d'entrer dans l'ère du consensualisme béat. Est-ce un souci de justice qui favorise l'utilisation du contrat dans la stratégie des politiques publiques ?... ou est-ce tout simplement, comme j'ai essayé de le souligner, un nouveau rapport de force entre l'appareil d'Etat et la société civile ?

Cette évolution n'est pas sans danger pour la démocratie et pour les principes républicains : comme l'acte unilatéral, le contrat peut favoriser des dérives, des abus, des favoritismes, des clientélismes, des risques pour les finances publiques, des inégalités ... On ne saurait donc se réjouir du développement du contrat *per se*, comme on ne doit pas regretter l'unilatéralisme. Nous devons avoir, pour le contrat public, les mêmes exigences de transparence qui ont fait évoluer le régime de l'acte unilatéral. A cet égard il n'est pas inutile de demander également vis-à-vis des contrats et des subventions publiques qui y sont assimilées, un même niveau de contrôle juridictionnel que celui qui a été construit savamment au cours de deux siècles précédents par les juridictions administratives.

---

<sup>35</sup> Cf. Pour une illustration du service public comme notion faite pour la protection des privilèges de l'Etat, notre ouvrage op. cit. « *Approche dialectique...* » L'Harmattan/ CAP Paris 2000 ;