

## **MIROIRS D'ETAIN**

**par Jean-Marie PONTIER**

*Professeur à l'Université d'Aix-Marseille*



Les êtres humains ont cherché très tôt à se voir, et pas seulement à être vus. L'eau, sur un plan calme, ou dans un récipient, a constitué probablement le premier type de miroir. Très vite on a cherché à perfectionner l'image, pour mieux se voir, se mirer (une partie de l'humanité sans doute plus que l'autre ...) et, après la pierre polie (l'obsidienne) le verre, lorsqu'il fut découvert, recouvert d'un métal, s'est révélé être un des supports les mieux adaptés. Les miroirs d'étain étaient les miroirs qu'utilisaient certains peuples dans l'Antiquité, notamment les Romains, en un temps où le miroir constitué par du verre recouvert d'une couche d'étain (d'où le terme sans tain retenu dans l'expression « miroir sans tain »), était ce que l'on avait trouvé de mieux, avant que l'on ne perfectionne le système en remplaçant l'étain par un mélange d'étain et de mercure, procurant une meilleure réflexion, mais assez toxique, ce mélange ayant été remplacé, au début du XIX<sup>ème</sup> siècle, par une fine couche d'argent métallique, qui a donné les miroirs que nous connaissons.

« Le miroir d'étain », c'est également le titre d'un ouvrage paru en 1965 d'un grand serviteur de l'Etat qui s'appelait G. Delaunay. L'ouvrage entendait être une réflexion (en jouant sur les termes) sur les événements de notre temps, une sorte de prise de distance par rapport à ces événements (Delaunay étant un préfet). Les lignes qui suivent entendent être une réflexion rapide à partir de quelques événements que nous avons connus durant cette année 2013 ou auparavant, et en cherchant à prendre du recul par rapport à eux.

## LA « BELLE MISSION DE SERVICE PUBLIC »

Le *beau* est, dans la définition traditionnelle, ce qui inspire l'admiration, le respect. Enoncée par un professeur de droit, l'expression « belle mission de service public » susciterait sans doute moquerie, raillerie ou sarcasmes. Mais il se trouve qu'elle a été le fait des autorités publiques, elle figurait dans l'exposé d'un motif d'un projet devenu la loi du 5 mars 2009 relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision.

On pourrait certes réagir en se récriant, dénoncer la tromperie, se scandaliser de propos qui pourraient facilement encourir le reproche d'être une illusion, un hommage rendu par le vice à la vertu. On serait d'autant plus tenté d'aller en ce sens que le domaine de la communication invite plutôt à l'apostrophe : où est donc le « mieux disant culturel » qu'en d'autres temps, et d'autres mœurs, les pouvoirs publics comme les sociétés de programme proclamaient, à cors et à cris, à qui voulait bien l'entendre ? Autant en a emporté le vent, qui n'était même pas celui de l'histoire.

Mais avant de tourner un peu trop vite la page, courroucé ou exaspéré, on peut s'interroger sur cette formule « belle mission de service public ». Il est de bon ton, aujourd'hui, de se lamenter sur le service public, sur ce qu'il n'est plus, de manifester une certaine nostalgie à son égard. Et, certes, les motifs de se plaindre ne manquent assurément pas.

L'un des signes de la désaffection à l'égard du service public est l'amenuisement, voire le tarissement, de la jurisprudence relative au service public. On chercherait en vain, dans la jurisprudence de ces dernières années, un « grand arrêt » relatif au service public. Sans doute pourrait-on faire valoir que s'il en est ainsi c'est parce que les grands arrêts en la matière ont déjà été pris, que l'on ne peut attendre en permanence de nouveaux grands arrêts, une fois que les principes essentiels ont été posés. Toutefois si cet argument n'est pas sans valeur, il ne suffit pas à expliquer la quasi-disparition des grands arrêts concernant le service public, il faut chercher d'autres explications.

Le service public ne fait plus recette, il donne le sentiment de ne plus intéresser, ou de moins intéresser. Ce qui paraît important aujourd'hui, qui donne lieu à une jurisprudence fournie, c'est le contrat sous toutes ses formes. La mode est au contrat, à ses dérivés, avec les partisans et les adversaires (par exemple en matière de partenariat public-privé, ou PPP, en matière de marchés publics). Les juristes se spécialisent dans les contrats, les colloques sur les contrats se multiplient. C'est peut-être là un signe des temps. Le service public, tel qu'il était compris en France, était l'expression d'abord de l'Etat, d'un Etat sinon incontesté du moins reconnu et respecté, d'un Etat qui intervenait

et dont la légitimité était très forte, d'un Etat qui intervenait principalement par la voie des fameuses « prérogatives de puissance publique » qui étaient quasiment une marque de fabrique de l'Etat. La vogue du contrat signe peut-être le déclin d'une certaine conception de l'Etat, de cet Etat-là, avec un Etat désormais contesté et moins assuré lui-même de ses fonctions et de ce qu'il est.

Peut-être également faut-il relever que les serviteurs de l'Etat sont « fatigués ». Ce terme de fatigue est utilisé ici pour désigner ce phénomène qui semble caractériser les hauts fonctionnaires de l'Etat depuis un certain nombre d'années, sans qu'il soit possible évidemment de fixer un point de départ précis. On pourrait parler également, à la manière d'un philosophe de notre temps, de « désenchantement ». Il y a eu le temps de l'enchantement, celui de la croyance dans le service public, croyance qui appelait, justifiait, le dévouement à son égard. Les serviteurs de l'Etat sont plutôt désormais désenchantés, démobilisés, désabusés.

Le fait est que le service de l'Etat ne fait plus rêver. On a parlé autrefois des « grands serviteurs de l'Etat », et certains le furent effectivement. On ne saurait dire qu'il n'y en a plus aujourd'hui, mais le sentiment dominant est que le service de l'Etat ne procure plus la satisfaction morale que certains recherchaient et dont ils se satisfaisaient. La « fuite » des membres des grands corps de l'Etat vers le secteur privé ne date certes pas d'aujourd'hui, mais elle semble s'être accélérée. Aucun corps n'échappe à ce mouvement, d'autant que le statut de la fonction publique, très compréhensif, s'y prête, avec notamment la position de la disponibilité.

L'attrait de fonctions beaucoup plus rémunératrices dans le secteur privé est certainement l'un des facteurs décisifs de cette fuite. Il ne jouerait pas autant que cela est le cas si le différentiel de rémunération était compensé par une considération qui est également un facteur d'attractivité d'une fonction. Cette considération est partout en baisse dans les services publics. Il suffit de songer, pour les enseignants du primaire, à la description bien connue que fait M. Pagnol de son père, qui était instituteur, pauvre mais respecté (on pense aussi à ces textes de Péguy dans lesquels il oppose la pauvreté, qui est liée à la dignité, et la misère, qui avilit), et de comparer cette situation à celle de nombreux enseignants de l'enseignement primaire ou, surtout, secondaire, qui ont perdu la considération sans gagner sur les autres domaines.

Cependant d'autres signes doivent être pris en considération. Le nombre de services publics non seulement ne diminue pas mais augmente sans cesse. Au surplus, aujourd'hui c'est le législateur qui crée le plus souvent ces nouveaux services publics ce qui, à tout le moins, est un signe de l'attrance, de la séduction qu'exerce le service public. Et l'on ne peut se contenter d'écarter ce fait d'un revers de la main.

Comment interpréter cette évolution de fortune du service public ? Comme bien des réalités, selon l'angle du prisme sous lequel on les examine, le point de vue est différent. Une interprétation « minimaliste » consiste à dire que le succès du service public s'est effectuée au détriment de sa consistance, que l'appellation service public n'est plus, au fond, qu'une étiquette de bienséance, de savoir-vivre, ou, dans une autre perspective, une manière facile pour les pouvoirs publics de se donner bonne conscience.

Mais le service public qui crée nos regrets, n'est-ce pas un service public rêvé ? N'aurions-nous pas fabriqué un service public éloigné des services publics réels, un service public qui aurait été l'essence du service public, un concept dégagé de toutes les contingences, de toutes les atteintes qui affectent les services publics que nous observons ?

Ne demeure-t-il pas vrai, nonobstant toutes les objections que l'on peut présenter, que, fondamentalement, la mission de service public demeure « belle » parce que, par-delà les accidents de l'histoire, des crises qu'il a connues, de la désaffection dont il paraît être l'objet, parfois, de la part des pouvoirs publics, le service public continue d'être une référence et, à défaut d'être l'étoile polaire du droit administratif, un fanal qui est un rappel, celui des exigences qui découlent de cette notion ?

Par ailleurs, cette sorte de « désenchantement » qui frappe le service public – et qui n'est évidemment pas limitée à ce dernier – tient sans doute en partie à l'ambiguïté de la « mission de service public ». Car, dans la mesure où elle peut être poursuivie par des personnes aux statuts les plus divers et selon des modalités elles-mêmes fort variées, la mission de service public s'est peut-être inéluctablement diluée. Le service public a diffusé en gagnant des terres toujours plus lointaines, mais peut-être cette diffusion s'est-elle effectuée au détriment de la force, de la « pureté » du service public.

Il reste, enfin, que la mission est, étymologiquement, l'envoi, et que, à travers cette expression de mission de service public, c'est un devoir qui, à l'insu parfois de ceux qui l'évoquent, est rappelé à tous ceux qui ont des responsabilités et affirment s'inscrire dans le cadre du service public. Si cela est modeste, ce n'est pas rien.

## **RENDRE JUSTICE**

La Cité a ses gardiens, selon la formule de Platon, et, dans nos Etats qui ne sont et ne peuvent être cette Cité idéale, parmi ces « gardiens » figurent les juges, ne serait-ce que parce qu'ils sont chargés de faire respecter la loi en sanctionnant, d'une manière ou d'une autre selon les juges (c'est-à-dire selon que l'on a affaire au juge judiciaire ou au juge administratif), ce non-respect. Leur tâche est de rendre la justice, ce qui ne va pas

soi, la justice étant beaucoup plus difficile à définir et à poursuivre que l'autre composante du Bien commun (au sens aristotélicien et thomiste tel qu'il est appréhendé et poursuivi), l'ordre. Nous sommes tous des assoiffés de justice, attendant et espérant que l'on nous fera justice, que l'on nous rendra justice. Cette attente, cette demande, n'est pas d'aujourd'hui, elle est de tous les siècles, de toutes les sociétés. Dans *L'Orestie* Electre s'écrie déjà : « Dieux, rendez justice à notre cause ! ».

Depuis des siècles on s'interroge sur la justice, cherchant, de manière très imparfaite, à la réaliser. Pour certains même, et selon une formule populaire, « elle n'est pas de ce monde », notamment parce que le prononcé d'une condamnation répond rarement au sentiment d'injustice éprouvé par une victime (au sens large). Les juges rendent *la* justice, ils rendent beaucoup plus rarement justice, en ce sens qu'ils satisfont rarement toutes les parties, en particulier les demandeurs. Au pénal, notamment, qui est évidemment le champ le plus sensible de la justice – mais cela vaut également, *mutatis mutandis*, devant d'autres juges – la définition par le législateur des crimes et délits et la détermination des peines y afférentes, tient compte de considérations multiples où se mêlent intérêt social, et calculs politiques supposés répondre à une demande de l'opinion publique.

Nous avons cru cependant, au cours de l'histoire, que nous pourrions, en remettant le soin de rendre la justice au Pouvoir politique, que nous pourrions transformer l'ancienne volonté de vindicte en une décision de justice sereinement ou plus facilement acceptée. Nous découvrons à notre époque, où nous pouvons plus facilement indemniser qu'auparavant, que le paiement d'une somme d'argent, si élevée soit-elle, qu'une condamnation à une peine privative de liberté, même, suffisent rarement à apaiser l'aspiration à la justice des victimes. La peine prononcée par le juge est souvent considérée, « jugée », par la victime, comme insuffisante, inférieure à ce qu'elle escomptait. C'est que la victime n'attend pas seulement une réparation sous forme d'indemnisation, voire de condamnation, elle veut aussi une sanction exemplaire qui soit une punition, la dimension pénale ne pouvant jamais se défaire complètement d'une dimension « morale » : il s'agit, pour beaucoup de victimes, non point, seulement, d'obtenir satisfaction, mais de voir la personne poursuivie châtiée, et de manière « exemplaire ». Malgré des siècles de « civilisation » nous avons tendance à considérer que la réparation n'est réelle que s'il y a punition, expiation. Est-il d'ailleurs possible (et souhaitable) qu'il en soit autrement ?

La peine n'est jamais l'expression d'une réalité objective et incontestable, mais une sanction qui est fonction de plusieurs paramètres, où interviennent des facteurs émotionnels, l'état des mœurs, les sensibilités. Dans *Les Misérables*, Jean Valjean est

condamné au bagne pour le vol d'un pain. Cette peine nous paraît certes parfaitement disproportionnée, voire monstrueuse, mais elle s'explique (ce qui ne signifie pas : se justifie) par la pauvreté de la société du temps, ainsi que l'a bien montré J. Fourastié. Il faut bien déduire cependant de cette histoire qu'il n'y a jamais de peine juste. Le même Victor Hugo a cette phrase, dans son roman *L'homme qui rit* : « Il est effrayant de penser que cette chose qu'on a en soi, le jugement, n'est pas la justice. Le jugement, c'est le relatif. La justice, c'est l'absolu. Réfléchissez à la différence entre un juge et juste ».

L'Etat, expression de la société, hésite toujours, par la voie de ses organes, entre trois voies : l'alourdissement des condamnations, que les pouvoirs publics décident sous l'influence (supposée ou réelle) de l'opinion, mais dont il n'arrive pas à assumer toutes les conséquences (manque de moyens matériels et, notamment, de place dans les prisons, avec toutes les conséquences que cela implique) ; la tentative, critiquée pour sa timidité, de réinsertion des condamnés, avec, également, l'insuffisance des moyens mis en œuvre ; la mise en place de mécanismes visant à assurer une réparation d'un certain nombre de préjudices de toutes sortes dont l'origine est très variable, mais dont la multiplication et l'exigence corrélative d'indemnisation sont un fait de notre temps. Il s'agit, par l'institution de fonds, d'éviter de passer par le procès juridictionnel (et encore que les dispositifs mis en place ne peuvent l'exclure), mais l'Etat ne parvient guère à avoir une véritable cohérence dans son action, il donne, plus encore, le sentiment de ne pas pouvoir ou de ne pas savoir donner sens à ce qu'il fait.

L'un des grands problèmes de toute société est le rapport, jamais satisfaisant, entre la règle, plus spécialement la loi prise au sens large, et la justice. La loi ne doit-elle pas être, ou ne devrait-elle pas être l'expression de la justice ? Les choses sont loin d'être aussi évidentes, le « jugement » des auteurs sur ce point doute d'un tel rapport. Dans *Les essais*, Montaigne écrit (c'est dans le dernier chapitre de l'ouvrage), bien avant Pascal, que nous allons retrouver un peu plus loin : « Les lois se maintiennent en crédit, non par ce qu'elles sont justes, mais par ce qu'elles sont lois. C'est le fondement mystique de leur autorité : elles n'en ont point d'autre. Qui bien leur sert. Elles sont souvent faites par des sots. Plus souvent par des gens qui en haine d'égalité ont faute d'équité : mais toujours par des hommes, auteurs vains et irrésolus ».

Ce jugement pessimiste (ou lucide ?) appellerait de nombreux commentaires car il touche au fondement même de nos sociétés. Qu'est-ce qui fait l'autorité des lois ? Est-ce le fait qu'elles sont justes ? Certainement pas d'après les auteurs. Dans une pièce de théâtre dit « de boulevard » (donc qui se veut légère), mais qui n'en est pas moins très instructive, G. Courteline fait dire à son personnage (il s'agit d'un certain La Prige qui se

retrouve au tribunal pour « outrage public à la pudeur », la pièce étant la confrontation de ce personnage avec le président et le greffier) : « La justice n'a rien à voir avec la loi, qui n'en est que la déformation, la charge et la parodie » (le même personnage a une réplique beaucoup plus célèbre : « Neuf fois sur dix, la loi, cette bonne fille, sourit à celui qui la viole »). Et nous savons que ce n'est pas seulement, ni principalement, la « peur du gendarme » qui entraîne l'obéissance aux lois. Depuis longtemps les auteurs ont relevé l'importance, pour s'en étonner, de cette croyance en la « loi » qui est indispensable au fonctionnement d'un système, plus spécialement s'il s'agit d'une démocratie.

Dans les *Pensées*, Pascal a cette formule (encore n'est-elle pas retranscrite ici dans son intégralité, le texte tient plus d'une page) sur les rapports entre le fort et le juste : « Ne pouvant faire en sorte que ce qui est juste fût fort, on a fait que ce qui est fort fût juste (...). Ne pouvant faire qu'il soit force d'obéir à la justice, on a fait qu'il soit juste d'obéir à la force ; ne pouvant fortifier la justice, on a justifié la force, afin que le fort et le juste fussent ensemble, et que la paix fût, qui est le souverain bien ». Il n'est peut-être pas indispensable de partager le pessimisme (le réalisme, le cynisme ?) de Pascal, on peut au moins être d'accord sur la paix à établir.

Mais les événements que nous avons connus dans l'histoire, comme ceux du monde actuel, nous invitent à nous interroger : la paix sans doute, mais à quel prix ? Et faut-il l'accepter à n'importe quel prix ? S'il y a (certains en doutent) un progrès de la conscience, il est bien de rechercher comment briser ce lien entre la force et la justice, comment établir une paix juste qui ne soit pas seulement « la paix des cimetières » ou l'oppression, quelle qu'elle soit, qui annihile toute velléité de résistance. « Rendre justice » est un objectif que nous devons tous poursuivre et reprendre sans cesse.

## **LA CRÉATION DE L'AVENIR**

Le futur a de l'avenir, la formule a été souvent reprise. L'avenir lui-même est un thème qui a de fortes résonances. Nous n'en sommes certes plus à ceux qui promettaient « l'avenir radieux » et, en France, les dirigeants en sont à rechercher comment « remonter le moral », qualifié en berne, des Français. Qu'est-ce que l'avenir ? C'est ce qui advient, c'est ce qui est à venir. Mais il n'existe aucune loi de ce que serait cet avenir, comme l'écrit un auteur l'avenir n'est écrit nulle part, parce qu'il est fait, en partie au moins (mais largement) par les hommes (toujours au sens générique, cela va de soi, il ne devrait même pas être besoin de le préciser, mais notre temps est tel que des précisions sont toujours indispensables pour éviter des procès d'intention). L'avenir n'est

pas extérieur aux êtres humains, il n'existe d'avenir que parce qu'il existe des êtres humains : le fait même de parler d'avenir implique de se projeter dans le temps, de penser ce qui va arriver ou ce qui peut arriver, sans êtres humains l'avenir n'a aucun sens, il n'existe pas. C'est le fait qu'il existe des êtres pensants qui permet de parler de l'avenir, comme du présent ou du passé.

Du point de vue des politiques publiques la France connaît cependant, depuis plusieurs années des dispositifs qui entendent, au moins dans les intitulés, prendre en compte « l'avenir » : après les « contrats d'avenir », disparus depuis la fin 2012, le gouvernement a créé le dispositif relatif aux « emplois d'avenir », ces dispositifs étant destinés, dans tous les cas, à favoriser l'insertion professionnelle de jeunes sans diplômes ou peu diplômés. Dans un autre domaine, des projets Labex ont été retenus dans le cadre d'« investissements d'avenir ». Il est moins courant de confier la construction de l'avenir à une structure administrative.

Dans cette appréhension de l'avenir, une information de nature administrative et politique en provenance de Corée, en 2013, est de nature à nous faire réfléchir ou méditer. Dans le gouvernement issu des élections présidentielles qui ont eu lieu, cette année, dans ce pays, un nouveau ministère a été créé, le « ministère des sciences pour la création de l'avenir ». Cela ne peut que faire réfléchir, et rêver, des Français.

Peut-on faire un rapprochement avec des politiques française telles que la RGPP ou, apparemment plus dynamique, par les termes, la modernisation de l'action publique ? En effet, qu'il s'agisse de la RPPP ou de la MAP, par définition ces politiques – dont il n'est pas évident qu'elles soient si différentes l'une de l'autre, les nouveaux dirigeants changeant les intitulés pour faire croire au changement et gardant les grandes lignes de la politique – s'inscrivent dans l'avenir, par opposition à ce qui se faisait jusque-là. Que l'on se mette à réviser ou à moderniser, dans les deux cas on veut améliorer par rapport au passé, on veut changer des règles ou/et des pratiques. Cependant, l'intitulé du ministère coréen, plus poétique, est aussi plus « porteur » que nos politiques publiques. Il se peut aussi que cela reflète, ou bien ou conception philosophique, ou une conception de la politique, un peu différente de ce qui se fait chez nous.

Mais surtout cela pourrait donner des idées à nos gouvernants et du courage aux citoyens. Cela témoigne d'une grande ambition, et les compétences très larges dont va disposer ce ministère vont dans ce sens.

Cette dénomination signifie une ambition, que d'aucuns jugeront disproportionnée, elle implique d'abord que l'on croit dans l'avenir. Une telle croyance n'est pas évidente aujourd'hui dans un pays tel que le nôtre et, au-delà, des pays européens, la peur de l'avenir expliquant (sans la justifier) l'expression quelque peu méprisante de « vieille

Europe » qui fut donnée par un président américain. Nous sommes volontiers tournés vers le passé, vers un ou des « âge d'or » que nous créons ou recomposons avec nostalgie, quand bien même ceux qui les vivaient n'avaient pas éprouvé ce sentiment de vivre un tel temps. Il est étonnant de constater aujourd'hui que si l'expression « de notre temps » n'a plus autant cours, en revanche on reconstruit un passé de manière idyllique, par opposition à notre temps où nous courrions plus de risques qu'autrefois, ce qui est évidemment faux. Mais la peur est un trait de caractère qui laisse songeur, cette peur se manifestant notamment à l'égard de tous les progrès scientifiques, ce qui est une attitude radicalement différente avec ce qui fut.

Ecrivant à la fin du XXème siècle, un philosophe de notre temps, R. Guéry, écrivait : « Cette fin de siècle, passéiste, secrète une hantise de fin du monde où convergent toutes les forces de déliaison, toutes les énergies de réaction. C'est la preuve que, à vouloir contourner mal et malheur dans la sphère d'une nature facile à connaître et à dominer, on se prive des moyens de contrôler en soi les ravages qu'exercent les passions destructrices. Plus profond que le malheur des temps, c'est le goût du malheur qu'il faudrait saisir et faire passer »

Cet intitulé du ministère coréen précité n'est pas seulement un acte de foi dans ce qui sera, il est conviction que cet avenir peut être ce que les peuples veulent qu'il soit. L'avenir, à la différence du futur, laisse la possibilité d'une certaine action, ce qui est « à venir » peut, dans une certaine mesure, être préparé. Nombreux sont ceux qui insistent sur le fait que l'avenir n'est pas seulement subi, il peut être agi. Bergson est souvent sollicité pour ses formules sur l'avenir, l'une d'entre elles se retrouve actuellement dans nombre d'ouvrages ou de sites. Une autre, du même Bergson, affirme que toute action est « un empiètement sur l'avenir ».

C'est ainsi sans doute qu'il convient d'entendre les interventions que peuvent avoir des structures administratives pour la vie de demain. La « création de l'avenir » implique une conviction, celle que nous pouvons, dans une certaine mesure, infléchir ce qui va se produire. C'est ainsi qu'il convient de comprendre qu'une institution peut « créer l'avenir », une invitation à ne pas être passif. Nous sommes habituellement plus modestes en ce qui concerne l'avenir : nous pensons pouvoir le prévoir en partie, anticiper certains phénomènes, établir des projections, mais de là à le « créer » il y a un pas que nous n'avions jamais franchi.

Même si l'on peut s'interroger sur la justesse de la traduction (s'agit-il vraiment de « création » au sens où nous l'entendons ?) l'institution d'un tel ministère révèle peut-être une différence d'approche entre les Coréens et les Français (et peut-être d'autres peuples). En France, régulièrement on établit des projections, des plans, des schémas de

développement à échéance, parfois, de dix, voire vingt ans. Et tout aussi régulièrement ces plans sont abandonnés (cf. le cas des schémas de services collectifs). En Corée on n'établit pas de tels plans, mais on confie à une administration la tâche de « créer l'avenir ».

C'est peut-être aussi, en quelque sorte, le signe d'une certaine confiance faite à l'administration. La Corée a, comme la France, une tradition d'interventionnisme des pouvoirs publics. L'administration joue un rôle certain, même si la situation n'est en rien comparable à celle de la France. Mais, dans notre pays, il semble que ni les dirigeants ni les citoyens ne mettent une telle confiance dans leur administration, ne pensent que celle-ci peut innover, inventer l'avenir.

Le message implicite est un message volontariste et marqué par un certain optimisme. Peut-être pourrions-nous réfléchir aussi, en France, à cette possibilité que pourraient avoir les structures administratives de participer à la création de l'avenir.

### **EN ATTENDANT LA PROCHAINE LOI**

Une loi sur les collectivités territoriales avait vu le jour, la loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 « de réforme des collectivités territoriales ». Il y a peu, encore, on aurait parlé de « nouvelle loi », mais ce n'est plus le cas puisque une nouvelle loi va être votée (elle ne l'est pas encore au moment où ces lignes sont écrites, mais son adoption ne fait pas de doute). Autant en emporte le changement politique, les nouveaux gouvernants cherchant traditionnellement en France à défaire ce qu'ont fait leurs prédécesseurs. C'est une étrange manière de dépenser son énergie. Est-elle propre à la France ? Cette loi de 2010, dont il faut bien parler puisque les lois votées et en préparation en prennent (en partie seulement) le contrepied, était une loi très longue, comme le législateur nous en a désormais donné l'habitude, et ce n'est pas la décision, qui ne passera pas à la postérité, du Conseil constitutionnel, qui aura permis d'éclairer les points de la loi qui posaient question.

La longueur même de la loi, et certains des termes utilisés – comme celui d'« achèvement », dans le chapitre 2 du titre III de la loi – auraient pu laisser accroire que le droit des collectivités territoriales allait connaître la stabilité, qu'après bien d'autres lois importantes, on avait atteint des rivages plus tranquilles. Tel n'a pas été le cas et, plus encore qu'après la loi de 2004, il était possible d'affirmer, la loi à peine adoptée, et sans grand risque de se tromper, qu'elle serait suivie d'autres lois. C'est déjà le cas d'une loi, qui va ou vient d'être votée et qui n'est que le premier volet d'une série de trois lois. Il est tout aussi certain que d'autres lois, encore, suivront, dans l'avenir.

La première raison de cette poursuite de ce qui apparaît comme une histoire sans fin est que le législateur lui-même a prévu, en 2010, qu'au moins une autre loi devrait compléter celle-ci (art. 73). Cela n'a rien d'étonnant si l'on se souvient que, au départ, le projet de loi ne fixait, sur plusieurs points importants, que les grandes lignes, renvoyant à une loi qui devait intervenir dans le délai d'un an le soin de régler, notamment, la question des compétences. Mais, naturellement, ce n'est pas pour cette raison que le législateur de 2012 s'est lancé dans l'élaboration et l'adoption d'une nouvelle loi, les pouvoirs publics prennent grand soin, à l'inverse, de se démarquer du gouvernement précédent.

Ensuite, et selon la formule connue, ce qu'un législateur a fait, un autre peut le défaire, au moins en partie. Cela est d'autant plus envisageable, dans le cas d'un changement de majorité, que des oppositions très vives se sont manifestées au sein des assemblées lors des débats sur la loi de 2010. Même si l'ancienne majorité avait été reconduite, il subsistait trop de points en suspens, ou non réglés, pour que le législateur ne se sentît pas obligé de reprendre le travail.

Il n'y a pas de raison, non plus, pour que le processus de réforme s'arrête, dès lors que certains problèmes de fond ne sont pas réglés, la décision du Conseil constitutionnel de 2010 étant d'un apport très limité. Parmi ces problèmes continue de figurer la question des structures territoriales. Face au morcellement communal, et ne pouvant parvenir à réduire de manière effective et significative le nombre de communes, les pouvoirs publics ont choisi la stratégie du contournement avec cet instrument pratique qu'est l'établissement public territorial, véritable archéoptéryx (dans la chaîne de l'évolution un autre fossile a pris le relais de l'archéoptéryx, il s'agit du Coelurosauravus Jaekali, qui a 230 millions d'années, mais il n'a pas eu le même succès médiatique que l'archéoptéryx). Mais en voulant chercher plus d'intégration et plus d'efficacité, les pouvoirs publics sont amenés à inventer en permanence de nouvelles formules dont les métropoles (qui résonnent comme un écho aux métropoles des années 60) et les pôles métropolitains sont une application.

En tout état de cause, il faut adapter la législation aux évolutions, qui concernent les collectivités territoriales comme les autres institutions et la société toute entière. La meilleure des lois, à un moment donné, doit être corrigée tôt ou tard parce que les circonstances de tous ordres ont changé : la loi du 28 pluviôse de l'an VIII, qui paraissait survivre à tous les régimes a fini par disparaître ; et il n'est pas certain que la loi votée en 2010 ait été la meilleure des lois possibles en la matière, on peut même éprouver les doutes les plus sérieux sur nombre de ses dispositions. Mais on n'est guère mieux parti avec les projets actuels ...

Les nouveaux pouvoirs publics issus des élections de 2012 se sont hâtés d'annoncer une loi sur les collectivités territoriales, qui reviendrait sur un certain nombre de points de la loi de 2010. La suppression de la « clause générale de compétence » pour les départements et les régions faisait partie de ces réformes à réformer. Et il faut bien dire que cette suppression de la clause générale de compétence en 2010 était probablement une erreur.

D'abord parce que c'était une demi-mesure : les exceptions et les atténuations étaient telles que l'on ne voyait pas très bien quelle effectivité aurait pu avoir une telle suppression. Le législateur exceptait en particulier de cette suppression trois domaines, le domaine de la culture, le domaine du sport et le domaine du tourisme, les trois pouvant être liés mais pouvant également être considérés indépendamment l'un de l'autre. On demeure songeur devant ces trois exceptions. Comment un législateur digne de ce nom a-t-il pu dire que ces trois domaines, tels que nous les écrivons, culture, sport, tourisme, continuaient à faire partie des compétences des départements et des régions, alors qu'il ne pouvait pas ne pas avoir à l'esprit que des énoncés aussi vagues, aussi vastes, pouvaient justifier n'importe quelle intervention et annihiler la suppression de la clause générale de compétence ?

Passé encore pour le tourisme, dont on voit à peu près ce qu'il peut recouvrir en termes de compétences de la part des collectivités territoriales – et encore que le tourisme est souvent associé à d'autres domaines et que l'on peut, par exemple, développer des actions économiques en prétendant que cela va favoriser le tourisme, l'inverse étant encore plus vrai – mais pour le sport, davantage encore pour la culture, les champs couverts sont si vastes que cela peut recouvrir pratiquement n'importe quelle intervention. La culture, en particulier, est un concept extrêmement élastique, chacun peut y mettre ce qu'il veut, et ce ne sont pas les textes, moins la Constitution que les lois, qui permettent de préciser ce que l'on peut ou ce que l'on devrait entendre par « culture ». Et heureusement qu'il n'y ni définition constitutionnelle ni définition légale de la culture, ce serait une régression, le retour à un art officiel, etc. Mais de ce fait les collectivités territoriales quelles qu'elles soient peuvent habiller n'importe quelle intervention d'un vêtement peu ou prou culturel. Ces dispositions devant disparaître, le juge n'aura pas l'occasion d'avoir des états d'âme pour avoir à trancher si une intervention est légale ou pas.

Les dirigeants issus des élections de 2012 avaient l'ambition d'aller vite et ont préparé un texte, un avant-projet de loi, très important, qui abordait la plupart des aspects traités par la loi de 2010. Cette ambition est retombée, les assemblées, dans lesquelles le gouvernement dispose d'une majorité, ayant manifesté une certaine

mauvaise humeur, notamment au Sénat qui a fait savoir que le texte n'était pas satisfaisant en l'état. Face aux difficultés qui s'annonçaient dans la discussion et dans le vote du texte, le gouvernement a changé d'un coup sa position, abandonné le texte initial, en faisant savoir que ce texte serait scindé en trois projets distincts.

Dans le premier projet de loi, qui n'était pas encore adopté au moment où ces lignes étaient écrites, parmi les réformes entreprises figure celle des « métropoles ». Les dirigeants, se prévalant de « l'esprit de 1982 » semblent avoir oublié, au passage, que les métropoles ne sont pas une invention d'aujourd'hui : dans les années 60 une politique avait été développée, qui s'inscrivait dans la perspective de l'aménagement du territoire, la politique dite des métropoles régionales. L'idée n'est donc pas nouvelle, elle avait été reprise à plusieurs reprises, la loi de 2010 consacrait les métropoles en tant que nouvelle catégorie d'établissement public territorial de coopération et une métropole s'est constituée en application de cette loi, à Nice.

Nous allons donc avoir de nouvelles métropoles et, cette fois, et comme dans le cas des communautés urbaines de 1966, le législateur impose d'emblée trois métropoles, à Paris, à Lyon et à Aix-Marseille. La première, celle de Paris, a soulevé de vives oppositions dans les assemblées, les critiques venant d'ailleurs d'un peu tous les bords. La deuxième, la métropole de Lyon, a été demandée par le maire de Lyon, elle est souhaitée par la ville de Lyon et acceptée assez largement par les autres communes.

Il n'en est pas de même de la métropole Aix-Marseille, qui est en fait la métropole Marseille plus les communes alentour. La différence avec les autres métropoles est qu'ici une majorité écrasante de communes s'est prononcée contre la métropole, et en particulier (on peut s'en douter) la ville d'Aix. Il y a à cela une (bonne ou mauvaise) raison : les communes en question craignent de devoir « payer » pour Marseille, et cette crainte n'est pas purement virtuelle ou éventuelle. Il est certain que la métropole se traduira par un alourdissement de la fiscalité pour les habitants des communes autres que Marseille.

Naturellement, les pouvoirs publics font miroiter les avantages que présentera la métropole, notamment en ce qui concerne les aménagements. Mais si le principe est justifié, s'il est indispensable de coordonner les interventions – mais c'est déjà le cas à travers une multitude d'organismes dans tous les domaines, notamment celui des transports, qui est particulièrement sensible dans la région Marseille-Aix – il n'est pas certain que les modalités choisies soient satisfaisantes, il est à craindre que les institutions de la métropole donnent lieu à une « foire d'empoigne », chacun cherchant à préserver ses avantages, et les décisions étant prises par des alliances de toute nature,

voire contre-nature. C'est qu'en réalité le véritable problème comme les solutions sont ailleurs.

Cette loi sera suivie d'autres – indépendamment des deux autres textes qui doivent être votés dans la foulée, c'est-à-dire pas avant 2014 au mieux – parce que le législateur s'illusionne en croyant avoir apporté « rénovation », « simplification » et « clarification », selon ses propres termes. Mais, comme dans le cas d'un prestidigitateur, l'illusion ne dure qu'un temps, les réalités reprennent le dessus parce que les pouvoirs publics n'osent pas s'attaquer aux véritables problèmes de l'administration locale, le nombre de niveaux d'administration et le nombre de collectivités à chaque niveau.



## **LA LIBERTE CONTRACTUELLE DES PERSONNES PUBLIQUES**

**par Jean-Marie PONTIER**

*Professeur à l'Université d'Aix-Marseille*

*Nota : une version abrégée de ce texte présenté lors d'un colloque ayant eu lieu à Lyon le 21 mars 2013, a été publiée à l'AJDA 2013, p.837.*

Que voit-on ? Telle est la question que l'on pose ou que l'on se pose devant un tableau. Dans un ouvrage au titre volontairement provocateur « On n'y voit rien », un historien de l'art (D. Arasse) propose, à travers une série de description de tableaux, ce qu'il appelle « des aventures du regard », montrant à propos de la peinture, en choisissant des œuvres de Velázquez à Titien, de Bruegel à Tintoret, que « nous ne voyons rien de ce qu'elle nous montre ».

Cette référence peut permettre de méditer sur la liberté contractuelle en droit public. Car, s'agissant de la liberté contractuelle des personnes publiques, on y voit bien, on y voit même trop bien : les personnes publiques disposent d'une liberté contractuelle, celle-ci a été reconnue, consacrée. Qu'ajouter ? Mais a-t-on bien vu ? Ne s'est-on pas laissé éblouir par une lumière toute récente et trop violente ?

Remarquons d'abord que même si l'affirmation allait de soi, il faudrait se demander s'il en a toujours été ainsi, si la liberté contractuelle n'a jamais posé problème, et pourquoi tant d'auteurs se sont interrogés sur cette question. Il faudrait aussi se demander si l'expression même de « liberté contractuelle » est bien adaptée pour les personnes publiques et certains auteurs ont pu, avec quelques bonnes raisons, émettre des doutes sur la possibilité pour les personnes publiques d'avoir des « libertés ». Selon un auteur les personnes publiques « reçoivent des missions ou des fonctions, des attributions, des compétences, des pouvoirs et même des prérogatives, des privilèges, comme des obligations ou des devoirs, mais pas de droits fondamentaux, car l'ordre juridique de l'Etat de droit, qui repose sur ces droits fondamentaux, n'est pas posé pour le bénéfice de ces personnes publiques (...). Les personnes publiques ont des droits, dont certains sont presque les mêmes que les droits fondamentaux, comme le droit d'avoir un patrimoine, de passer des contrats, le droit d'ester en justice, etc. Mais, de cela, on ne saurait, sans confusion, abus de langage ou contresens de fond, en déduire qu'elles ont des droits fondamentaux » (E. Picard, La liberté contractuelle des personnes publiques

constitue-t-elle un droit fondamental ?, AJDA 1998, p. 663), nonobstant les lois de décentralisation qui parlent de « libertés » pour les collectivités territoriales.

Mais le législateur s'est-il bien exprimé en parlant, en 1982, de « loi relative aux droits et libertés des collectivités territoriales » ? On peut éprouver les plus forts doutes, non seulement parce que, comme on vient de le dire, le terme de « libertés » appliqué aux collectivités locales pose problème, mais également parce que, dans cette loi du 2 mars 1982, ce ne sont pas vraiment des libertés dont il est question, mise à part la « liberté du commerce et de l'industrie », dont on sait qu'elle a été développée par la jurisprudence administrative contre les interventions des collectivités locales en se prévalant des principes de la liberté du commerce de l'industrie tirés des deux textes de 1791 (décret d'Allarde – qui est d'ailleurs une loi – et loi Le Chapelier, beaucoup plus célèbre) qui se voit paradoxalement consacrée.

Mais pour le reste, de quoi s'agit-il ? De compétences, de l'attribution de compétences aux collectivités territoriales, de la répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales. La notion de « libertés » au profit desdites collectivités soulève au moins un double problème. Le premier est de savoir si l'on peut parler de « libertés » s'agissant des collectivités en question. La notion de libertés est d'abord une notion politique (alors que la notion de liberté au singulier est d'abord une notion philosophique), sauf si on lui accole un adjectif, comme l'adjectif « publiques » : les libertés publiques sont des libertés reconnues à des personnes, généralement des personnes physiques, à l'encontre de l'Etat. Les collectivités locales ne sont pas considérées comme des bénéficiaires, des détenteurs, de « libertés publiques ». Un second problème est de savoir, à supposer même que la notion soit applicable aux collectivités territoriales, si celles-ci peuvent se prévaloir de libertés à l'encontre de l'Etat. Précisons que nous nous plaçons ici dans le cadre français, que la problématique est différente dans d'autres systèmes juridiques, comme les systèmes juridiques anglo-saxons.

En admettant même que la reconnaissance de la liberté contractuelle est acquise, là n'est peut-être pas le plus important.

Tout d'abord, si liberté il y a, il faut savoir à quel niveau de la hiérarchie des normes elle se situe. Selon qu'elle se situe à un niveau réglementaire – le niveau le plus bas, et en admettant qu'il puisse y avoir une liberté qui ait une valeur seulement réglementaire, ce dont on peut douter – au niveau législatif ou au niveau constitutionnel, cela n'a pas tout à fait le même sens, ni la même portée. La liberté contractuelle s'est vu reconnaître une valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel après s'être vu reconnaître la valeur de principe général du droit par le Conseil d'Etat. Mais cette valeur

constitutionnelle n'a été consacrée que relativement récemment (2006), ce qui montre, à tout le moins, qu'elle n'allait pas entièrement de soi.

Ensuite, comme pour toute liberté, ce qui importe est moins de savoir si l'on en dispose que de savoir jusqu'où elle s'étend, en d'autres termes quelles sont les limites de cette liberté. Chacun peut se douter que l'affirmation de liberté contractuelle des personnes publiques ne peut aller sans que des nuances, et peut-être plus que cela, soient apportées. Un signe ne trompe pas, le fait que les mêmes décisions de justice aient pu donner lieu à des appréciations, non pas contradictoires, mais divergentes sur la portée de la liberté reconnue. Ainsi un auteur écrit-t-il : « là où l'on a souvent cru voir une consécration de la liberté contractuelle des personnes publiques, ce sont davantage les difficultés d'une telle consécration que révèlent ces décisions » (T. Fleury, La liberté contractuelle des personnes publiques. Questions critiques à l'aune de quelques décisions récentes, RFDA 2012, p. 231).

Le fait que ces interprétations ne vont pas dans le même sens invite à examiner cette liberté de plus près. On se rend compte alors que la consécration de celle-ci au profit des personnes publiques n'a rien d'uniforme et que la banalisation apparente qui en découle doit être, elle aussi, nuancée.

## **I – UNE CONSECRATION NUANCEE DE LA LIBERTE CONTRACTUELLE**

Que les personnes publiques disposent d'une certaine liberté dans la conclusion des contrats qu'elles passent ne saurait heurter, même les plus réticents à l'égard de l'idée de liberté des personnes publiques. Le seul vrai problème est celui de savoir quelle est exactement cette « liberté », ce qu'elle recouvre. Un double constat s'impose alors, celui de l'affermissement au fil du temps de la liberté contractuelle des personnes publiques, celui d'une certaine différenciation de la liberté selon les personnes publiques.

### **1 – L'affermissement de la liberté contractuelle des personnes publiques**

Le terme « affermissement » est ici retenu en ce que, d'une part, ce qui pouvait paraître douteux ou discutable est clarifié, mais, d'autre part, cette liberté n'a pas une extension illimitée, elle est maintenue dans certaines limites en raison de certaines restrictions qui lui sont apportées.

## A – Du doute à la reconnaissance

La liberté contractuelle des personnes publiques, surtout des collectivités locales, et tout au moins dans un cadre juridique tel que le cadre français que nous le connaissons depuis la Révolution, ne va pas de soi. Et c'est après un certain nombre d'hésitations que finalement le juge s'est résolu à reconnaître, voire à consacrer cette liberté contractuelle.

### a) – Les longues hésitations et réserves de la jurisprudence et de la doctrine

L'histoire de la liberté contractuelle est d'abord, pendant longtemps, uniquement l'histoire de la liberté contractuelle en droit privé, des personnes privées. Car en ce qui concerne les collectivités publiques, la plus grande réserve était de mise.

La jurisprudence comme la doctrine n'ont cependant pas fait de grandes difficultés pour reconnaître l'existence d'une liberté contractuelle au profit des personnes publiques. Tous les ouvrages sur les contrats administratifs citent une jurisprudence dénuée de toute ambiguïté, mais qui est une jurisprudence relativement récente. Sans doute, une jurisprudence ancienne admet, implicitement, cette liberté : après tout, la ville de Montpellier n'était pas tenue de passer un marché ayant pour objet la capture et la mise en fourrière des chiens errants et l'enlèvement des bêtes mortes : c'est la célèbre affaire *Thérond* (4 mai 1910) qui unifie le contentieux des contrats administratifs.

Mais la jurisprudence récente, représentée notamment par la décision du Conseil d'Etat du 28 janvier 1998 (*Société Borg Warner*) est plus explicite et plus significative. Dans l'affaire précitée la société avait été condamnée à verser à deux autres sociétés une indemnité en réparation des conséquences de désordres ayant affecté un équipement de pompage d'exhaure utilisé dans des installations de chauffage géothermique. Le Conseil d'Etat a considéré que les dispositions de l'article L. 316-2 du code des communes (alors applicable, ce code a été remplacé en 1996 par le code général des collectivités territoriales, CGCT), dérogeaient au principe de la liberté contractuelle et devaient être interprétées strictement. En écartant comme contraire à cet article L. 316-2 une stipulation du cahier des clauses administratives particulières alors qu'une telle affirmation n'aurait pu être légalement déduite que de la constatation qu'une telle clause avait, en l'espèce, un effet voisin de celui d'une clause de renonciation, la cour administrative d'appel n'avait pas légalement justifié son arrêt.

L'interrogation soulevée par cette liberté était surtout celle de sa valeur juridique. Dans un premier temps, sur lequel il n'y a plus lieu de revenir, le Conseil constitutionnel avait déclaré que la liberté contractuelle n'avait pas valeur constitutionnelle. De son côté,

et comme dit dans l'introduction, le Conseil d'Etat avait précisé que la liberté contractuelle en droit public était un principe général du droit, et cette situation juridique est apparue satisfaisante pendant un certain temps.

b) – La consécration de la liberté contractuelle des personnes publiques

Mais il en a été de cette liberté comme d'autres : on a assisté à une « montée en valeur » des libertés, et des libertés qui n'avaient « que » valeur législative se sont vu reconnaître une valeur constitutionnelle, tout ceci s'inscrivant dans ce mouvement d'affirmation de « droits fondamentaux » à valeur constitutionnelle.

La jurisprudence constitutionnelle a été progressive, le Conseil constitutionnel annulant d'abord, en 1998, une loi qui portait une atteinte manifeste à l'économie des contrats, puis reconnaissant une valeur constitutionnelle à la liberté contractuelle dans sa décision du 30 novembre 2006 portant sur la loi relative à l'énergie. Cette reconnaissance, avec une référence par le Conseil à l'article 4 de la Déclaration de 1789, a été reliée par de nombreux auteurs à l'essor du procédé contractuel à notre époque, avec, en particulier, le développement de relations contractuelles (ou de type contractuel) entre les personnes publiques elles-mêmes.

D'autres aspects témoignent également, même indirectement, de cet affermissement, notamment l'extension de la liberté des personnes publiques. L'une des illustrations les plus intéressantes est l'accroissement de liberté des personnes publiques dans les modes de passation des contrats.

D'une part, l'automaticité de la désignation, par l'administration, de son cocontractant, et qui découlait du procédé type imposé, a fait place à une plus grande liberté de choix. Ce procédé, qui était l'adjudication, était le plus restrictif possible, mais semblait être celui qui répondait le mieux à la satisfaction de l'intérêt général, la suppression de la liberté de choix de l'administration devant conduire, dans le schéma théorique qui commandait la matière, à la meilleure qualité au moindre prix.

On sait ce qu'il en advint avec, dans un premier temps, la plus mauvaise qualité au meilleur prix et, parfois, dans un second temps, la plus mauvaise qualité au prix le plus élevé. Quoi qu'il en soit, les inconvénients de l'adjudication sont devenus si patents que l'administration s'est vu reconnaître un peu plus de liberté avec la substitution de l'appel d'offres à l'adjudication comme procédé de droit commun (et avec toutes les réserves que l'on peut faire). L'appel d'offres n'est pas la liberté complète – il ne peut en être ainsi – mais laisse aux personnes publiques une plus grande liberté de choix.

D'autre part, les personnes publiques se sont vu reconnaître aussi le droit de recourir à la sous-traitance. Certes celle-ci intéresse plus le cocontractant que la personne publique, cependant cette dernière est également concernée, la sous-traitance représentant un facteur de souplesse dans l'exécution du contrat. Cela paraît désormais évident, mais la sous-traitance – qui ne présente pas que des avantages – fut longtemps interdite, étant supposée être un facteur possible de non-respect des principes du contrat, ce qui pouvait effectivement arriver. La reconnaissance de la sous-traitance, sous réserve de l'acceptation du sous-traitant par la personne publique contractante, apparaît désormais comme un indispensable facteur de souplesse dans l'exécution du contrat, et participe aussi au développement de la liberté contractuelle.

## B – Le maintien de certaines restrictions

Si aucune liberté ne peut être absolue, combien plus cela vaut-il pour les libertés reconnues aux personnes publiques. Mais les restrictions et les limitations ne sont pas les mêmes pour les personnes publiques et pour les personnes privées. Ce qui est significatif pour les personnes publiques, ce sont les interdictions de contracter sur certains champs, pour certaines matières, ainsi que les limitations qui sont apportées là même où les personnes publiques disposent de cette liberté contractuelle.

### a) – Les champs d'intervention interdits au contrat

Un certain nombre de matières ne peuvent traditionnellement faire l'objet d'interventions de nature contractuelle de la part des personnes publiques. L'idée sous-jacente à cette interdiction est que l'administration se renierait en n'exerçant pas ses compétences de manière unilatérale en ces domaines. Ces derniers sont d'importance variable et, au surplus, font eux-mêmes l'objet d'atténuations.

Parmi ces interdictions, le domaine le plus caractéristique est celui de la police, et l'interdiction est constante. Elle a été affirmée de manière nette dans un arrêt systématiquement cité (à juste titre d'ailleurs), l'arrêt du 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, où une ville avait confié le service de police à une société privée avec laquelle elle avait souscrit un abonnement. L'affaire est apparue d'autant plus remarquable qu'il s'agissait en l'espèce de police rurale, c'est-à-dire une police qui n'a pas la même importance, la même « résonance » que la police administrative générale que détient le maire. Le juge affirme dans cette décision que le service de la police rurale « par sa nature » (ce qui n'équivaut pas à l'expression « par nature », qui a une

signification très différente, V. J.-M. Pontier, *Le mystère des faits*, in *Les faits en droit administratif*, PUAM 2010, p. 11 et s.) ne saurait être confié qu'à des agents placés sous l'autorité directe de l'administration.

Trente ans plus tard, le Conseil d'Etat a rendu une décision tout aussi claire, déclarant, à propos des dispositions d'un cahier des charges confiant, non plus à une personne privée, mais à un syndicat intercommunal, la concession de l'exploitation et de l'entretien d'une section de rivière, que ces dispositions n'ont pu avoir « ni pour objet ni pour effet de transférer à cet établissement l'exercice des droits de puissance publique qui appartiennent à l'Etat et notamment le droit de réglementer et d'amodier le droit de pêche » (CE 10 décembre 1962, *Association de pêche et de pisciculture d'Orléans*, Rec. p. 675).

Si l'interdiction énoncée par le juge apparaît particulièrement stricte, il convient aussi de tenir compte des évolutions intervenues depuis un demi-siècle avec, notamment, le développement de la décentralisation et le transfert de larges compétences de l'Etat aux collectivités territoriales. Cette évolution ne pouvait pas ne pas avoir de conséquences sur l'exercice du pouvoir de police. L'Etat a eu par ailleurs besoin des collectivités locales, ne parvenant pas (ou plus) à régler par ses seules forces de police, les problèmes liés au maintien de l'ordre public. C'est pourquoi sont apparus les « contrats locaux de sécurité ». Ces derniers ont donné lieu à maints commentaires, et à des appréciations divergentes, certains estimant que ces « contrats » sont très déséquilibrés et qu'ils entraînent surtout des obligations de prise en charge par les communes, d'autres faisant valoir qu'il s'agit néanmoins de véritables contrats, mêmes s'ils sont particuliers. En tout état de cause, ces contrats locaux de sécurité apparaissent bien comme une entaille à ce qui paraissait être un bloc inaltérable de l'intervention unilatérale de l'Etat.

Le développement des contrats locaux de sécurité est allé de pair avec une autre tendance, qui a eu une double expression.

D'une part, le législateur a reconnu la possibilité pour les communes de disposer de leurs propres forces de police municipale, c'est-à-dire des policiers municipaux faisant partie de la fonction publique territoriale. L'adoption de cette loi a été extrêmement laborieuse, le nœud du problème étant évidemment celui des pouvoirs de ces polices municipales, le débat s'étant cristallisé, de manière plus spécifique encore, sur le principe de l'armement des policiers municipaux. Et il est intéressant de relever que le clivage ne passait pas entre la « droite » et la « gauche » mais entre le pouvoir central (le ministère de l'intérieur), peu favorable voire hostile à l'armement des policiers municipaux, et les élus locaux favorables eux, quelle que fût leur tendance politique, à cet armement. La

solution a été la reconnaissance sous conditions d'un tel armement. Et il est encore intéressant de relever qu'après cette loi de 1999 l'évolution s'est faite dans le sens d'un constant élargissement des pouvoirs de ces polices municipales.

D'autre part, depuis 2004, les pouvoirs publics, conscients des nécessités de dépasser le cadre communal chaque fois que cela était possible (sans toucher bien entendu à la commune, V. la chronique sur la réforme des collectivités territoriales dans ce même numéro), ont cherché à donner la possibilité aux maires de transférer, sous certaines conditions, une partie de leur pouvoir de police aux présidents d'établissements publics de coopération intercommunale. Les dispositions de la loi de 2004 n'ont guère donné lieu à transfert, les maires n'ayant guère manifesté d'enthousiasme à l'égard de cette possibilité de délégation (les maires tiennent beaucoup à leur pouvoir de police, celui-ci est vraiment l'expression du pouvoir local). C'est pourquoi le législateur a cherché, dans la loi du 16 décembre 2010, à assouplir les conditions du transfert. Il est trop tôt pour dire si effectivement ce transfert sera significatif, mais d'ores et déjà on peut éprouver quelques doutes, d'autant que la future loi risque de reprendre, une fois de plus, la question.

Un deuxième domaine dans lequel le contrat est en principe exclu est un domaine auquel on ne songe pas spontanément, c'est celui de l'enseignement public, tout au moins en ce qui concerne la gestion déléguée. Si, en effet, en ce qui concerne le personnel, des contrats sont évidemment possibles en application de la loi – avec la même incertitude qui subsiste, nonobstant la jurisprudence *Berkani*, sur la qualification des contrats – pour la gestion des services publics liés à l'enseignement, la possibilité de contrats est, sinon totalement exclue, tout au moins très limitée. Dans un avis du 7 octobre 1986 rendue par la section de l'intérieur, le Conseil d'Etat a déclaré, s'agissant des services des cantines scolaires, que « les communes ne peuvent confier à des personnes privées que la fourniture ou la préparation des repas, à l'exclusion des missions qui relèvent de l'enseignement public et, notamment, de la surveillance des élèves ». Selon un auteur « Le propos est doté d'un grand degré de généralité et va au-delà de la question des cantines scolaires » (C. Guettier, Droit des contrats administratifs, Thémis, 2<sup>ème</sup> éd., p. 147, § 207).

Un troisième domaine est celui de l'administration pénitentiaire, qui relève largement de fonctions dites régaliennes. Toutefois, là aussi il convient d'être nuancé. Au sein de cette administration pénitentiaire, certaines fonctions sont des fonctions de souveraineté : ce sont celles qui concernent la direction des établissements, le greffe et la surveillance de ces établissements. En revanche, ainsi que cela peut être déduit de la loi du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire, en dehors de ces trois

missions, les autres peuvent être confiées à des personnes de droit public ou de droit privé, notamment par la voie de marchés.

Un quatrième domaine est celui de la délimitation du domaine public. En droit privé, en effet, la délimitation porte le nom de bornage, et ce bornage est fait d'un commun accord entre les personnes intéressées. En cas de désaccord, c'est un juge (judiciaire naturellement) qui tranche entre les prétentions dont il est saisi au cours de l'action de bornage. En droit administratif il n'en est pas du tout ainsi, la délimitation est le fait d'un acte unilatéral de l'administration qui produit ses entiers effets même en cas de contestation de la part des propriétaires des parcelles contiguës. L'action en bornage est inapplicable au domaine public. Et la puissance publique ne peut renoncer par voie conventionnelle à son pouvoir de délimitation unilatérale (plusieurs décisions du Conseil d'Etat vont clairement en ce sens, par exemple CE 20 juin 1975 *Leverrier*, Rec. p. 382).

#### b) – Les limitations dans les clauses du contrat

Bien que disposant de la liberté contractuelle, comme nous l'avons vu, les personnes publiques ne peuvent recourir à tous les types de contrats, ni insérer dans leurs contrats n'importe quelle clause. Ce qui pose problème depuis longtemps, c'est la résolution des litiges nés de l'exécution du contrat. Des limitations sont apportées ici à la liberté contractuelle.

L'interdiction la plus problématique, aujourd'hui, est celle de l'arbitrage. Une affaire toujours en cours, et qui dépasse de loin les considérations juridiques, met en évidence la difficulté de principe du recours à l'arbitrage. Pourquoi interdire aux administrations de recourir à l'arbitrage ? Bien qu'aucune justification précise n'ait été donnée par le juge, on comprend assez facilement les raisons d'une telle interdiction : il existe des juridictions, les juridictions administratives (sans oublier que les juridictions judiciaires peuvent être également compétentes pour connaître d'actions publiques menées sous la forme du droit privé), recourir à l'arbitrage c'est esquiver ces juridictions, c'est donc un signe de défiance de la personne publique qui voudrait y recourir à l'égard même de l'Etat.

Il y a un certain nombre d'années, dans une affaire qui, en son temps, fit grand bruit, car elle concernait la société Eurodisneyland, le Conseil d'Etat avait été saisi de la question de savoir si des personnes publiques pouvaient inclure une clause compromissoire dans le contrat passé entre diverses personnes publiques et la société Eurodisneyland. Le Conseil d'Etat, dans un avis, avait rappelé que la prohibition de l'arbitrage pour les personnes publiques résultait des « principes généraux du droit public

français », et ces principes impliquaient, toujours selon le Conseil d'Etat, que « les personnes morales de droit public ne peuvent pas se soustraire aux règles qui déterminent la compétence des juridictions nationales en remettant à la décision d'un arbitre la solution des litiges auxquels elles sont parties et qui se rattachent à des rapports relevant de l'ordre juridique interne » (Avis du 6 mars 1986).

Ceci étant, il convient de relativiser aujourd'hui cette interdiction. En effet, les exceptions à ce principe sont de plus en plus nombreuses, elles découlent, les unes de lois qui entendent déroger explicitement à cette interdiction, les autres de normes européennes ou internationales, ces dernières prévoyant fréquemment le recours à l'arbitrage, ce qui peut poser problème par rapport au droit interne français. Et les auteurs sont de plus en plus nombreux à faire valoir que cette interdiction est totalement dépassée. Mais la question demeure encore sensible aujourd'hui.

## **2 – Une différenciation de la liberté contractuelle selon les personnes publiques**

La liberté contractuelle des personnes publiques n'est pas un bloc parfaitement homogène, des différences doivent être opérées entre les personnes publiques. Qu'il y ait une différence entre l'Etat et les autres personnes publiques va presque de soi parce que l'Etat est l'Etat – fausse tautologie – c'est-à-dire parce que en France, en raison de notre histoire avec la construction de la nation par l'Etat, mais aussi pour des raisons juridiques, à savoir que les autres personnes publiques font partie de l'Etat, puisque nous sommes un Etat unitaire. Si l'on met à part les autres personnes publiques qui n'appartiennent à aucune catégorie, et qui ne soulèvent guère de questions du point de vue de notre problématique, les questions sont surtout soulevées par les collectivités territoriales et les établissements publics.

### **A – La liberté contractuelle des collectivités territoriales**

La situation des collectivités territoriale a profondément changé sur ce plan comme sur les autres : si, en d'autres temps, on n'aurait guère songé à parler de liberté contractuelle, aujourd'hui les manuels de droit des collectivités territoriales comportent tous des développements, parfois substantiels, sur la question. Cette liberté contractuelle est cependant plus contrastée qu'il n'y paraît, les restrictions sont aussi importantes que l'extension.

#### a) – L'extension de la liberté contractuelle des collectivités territoriales

La réserve qui fut observée par le juge comme par la doctrine l'égard de la liberté contractuelle des collectivités locales, au XIX<sup>ème</sup> siècle, a tenu à ce que la doctrine de l'autonomie de la volonté qui fondait, aux yeux des auteurs, la liberté contractuelle, n'était guère applicable aux collectivités locales (V. Maouachi, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, PUAM 2002). Même les plus fervents défenseurs de la décentralisation ne parlaient pas, ou ne revendiquaient pas, au profit de ces collectivités, la liberté contractuelle. Ces collectivités n'étaient pas considérées, dans le cadre d'un Etat unitaire, comme ayant une volonté autonome, et le qualificatif de « collectivités secondaires » qui leur était donné était d'ailleurs significatif.

Léon Michoud a fait valoir, avec beaucoup de talent, que les communes – mais le raisonnement vaut, dans son esprit, pour toutes les collectivités locales, notamment les départements, qui avaient d'ailleurs beaucoup moins d'importance, à ce moment-là, que les communes – « ne peuvent se prévaloir vis-à-vis de l'Etat auquel elles appartiennent, d'aucun droit intangible dans le domaine public. C'est l'Etat qui règle à son gré la part de puissance publique dont il leur abandonne l'exercice » (*La théorie de la personne morale*).

Ces débats paraissent largement dépassés aujourd'hui (mais pas la remarque de Michoud qui est toujours juridiquement justifiée). La liberté contractuelle des collectivités territoriales est largement reconnue, elle ne fait plus de doutes, et l'on peut donc s'interroger sur les facteurs qui ont conduit à cette affirmation claire comme sur les expressions de cette liberté contractuelle.

Les facteurs ayant conduit à une telle reconnaissance sont multiples. Certains de ces derniers, tout en n'étant pas juridiques, sont essentiels : il s'agit du changement de « climat » (pour parler comme un commissaire du gouvernement, M. Rougevin-Baville, qui avait utilisé ce terme dans ses conclusions sur une décision qui, en son temps, fut beaucoup commentée, et qui ne paraît plus avoir aujourd'hui l'importance qu'on lui avait prêtée lorsqu'elle parut, la décision du 19 janvier 1973, *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant*) dans les relations entre l'Etat et les collectivités locales (devenues territoriales) ; ces dernières sont devenues des acteurs majeurs du développement, elles sont aussi devenues « majeures », tandis que, parallèlement, l'Etat voyait (voit toujours) sa légitimité s'effriter, être contestée. Peut-être aussi, comme le disent certains auteurs, faut-il prendre en compte ce mouvement, qui dépasse largement la France, de déréglementation ou de dérégulation de l'action administrative.

Sur un plan plus juridique, trois facteurs semblent avoir contribué à cet affermissement de la liberté contractuelle des collectivités territoriales.

Le premier est l'accroissement de liberté résultant de la suppression de la tutelle (tout au moins de la tutelle administrative et de la tutelle financière). En supprimant cette tutelle – et quelle qu'elle ait été, dans la réalité, l'importance de cette suppression – le législateur s'est clairement prononcé en ce sens, en adoptant une loi qu'il a qualifiée – et même si, une fois de plus, il est possible d'émettre des réserves quant aux termes utilisés – de « loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions ». En s'exprimant ainsi, en supprimant cette barrière qu'était la tutelle, il a bien voulu élargir la liberté juridique des collectivités territoriales, cette liberté incluant la liberté contractuelle.

Un deuxième facteur, non contesté, est la constitutionnalisation du droit des collectivités territoriales. Jusqu'à la Cinquième République, et même jusqu'en 1982, ce droit était exclusivement législatif. Certes les constitutions précédentes comportaient quelques dispositions relatives aux collectivités locales, mais ces dispositions étaient assez peu nombreuses, beaucoup moins nombreuses que dans les constitutions des Etats voisins de la France, elles faisaient simplement référence aux collectivités locales, et les auteurs ne trouvaient pas cela anormal, le droit des collectivités locales étant traditionnellement en France, depuis la Révolution de 1789, un droit législatif.

La constitutionnalisation opérée a été double : elle a été le fait du Conseil constitutionnel, avec la reconnaissance de la valeur constitutionnelle du principe de libre administration (alors que jusque-là ce principe, qui figurait déjà dans la Constitution de 1946, n'avait pas été considéré comme ayant une valeur juridique) ; elle a été le fait du constituant, avec la réforme constitutionnelle de 2003 qui, d'une part, prohibe toute tutelle d'une collectivité sur une autre, d'autre part, et positivement, étend le pouvoir d'action des collectivités territoriales. La question de savoir si la liberté contractuelle fait ou non partie de la libre administration fait l'objet en revanche d'appréciations divergentes selon les auteurs.

Un troisième facteur est l'extension des compétences des collectivités territoriales par transfert à celles-ci de compétences détenues jusque-là par l'Etat. Ce mouvement de transfert de compétences, qui s'est effectué en plusieurs étapes, est sans précédent depuis deux siècles. Il a contribué à la liberté contractuelle en multipliant les contrats. D'une part, en effet, le transfert de compétences s'est accompagné nécessairement de tout un conventionnement entre l'Etat et les collectivités bénéficiaires du transfert, qu'il s'agisse des personnels, des biens, ou des droits et obligations. D'autre part, du fait de ces nouvelles compétences qui leur étaient transférées (dans le domaine de l'action

sociale, de l'éducation, des transports, de l'urbanisme, etc.), les collectivités territoriales ont été amenées à multiplier les conventions.

L'une des originalités de la décentralisation, à notre époque, est le développement de la *contractualisation* entre les personnes publiques. Le procédé contractuel a connu un succès remarquable, cette contractualisation s'est immiscée ou infiltrée dans tous les domaines. La contractualisation s'opère entre l'Etat et les collectivités territoriales, elle d'est développée aussi entre les collectivités territoriales. Il faut ajouter que la notion de contractualisation, volontairement utilisée ici plutôt que celle ce contrat, est une notion vague et ambiguë : elle recouvre incontestablement, parfois, des rapports qui sont authentiquement contractuels, mais elle recouvre également des relations qui apparaissent comme des contrats tout en n'étant pas des contrats, ces relations étant, selon les cas, simili contractuelles, pseudo contractuelles ou para-contractuelles. Et l'on a pu avec raison parler de la « nébuleuse para-contractuelle ».

Les expressions de cette liberté contractuelle sont multiples, au point que l'on peut s'interroger sur la question de savoir s'il n'y a pas eu un basculement, si la contractualisation n'est pas devenue le procédé de droit commun par rapport à l'acte unilatéral. Pendant près d'un siècle et demi le contrat certes existait bien, il était utilisé par les collectivités locales, mais il était cantonné à des domaines précis, et l'exemple type du contrat était la concession, qui ne pouvait guère apparaître comme une expression de la liberté contractuelle des collectivités locales tant ce procédé était encadré, aussi bien par les textes que par la jurisprudence.

Depuis plusieurs décennies, déjà, il y a eu ce que certains n'hésitent pas à qualifier d'« explosion » du procédé contractuel, tant il concerne les domaines les plus divers. Il n'est pas un domaine dans lequel, désormais, on ne puisse relever un conventionnement d'un type ou d'un autre. C'est un conventionnement avec des personnes privées, avec sans doute un double domaine de prédilection, le domaine social et le domaine culturel. Ce dernier est particulièrement significatif car la plupart des interventions des collectivités territoriales dans ce domaine s'effectuent en recourant au procédé contractuel.

Ce conventionnement est également un conventionnement avec l'Etat. Ce dernier recherche, depuis plusieurs décennies, la participation des collectivités territoriales à des opérations de toutes sortes, y compris dans des domaines que l'on est tenté de qualifier de « régaliens ». Et l'une des illustrations les plus remarquables de ce conventionnement est représenté, ou était représenté (car il convient peut-être d'en parler au passé, le renouvellement de ces contrats, qui devait avoir lieu en 2013, a été repoussé, et l'avenir de ce type de contrat paraît quelque peu assombri) par les contrats de plan Etat régions

(CPER) devenus, depuis la disparition (de fait, et non de droit, la loi subsistant) du plan de la nation, contrats de projet Etat régions (CPER).

#### b) – Les restrictions à la liberté contractuelle

Pour autant, cette liberté fait l'objet d'un certain nombre de restrictions. Certaines résultent directement de la loi, comme celles qui découlent de l'article L. 1411-2 du CGCT (limitations de durée des DSP) ou de l'article L. 1523-2 du même code (conditions à respecter pour certaines conventions). Par ailleurs, et nous retrouvons notre interrogation de départ, les dispositions qui consacrent la liberté contractuelle peuvent aussi être lues à travers les limitations et les restrictions qui y sont apportées. Et le plus significatif n'est peut-être pas la reconnaissance de liberté mais les limitations apportées (comme l'observe fort justement Fleury dans son article précité). La décision du Conseil constitutionnel de 2006 consacre avant tout la dérogation à la liberté contractuelle et, en l'espèce, les limitations à la liberté contractuelle ne sont pas anodines, la liberté de la collectivité concessionnaire (les communes distributrices d'énergie) étant totalement supprimée. D'autres restrictions, même si elles ne se présentent pas en tant que telles, n'en sont pas moins réelles, comme les conventions types que, dans bien des cas, doivent respecter ces collectivités (par exemple dans les conventionnements découlant de Grenelle I et Grenelle II).

#### B – La liberté contractuelle des établissements publics

Le cas des établissements publics est-il différent de celui des collectivités territoriales ? Les établissements publics sont des personnes publiques, distinctes des collectivités territoriales, présentant des traits similaires à ceux des précédentes, mais également d'autres traits qui les en différencient.

Deux traits semblent traditionnellement consacrer cette différence. Le premier est relatif à l'objet dont peut s'occuper un établissement public. On dit que les établissements publics sont des personnes spécialisées, c'est-à-dire qu'elles ne peuvent intervenir que dans des domaines étroitement définis par le texte qui les institue. Les manuels opposent généralement la spécialité qui caractérise ou caractériserait les établissements publics à la compétence générale qui caractériserait les collectivités territoriales.

Le second trait est le fait que les établissements publics n'ont pas de territoire, à la différence des collectivités territoriales qui, elles, ont un territoire, ainsi que leur

dénomination l'indique bien (et quand bien même ce territoire est en même temps le territoire de l'Etat, cette superposition de territoires pouvant soulever quelques questions juridiques mais n'ayant jamais donné lieu à des problèmes pratiques).

Ainsi, les établissements publics sont bien, dans la conception classique, des personnes publiques d'un genre particulier, et, peut-on ajouter, d'une « dignité » inférieure à celle des collectivités locales. La jurisprudence du Conseil d'Etat porte les traces de ce traitement différent par le juge des établissements publics et des collectivités territoriales.

Le Conseil d'Etat a eu une jurisprudence quelque peu ambiguë sur les empiètements, par des collectivités locales (en fait, les communes) sur la compétence d'établissements publics qui leur sont rattachés (par exemple les anciens bureaux d'aide sociale, BAS, devenus en 1983 centres communaux d'action sociale, CCAS), semblant admettre de tels empiètements. En revanche il a toujours sanctionné les empiètements d'un établissement public sur les compétences de la commune à laquelle il était rattaché. De même, le juge administratif a reconnu beaucoup plus tardivement aux établissements publics qu'aux collectivités locales la possibilité d'avoir un domaine public. Cette question n'est plus discutée aujourd'hui, précisément parce que les établissements publics ont considérablement évolué, et que la distinction avec les collectivités territoriales est moins nette qu'auparavant, elle est même de moins en moins nette.

En ce qui concerne tout d'abord le principe de spécialité, il a fait l'objet de nombreuses études, et un certain nombre d'auteurs ont fait valoir que ce principe ne s'appliquait pas seulement aux établissements publics, mais également aux collectivités territoriales. Certains sont allés jusqu'à dire, ce qui est au fond plus logique, que toutes les personnes publiques sont spécialisées, y compris l'Etat. Et effectivement, sauf si l'on prend le cas de l'Etat totalitaire, l'Etat ne peut intervenir dans tous les domaines, certains lui sont interdits, ne serait-ce que tout ce qui concerne le for intérieur. De plus, selon la conception que l'on se fait de l'Etat et de son rôle, son champ d'intervention est plus ou moins limité.

Mais l'inconvénient d'appliquer le principe de spécialité à l'ensemble des personnes publiques est qu'il n'a plus grande signification : à quoi sert-il de parler du principe de spécialité s'il s'applique à l'ensemble des personnes publiques ? Pour cette raison, qui appellerait naturellement de nombreux commentaires, la plupart des auteurs préfèrent, sur le plan théorique, limiter le principe de spécialité aux établissements publics et aux collectivités territoriales.

Cependant cela soulève d'autres problèmes, à l'égard de la clause générale de compétence, maintenue en 2010 au profit des communes, et rétablie dans la loi à venir

pour les départements et les régions. Signalons seulement, dans un débat qui est quasiment sans fin entre les auteurs, que la clause générale de compétence n'a jamais signifié une aptitude des communes à intervenir dans tous les domaines, aucun auteur n'a jamais soutenu une telle position. La clause générale de compétence, pour la réduire à sa plus simple expression, revient à dire que les collectivités qui en disposent peuvent intervenir dans tous les domaines qui ne leur sont pas interdits, ou qui n'ont pas été remis par la loi à d'autres personnes publiques ou privées.

Quoi qu'il en soit, une autre évolution s'est produite, qui est une sorte de « gonflement » du principe de spécialité ou, si l'on préfère, d'une interprétation de plus en plus large du principe de spécialité des établissements publics. En d'autres termes, les textes ont habilité des établissements publics à intervenir dans des domaines de plus en plus larges, de plus en plus différenciés. Le cas des établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) est particulièrement significatif : on est parti d'établissements qui ne pouvaient intervenir que sur un objet précis (les SIVU, autrement dits syndicats intercommunaux à vocation unique – puisque tel était le nom qu'on a donné à ces établissements) à des établissements qui interviennent dans des domaines extrêmement variés (et pour cause, puisque ces compétences étaient celles des communes), tels les « communautés » diverses qui ont été instituées par la loi.

Mais ces EPCI manifestent également une autre évolution, tout aussi importante, des établissements publics, ou, tout au moins, de certains d'entre eux. Les EPCI font partie d'une catégorie plus vaste que, la doctrine d'abord, le législateur et le juge ensuite, ont qualifiés d'établissements publics territoriaux (EPT). En d'autres termes, le législateur s'est mis à créer des établissements publics disposant d'un territoire.

Au début, lorsque les SIVU ont été créés (en 1890), personne n'y a prêté grande attention. C'est à partir de 1959, avec la Cinquième République, et la multiplication des établissements de ce type, que l'on a commencé à s'interroger sérieusement sur ce type d'établissements publics. Ces établissements publics territoriaux – singulièrement les EPCI, mais ce ne sont pas les seuls – présentent des traits qui les rapprochent des collectivités territoriales, ils se différencient de moins en moins de celles-ci, ils sont un peu comme la chauve-souris de la fable.

Nous en sommes là aujourd'hui, il est devenu quasiment impossible de trouver un critère qui soit déterminant pour différencier les établissements publics de ce type des collectivités territoriales, tous les critères « tombant » les uns après les autres. Et on ne peut même pas invoquer le critère de l'élection d'un organe de ces personnes, car les membres des assemblées délibérantes de ces établissements publics sont bien élus au suffrage universel ... Certes, il s'agit du suffrage universel indirect, mais rappelons que

notre Constitution met sur le même plan le suffrage direct et le suffrage indirect. Dire que seul le suffrage direct peut être pris en considération, d'une part n'est pas un argument juridique mais politique, d'autre part tombera également le jour (qui arrivera) où l'un des organes de certains EPCI sera élu au suffrage universel direct.

b) – Une jurisprudence qui demeure plus restrictive en ce qui concerne la liberté contractuelle

Un certain nombre d'établissements publics voient leur liberté largement restreinte. S'agissant des ARH (Agences régionales d'hospitalisation), puis des ARS (Agences régionales de santé, qui ont succédé aux précédentes), le juge ne considère pas que leurs décisions, qui ont une incidence certaine (notamment financières) sur les conventions passées par les établissements de santé, portent une atteinte « excessive » à la liberté contractuelle. Il a même admis que les directeurs de ces établissements publics puissent recevoir des instructions de la part de leur ministre de tutelle (CE 12 décembre 2012, SYNERPA, req. n° 350479).

Et, sur un autre plan, le juge a également considéré que l'arrêté sur la charte des thèses, dont le requérant estimait qu'elle portait atteinte à la liberté contractuelle des universités, n'avait pas cet effet (CE 20 mars 2000, M. Pierre X, req. n° 202295). Il est également significatif que le juge rejette systématiquement les recours intentés par des EPCI qui invoquent une atteinte à leur liberté contractuelle dans le cas de la transformation de l'établissement en un autre établissement.

Un autre exemple, concernant encore les ARH, est tout autant éclairant. Une clinique avait demandé l'annulation d'un arrêté par lequel le directeur de l'ARH de Lorraine fixait, pour une année déterminée, le taux de remboursement de la part prise par les régimes de caisses d'assurance maladie de certaines spécialités, produits et prestations. Le juge déclare que les dispositions de l'article L. 162-22-7 du code de la sécurité sociale (relatif à ces spécialités) « prévoyant la conclusion de contrats de bon usage des médicaments et limitant les remboursements de frais qu'elles concernent à hauteur de 70% en l'absence de conclusion de telles conventions ne sauraient être regardées comme portant, par elles-mêmes, une atteinte excessive à la liberté contractuelle des établissements de santé ».

En fait, il faut bien constater aujourd'hui que les établissements publics ne constituent plus aujourd'hui une catégorie homogène. Il y a bien, d'un côté, les établissements publics « classiques », qui demeurent tout de même les plus nombreux, qu'ils soient des établissements nationaux ou locaux, et, de l'autre, les établissements

publics territoriaux. Les premiers demeurent assez largement dépendants de la collectivité de rattachement, et leur liberté contractuelle est plus limitée que celle des collectivités territoriales, encore que, parmi ces établissements classiques, il y ait de grandes différences selon les établissements. Quant aux établissements publics territoriaux, tout au moins les établissements de coopération entre collectivités territoriales – car pour les autres EPT ce trait est moins marqué – il n’y a pas de différence dans la liberté contractuelle des uns et des autres.

## **II – LA FAUSSE BANALISATION DE LA LIBERTE CONTRACTUELLE**

Un regard un peu rapide sur l’évolution qui s’est produite sur une dizaine ou une quinzaine d’années pourrait conduire à ce constat que la liberté contractuelle étant consacrée, il n’y a plus de véritable débat, et la question ne présente plus de réel intérêt. Mais si un rapprochement peut être opéré désormais entre les personnes publiques et les personnes privées par l’unification des règles, ce constat doit être largement nuancé par les particularités qui demeurent et qui témoignent d’une véritable irréductibilité des personnes publiques.

### **1 – Une tendance discutée à l’unification des règles applicables aux personnes publiques par rapport aux personnes privées**

Cette tendance à l’unification, si elle était avérée, se traduirait par la construction d’un ordre juridique commun. C’est ce que certains attendent, recherchent, mais il n’est pas acquis que tel sera le système juridique de l’avenir, on peut même éprouver des doutes sur la portée de l’unification.

#### **A – Une apparente convergence entre le droit public et le droit privé**

Il pourrait paraître séduisant de caractériser l’évolution qui s’est produite par une rencontre ou un rapprochement entre le droit public et le droit privé, et qui tiendrait à une certaine perte, par chacun de ces deux droits, de ce qui faisait leur spécificité et la différence (ou l’opposition) avec l’autre.

Du côté du droit public, c’est l’admission progressive de l’idée, de la notion, de « volonté » chez les personnes publiques. En effet, le refus de l’idée d’une volonté des personnes publiques a été un facteur déterminant de l’absence de reconnaissance

pendant longtemps de liberté contractuelle au profit de ces personnes. Cette position tranchée a été remise en cause au vingtième siècle, et deux points méritent à cet égard d'être relevés.

D'une part, dans le passé, les auteurs ont sans doute exagéré l'idée et la portée de l'autonomie de la volonté des personnes privées comme facteur ou/et condition de la liberté contractuelle de ces dernières. Les auteurs, dans le passé, sont partis du présupposé que ces personnes privées, et notamment les personnes physiques, disposaient d'une liberté leur permettant de se déterminer comme elles l'entendaient.

Ce faisant, comme on l'a dit (par ex. N. Chardin), les juristes ont peut-être dénaturé le concept philosophique d'autonomie de l'être humain. Les doctrines sur l'autonomie de la volonté se développent en un temps où l'on considère l'individu comme un être pouvant choisir librement ce qu'il fait, et le contrat de travail est conçu au départ – nous sommes au début du XIXème siècle – comme résultant d'un accord de volontés entre des personnes se situant sur un plan de stricte égalité.

Et si sur un plan théorique cela se tenait parfaitement les auteurs ont ignoré les conditionnements de tous ordres, notamment économiques et sociaux, rendant souvent purement théorique l'autonomie de la volonté. Il suffit de penser au contrat de travail tel qu'il a été pensé et appliqué durant le XIXème siècle et durant une partie du XXème siècle.

Et il étonnant – et dramatique au regard de l'histoire – de constater que le législateur français croit en 1791 délier l'individu des chaînes qui le retenaient en supprimant les corporations, mais en interdisant également, et dans le même temps, les regroupements quels qu'ils fussent, car attentatoires à la liberté de l'individu, alors que la révolution industrielle va survenir, qui va mettre cet individu dans une position d'inégalité flagrante.

Comment a-t-on pu ne pas voir, au moins quelques années après, que l'on plaçait l'individu dans une situation de dépendance à l'égard de son employeur ? Comment imaginer que cet individu isolé ait pu discuter d'égal à égal avec son employeur ? Toute l'histoire nous dit combien il y a eu, effectivement, une véritable « exploitation » des êtres humains, et Marx n'a pu développer son analyse qu'à partir de situations réelles qui se présentaient. Au XIXème siècle cette fiction d'une volonté autonome se traduisant par l'égalité des parties a abouti à l'exploitation des plus faibles par les plus forts.

Du côté du droit privé, la liberté contractuelle, magnifiée à travers le consensualisme, n'est pas comparable aujourd'hui à ce qu'elle fut, ou plutôt à ce que l'on dit qu'elle fut. Au milieu du XXème siècle, un grand juriste, M. Waline, soulignait que « le 19<sup>ème</sup> et surtout le 20<sup>ème</sup> siècles ont été marqués (...) par toute une série de reculs

considérables de la liberté contractuelle, et *a fortiori* de l'autonomie de la volonté ». Les contrats dits d'adhésion – ce qui dit bien ce que cela veut dire – se sont multipliés, qu'il s'agisse du droit du travail, du droit de la consommation ou encore du droit de la santé. Nous passons en permanence des contrats dans lesquels notre liberté n'a que bien peu de possibilités de s'exercer.

Si l'on prend par exemple aujourd'hui les consommateurs que nous sommes, quelle est notre liberté contractuelle lorsque nous achetons par exemple un véhicule, ou tout autre objet ? Imaginons la tête d'un vendeur auquel nous demanderions de modifier telle ou telle clause de la convention (écrite bien entendu en minuscules caractères, sans doute par souci écologique de ne pas gaspiller de papier ...).

D'autre part, ne pas vouloir reconnaître que les personnes publiques pouvaient faire preuve d'une certaine « volonté » procédait sans doute, comme l'ont dit d'autres auteurs, d'une analyse erronée. Parlant des compétences des collectivités locales, Bonnard (qui était un fin juriste) faisait observer que si l'on admet que les collectivités territoriales disposent de certaines compétences, alors il faut en déduire qu'elles ne peuvent être entièrement liées. Elles conservent, disait-il, une certaine liberté, celle, en particulier, d'agir ou de ne pas agir, de passer un acte juridique ou de ne pas le faire. « Le législateur ne peut pas lier les compétences dans toute leur étendue et sur tous les points en décidant à l'avance et d'une façon générale, en dehors de tout cas concret, quelle décision doit être prise, parce qu'il ne lui est pas possible d'envisager tous les éléments de l'opportunité d'une décision » (R. Bonnard, *Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir*, RDP 1923, p. 365).

S. Nicinski fait valoir que l'on ne peut quantifier dans chaque branche du droit les atteintes aux conséquences de l'autonomie de la volonté pour comparer ensuite les résultats obtenus, « car cela reviendrait à tomber dans le piège de la querelle opposant les partisans de la spécificité du régime des contrats administratifs (...) aux anti-autonomistes du droit administratif (...). L'idée est de démontrer que la *raison d'être* d'un contrat administratif s'oppose radicalement au dogme de l'autonomie de la volonté. *Par principe et par théorie*, le contrat administratif est hermétique à ce dogme » (Le dogme de l'autonomie de la volonté dans les contrats administratifs, Mél. Guibal, p. 45 et s., p. 50). L'auteur estime que « Le droit des contrats administratifs reflète (...) l'image d'une construction ambivalente. Il procéderait à la fois d'un droit commun contractuel, dont font partie les conséquences du principe d'autonomie de la volonté, et d'un droit exorbitant, justifiant les prérogatives particulières de l'administration, fondées sur le but d'intérêt général et le lien avec le service public » (p. 58).

## B – La construction d'un ordre juridique commun ?

Plusieurs raisons pourraient tendre à accréditer l'idée que l'on est en présence d'un mouvement ou d'une tendance allant dans le sens d'un ordre juridique commun.

En premier lieu, si une telle tendance pouvait être démontrée, elle ne ferait qu'opérer au fond un retour aux origines. Car les auteurs ne manquent pas de faire valoir qu'au départ il n'y a qu'une seule notion de contrat, les contrats passés par l'administration ne se distinguent pas fondamentalement de ceux conclus par les personnes privées. Ce n'est que progressivement que les traits distinctifs du contrat administratif vont se dessiner, s'accuser, et les commentateurs du début du XXème siècle, tel Jèze, vont développer une théorie des contrats administratifs en insistant sur les différenciations de ces contrats par rapport aux contrats de droit privé. Nous sommes les héritiers de cette réflexion tendant à accuser les différences entre le contrat de droit privé et le contrat de droit public, mais si l'on remonte dans le temps, ce n'est pas ce sentiment qui dominait.

En deuxième lieu, le droit de l'Union européenne n'opère pas les mêmes distinctions que notre droit national, la distinction entre contrats administratifs et contrats privés y est moins marquée, les principes énoncés par ce droit sont communs. Le droit de l'Union vise d'ailleurs les organismes de droit public et non les personnes publiques, avec une absence de coïncidence entre certaines définitions du droit communautaire et les définitions françaises. En particulier, la notion de marchés publics telle qu'elle découle des directives ne coïncide pas avec la définition française des marchés publics, de sorte que nous avons en droit public interne une double définition des marchés publics. Les principes du droit communautaire des contrats s'appliquent également aux personnes publiques, et l'application de ces principes a constitué un changement, voire un bouleversement pour les personnes publiques françaises.

En troisième lieu, les auteurs ont pu faire observer que les différences dans l'exécution du contrat entre contrats administratifs et contrats de droit privé sont également moins importantes qu'on a bien voulu l'affirmer. L'exorbitance affirmée des contrats administratifs vacille : la théorie des sujétions imprévues n'est pas inconnue en droit privé ; la théorie du fait du prince, dont on se plaît à souligner l'originalité, existe bien en droit public, mais avec combien de cas d'application depuis vingt ans ? ; et l'on peut hésiter sur le point de savoir si les clauses dites de *harship* sont la transposition en droit privé de la théorie de l'imprévision, ou l'application en droit public de clauses du droit privé ...

Certains auteurs en déduisent le constat d'une montée du contrat face à la norme unilatérale, voire à un effacement progressif de celle-ci. On peut même « imaginer un ordre juridique commun modernisé (mondialisé ?) où la norme contractuelle serait le principe et la loi, la norme subsidiaire » (P. Terneyre, *Secteur public et concurrence : la convergence des principes*. A propos de la liberté contractuelle, *AJDA* 2007, p. 1906).

Cependant, le droit public français des contrats manifeste des résistances. Une affaire réglée par le Tribunal des conflits montre cette « ambivalence », comme le disent plusieurs auteurs, du droit public des contrats. Un établissement public français, l'Institut national de la santé et de la recherche médicale (INSERM) avait conclu en 1998 avec la fondation Letten F. Saugstad, association de droit norvégien, un acte sous seing privé, dénommé « protocole d'accord » aux termes duquel les parties convenaient de « mettre en commun leurs efforts pour favoriser la réalisation d'un projet de construction d'un pôle de recherche en neurobiologie, appelé Institut méditerranéen de neurobiologie (IMED), centre de recherche Saugstad-INSERM ». Il était prévu par cet accord de construire sur un terrain appartenant à l'Université d'Aix-Marseille un bâtiment destiné à abriter l'IMED, la fondation s'engageant à verser, en trois fois, la somme totale de 25 millions de francs (à l'époque). Et l'acte précisait que si des difficultés apparaissaient dans l'application du protocole d'accord, en l'absence de solution amiable et en cas de vaine médiation, « les parties auront recours à l'arbitrage ».

Des difficultés survinrent effectivement, et l'INSERM assigna la fondation devant le tribunal de grande instance (TGI) de Paris en vue d'obtenir le paiement du solde non réglé par la fondation. Le tribunal ayant accueilli la demande, en appel la cour de Paris infirma le jugement, déclara le tribunal incompétent et renvoya les parties à se pourvoir devant la juridiction arbitrale, sur le fondement de la clause compromissoire stipulée dans le protocole d'accord. Le président du TGI, saisi par l'INSERM en application de cet arrêt, désigna un arbitre, lequel rendit sa sentence en 2007. Il estimait que l'échec des négociations incombait à l'INSERM, déboutait ce dernier de sa demande (portant sur un peu plus de 3,5 millions d'euros) et le condamnait à verser à la fondation une somme d'un peu plus de 300 000 euros. Cette sentence fut revêtue de l'*exequatur* par une ordonnance du 16 mai 2007.

L'affaire ne s'arrêta pas là, car l'INSERM, changeant en quelque sorte « son fusil d'épaule » saisit la cour administrative d'appel de Marseille d'un recours contre la sentence arbitrale pour en demander l'annulation et faire condamner la fondation. Concomitamment, pour faire bonne mesure, l'INSERM saisit la cour d'appel de Paris d'un recours en annulation de la même sentence arbitrale. Ladite cour rejeta le recours en annulation et débouta l'INSERM de ses demandes. L'INSERM intenta alors un recours en

cassation ... Parallèlement, à la suite de la saisine des juridictions administratives le Conseil d'Etat, saisi d'un pourvoi contre l'arrêt de la cour de Marseille, estima que le litige soulevait des difficultés sérieuses de compétence et, par une décision du 31 juillet 2009, renvoya au Tribunal des conflits le soin de régler la question.

L'affaire était assez complexe à régler et soulevait des questions qui dépassent largement le cadre de ce propos. En simplifiant, on peut dire que deux solutions radicalement opposées étaient envisageables. La première, solution traditionnelle du juge administratif, consistait à déterminer la juridiction compétente en fonction de la nature de la nature du contrat ayant donné lieu à l'arbitrage. Dans ses conclusions sur une affaire d'arbitrage le commissaire du gouvernement (qui portait encore ce nom) déclarait : « le recours au mode particulier de règlement juridictionnel des litiges que constitue l'arbitrage n'a ni pour objet ni pour effet de modifier la nature des litiges qui demeurent ce qu'ils sont et ne cessent pas d'être régis par les règles juridiques qui leur sont applicables » (J.-H. Stahl, concl. sur TC 16 octobre 2006, *Caisse centrale de réassurance c/ Mutuelle des architectes français*, Rec. Lebon, p. 639). Cette solution s'applique même dans le cas où la convention initiale revêt un caractère international. En appliquant cette solution, le contrat apparaissait comme administratif puisque l'on avait une personne publique partie au contrat et que le cocontractant participait de manière peu contestable à l'exécution d'un service public.

A cette conception s'en opposait une autre, retenue par le juge judiciaire, consistant à retenir une définition économique de l'arbitrage en excluant toute prise en considération du contrat initial et à consacrer « l'autonomie de la clause compromissoire », la cour de cassation ayant estimé, en application de cette conception, qu'une personne morale de droit public ne pouvait se prévaloir, en matière d'arbitrage international, des dispositions de droit interne prohibant son adhésion à une convention d'arbitrage, la cour de cassation consacrant ainsi « l'existence d'un véritable ordre juridique arbitral, autonome des ordres juridiques étatiques » (M. Guyomar, concl. Sur TC 17 mai 2010, *Institut national de la santé et de la recherche (INSERM) c/ Fondation Letten F. Saugstad*, RFDA 2010, p. 959 et s., p. 961).

Ainsi que l'on peut s'en douter, ce n'est ni l'une ni l'autre de ces deux conceptions que le commissaire du gouvernement (car, rappelons-le, devant le Tribunal des conflits, l'appellation n'a pas été modifiée) a proposée. Ayant d'abord rejeté la solution traditionnelle retenue par le juge administratif car déjà condamnée par une jurisprudence précédente, il rejetait également la solution retenue par la juridiction judiciaire, et c'est sur ce point qu'il nous intéresse pour la question de la liberté contractuelle. Il a déclaré en effet : « La totale autonomie reconnue aux parties comme à l'arbitre pour déterminer

la règle applicable au litige qui oppose les premiers et qui est soumis au second n'est en effet pas compatible avec l'une des caractéristiques essentielles des personnes publiques qui réside précisément dans l'absence, en ce qui les concerne, de complète autonomie de la volonté. Les personnes publiques sont en effet impérativement soumises, eu égard à leur qualité, au respect, dans l'intérêt général, d'un certain nombre de règles qui traduisent autant de sujétions qui pèsent sur elles, sujétions qui, pour la plupart, constituent l'écho d'exigences de valeur constitutionnelle tels notamment le principe les principes d'égalité devant les charges publiques ou de continuité du service public ».

## **2 – L'irréductibilité des règles relatives aux personnes publiques**

La question n'est certainement plus, aujourd'hui, de savoir s'il existe une liberté contractuelle des personnes publiques, puisque cette liberté a été consacrée. Ce n'est pas plus la question de la valeur juridique de cette liberté, question qui, au fond, n'a pas une importance fondamentale. Ce qui est à voir, et que l'on a peut-être tendance à oublier ou à gommer quelque peu, à notre époque, c'est le fait qu'il existe une spécificité des personnes publiques qu'il n'est au pouvoir de personne de supprimer. Par leur nature (et non, une fois de plus, *par nature*) les personnes publiques présentent une spécificité qui entraîne inéluctablement l'application d'un régime juridique particulier.

### **A – La spécificité de la nature des personnes publiques**

Les personnes publiques présentent une spécificité par leur nature. Quoi que l'on dise ou que l'on prétende, les personnes publiques ne peuvent être ramenées sur le même plan que les personnes privées. Dans le système ouvert qui est désormais le nôtre, notamment sous l'influence européenne, certains sont tentés de minimiser, voire de faire abstraction de toute spécificité des personnes publiques. Certes les personnes publiques sont soumises comme les personnes privées au droit de la concurrence, elles peuvent être candidates, en retour, à des marchés ouverts par d'autres personnes publiques, elles sont soumises aux principes de mise en concurrence et de publicité. Des auteurs (privatistes, commercialistes en particulier) parlent d'un droit de la concurrence unifié, dans lequel il n'y aurait pas lieu ou plus lieu de distinguer entre les personnes publiques et les personnes privées. Cela reviendrait, d'ailleurs, comme le pensent ou le souhaitent des commercialistes français, à faire du droit public de la concurrence une annexe ou un appendice du droit de la concurrence, privé par définition. Le débat est ouvert sur l'avenir ou le devenir du droit public de la concurrence ...

Or cette présentation est cependant non seulement réductrice mais inexacte parce que les personnes publiques ne peuvent pas être entièrement assimilées aux personnes privées, et tant qu'il existera cette forme d'organisation humaine qu'est l'Etat il ne sera probablement au pouvoir de personne d'annihiler les spécificités des personnes publiques.

Ces spécificités tiennent profondément au fait que les personnes publiques sont conditionnées par une finalité qui est en même temps leur raison d'être. Cette finalité c'est la satisfaction de l'intérêt public, que l'on appelle souvent l'intérêt général. Certes, les personnes privées peuvent aussi poursuivre l'intérêt général. Mais, dans la conception française, il existe une différence radicale entre les personnes privées et les personnes publiques : les premières peuvent certes poursuivre *un* intérêt général mais, d'une part, ce n'est le cas qu'à partir du moment où une personne publique, ou bien le juge, a reconnu qu'il en était bien ainsi, a validé en quelque sorte la nature d'intérêt public de l'activité poursuivie ; d'autre part, la personne privée peut toujours décider (en respectant naturellement certaines formes ou formalités) de cesser de poursuivre l'intérêt général, elle peut choisir de poursuivre une autre finalité. Au fond elle peut passer du désintéressement à l'intérêt personnel, pour des motifs qui ne tiennent qu'à elle.

La personne publique, elle, ne le peut jamais, elle ne peut *que* poursuivre l'intérêt général, elle n'a pas d'autres choix. Elle se dénature en poursuivant d'autres finalités que l'intérêt public. Le détournement de pouvoir en est une application contentieuse : l'administration voit son acte annulé si le but poursuivi est un but autre que l'intérêt public, et la jurisprudence est même exigeante puisque la personne publique ne peut – sous réserve d'atténuations, d'assouplissements, qui ont dû nécessairement être apportés – poursuivre que l'intérêt public qui lui était assigné, elle ne peut poursuivre un autre intérêt public (comme l'on peut s'en douter, c'est l'intérêt *exclusivement* financier qui est visé, la personne publique ne pouvant uniquement poursuivre cet intérêt, quelque légitime qu'il soit).

Cette observation incite à revenir sur la « volonté » des personnes publiques. Les réticences à l'égard de l'autonomie de volonté de ces personnes ont paru pouvoir être surmontées à notre époque. Mais elles reposaient sur une véritable difficulté, que l'on ne peut ranger aujourd'hui au magasin des accessoires démodés.

Car si l'on peut admettre cette notion de volonté, il faut considérer qu'elle ne présente pas les mêmes caractéristiques que la volonté d'une personne privée. La volonté d'une personne physique, qui est à la base de tout le droit privé, tient à la reconnaissance préalable d'un sujet que l'on considère comme pouvant se déterminer à

partir de ce qu'il veut ou de ce qu'il souhaite. La source de la volonté est interne au sujet, elle tient à son existence même.

S'agissant des personnes publiques, il n'en est pas de même : l'origine de leur volonté est extérieure à ces personnes, elle leur est donnée, en définitive, soit directement, soit indirectement, par l'Etat. Ce n'est pas une volonté tenant à leur être même qu'elles peuvent faire valoir, elles ne peuvent trouver en elles-mêmes la source de cette volonté. C'est en ce sens qu'un auteur peut affirmer que les personnes publiques sont « entièrement objectivées par le droit » (E. Picard, *La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ?*, AJDA 1998 p. 663). Peut-on même dire qu'elles ont une volonté ? Ne serait-il pas plus exact de parler, comme le faisait M. Waline, d'« habilitation » ?

## B – L'application d'un régime juridique particulier

Ce régime juridique spécifique se manifeste à travers les droits et obligations des personnes publiques qui contractent et, sur ce point également, il convient d'éviter une vision trop rapide de la situation. Une double erreur, ou un double excès, doit être évité.

La première erreur serait de s'en tenir trop strictement à la présentation traditionnelle, avec ces droits et obligations que l'on qualifie ou que l'on qualifiait d'exorbitants du droit commun. Il convient d'observer d'ailleurs que dans le cadre de ce régime juridique qui était largement jurisprudentiel le juge veillait à établir un équilibre entre les droits et les obligations de la puissance publique. Les pouvoirs exorbitants reconnus à l'administration, parmi lesquels le célèbre pouvoir de modification unilatérale du contrat, qui fit couler tant d'encre, étaient compensés ou contrebalancés par des obligations tout aussi exorbitantes et qui portent des noms qui prêtent un peu à la rêverie, comme le célèbre fait du prince.

Sans doute a-t-on trop majoré cette exorbitance, peut-être même a-t-on fantasmé sur ces pouvoirs exorbitants et ces obligations exorbitantes. Après tout, le pouvoir de modification unilatérale, d'une part, n'est pas aussi général qu'on l'a quelquefois prétendu, il est étroitement encadré et contrôlé par le juge, d'autre part, concrètement, il est rarement utilisé par l'administration. Du côté des obligations, l'exorbitance est également limitée. Le fait du prince est certes invoqué par les requérants, mais il n'est pratiquement jamais retenu par le juge, et c'est en vain que l'on pourrait trouver, depuis plusieurs années, un exemple de fait du prince. Et même si plusieurs facteurs sont susceptibles d'expliquer cette quasi-disparition, notamment le fait que les requérants

disposent aujourd'hui d'autres moyens pour obtenir satisfaction, cette notion si symbolique paraît devoir être reléguée au magasin des antiquités.

De cet excès d'honneur reconnu à l'exorbitance du régime juridique des contrats administratifs on risque de tomber dans l'excès d'indignité. Toutes ces règles protectrices de l'administration en même temps que contraignantes pour elles sont volontiers considérées comme dépassées ou désuètes. Le règne de la concurrence est arrivé, les personnes publiques sont contraintes comme les personnes privées de se soumettre à ces règles. La preuve, dit-on, c'est que les principes traditionnels qui commandaient le régime juridique de ces contrats cèdent peu à peu devant les nouvelles règles issues du droit communautaire. La preuve aussi, ajoute-t-on encore, c'est que les îlots de particularités se réduisent progressivement : les principes du domaine public qui confortaient ces régimes d'exception des contrats s'effacent peu à peu, ou voient leur portée traditionnelle considérablement atténuée.

Mais l'atténuation de ces caractéristiques ne signifie pas leur suppression, pas plus qu'elle ne signifie la suppression de la spécificité de la nature des personnes publiques en droit français. Que l'on ne puisse plus s'appuyer sans discussions, comme on le faisait auparavant, sur ces particularités pour en déduire une radicale différence avec les contrats de droit privé est une chose, l'affirmation d'une disparition de cette spécificité en est une autre, qui ne correspond pas à l'état du droit. Le tableau est moins net qu'auparavant, les lignes ne sont plus aussi visibles, elles n'ont pas disparu.

Que voit-on, en définitive, ou qu'avons-nous vu ? D'une part, comme devant un tableau impressionniste, tout dépend si l'on regarde de loin ou de près. De loin, les choses sont simples, la liberté contractuelle est reconnue, on peut passer à autre chose. De près la liberté contractuelle est beaucoup moins nette, elle tend à devenir parfois indistincte, voire à disparaître. D'autre part, comme devant un tableau cubiste, où l'œuvre reflète simultanément plusieurs points de vue, la liberté contractuelle peut être vue sous des angles différents, les uns voyant la dimension « liberté, les autres la dimension « exorbitance », d'autres encore les obligations nouvelles qui pèsent sur les personnes publiques. Mais tout est vrai en même temps : la liberté contractuelle est à l'image de notre monde, avec des facettes multiples qui peuvent paraître contradictoires.





## VARIATIONS SUR LES INTERVENTIONS CULTURELLES DES COLLECTIVITÉS PUBLIQUES

par Jean-Marie Pontier

*Professeur à l'Université d'Aix-Marseille*

Toute personne qui veut parler de culture se heurte immédiatement à trois difficultés, qui ne cessent de brouiller en permanence le débat, qui le « polluent » comme on est tenté de le dire de nos jours sous l'influence des préoccupations environnementales. La première est largement connue, ce qui ne veut pas dire qu'elle soit pour autant aisée à surmonter, c'est celle de la définition de ce que l'on entend par culture. Habituellement, lorsque l'on parle d'un objet, au sens le plus large du terme, on commence à le définir pour éviter les malentendus – qui naissent si facilement dans un débat – afin d'être le plus rigoureux qu'il se peut être dans l'énoncé du discours. Avec la culture la difficulté devient une aporie parce que chacun a à l'esprit des images, des idées, qui déterminent sa conception de la culture et la définition de celle-ci.

A supposer que l'on se mette d'accord, même *a minima*, sur la culture, le débat est toujours très difficile, les « dialogues de sourds » fréquents, pour la simple raison que la passion prend facilement le pas sur l'argumentation. Et s'il en est ainsi c'est que chacun peut avoir une idée sur la culture : si beaucoup hésiteront à parler mécanique quantique (la culture scientifique étant, cependant, une forme de culture, qui attire beaucoup trop peu) de crainte de dire des choses totalement fausses et ridicules, en revanche, sur le plan culturel il est possible à tout citoyen d'avoir des idées, et même des *a priori* sur la culture, l'action culturelle, sur ce qui peut être fait et ce qui doit être fait.

Une troisième difficulté tient (évidemment, et c'est un peu pour cela que ces lignes sont écrites) aux rôles que peuvent, que doivent (selon certains) avoir les personnes publiques, spécialement l'Etat, parce que ce dernier occupe depuis bien longtemps dans notre pays une place particulière. Tout le monde est d'accord pour dire que la culture est d'abord une affaire individuelle, mais certains ajoutent immédiatement que pour cela encore faut-il que les individus soient en mesure de pouvoir effectuer un choix, de savoir ce qu'ils peuvent faire pour se « cultiver », au sens traditionnel du terme, ce qui renvoie immédiatement à un rôle des personnes publiques.

Les difficultés qui viennent d'être indiquées sont redoublées pour le juriste. Car, tout d'abord, si la définition de la culture ne fait pas l'unanimité (c'est ce que l'on appelle

un euphémisme), combien plus le juriste est-il démuni, désarmé, face à la culture. En effet, il n'existe pas, encore moins, est-on tenté de dire, de définition juridique de la culture, que de définition générale. Le juriste ne peut proposer une définition de la culture, il prend celles qui lui sont données par la loi, ou les autres textes qui ont une valeur normative, à supposer que ces définitions soient données ....

Mais il arrive que les textes soient imprécis, vagues, que l'on ne puisse pas en tirer directement une application si l'on ne précise pas ce que signifient les termes utilisés. Et c'est pourquoi le juge est conduit *volens nolens* à s'interroger sur ce qu'est une activité culturelle, ou une activité d'animation culturelle, sans parler de cette question encore plus connue, et à laquelle le juge a dû répondre au cours de l'histoire, qui est de savoir si une activité déterminée (ou un contrat relatif à une activité) est une activité de service public, et de service public culturel. Il est étonnant d'observer qu'en 2010 certains non juristes s'étonnent encore, parfois avec ironie, du fait que le juge pourrait être amené à dire ce qui est culturel et ce qui ne l'est pas, alors que cela fait bien longtemps que le juge administratif se prononce sur la nature culturelle ou non culturelle d'une activité, parce qu'il ne peut pas ne pas le faire, compte tenu des textes et de la situation. Il est toujours possible de ne pas partager l'analyse faite par le juge, et certaines décisions comportent effectivement des faiblesses et sont extrêmement critiquables.

Enfin le juriste rencontre toujours une difficulté particulière, celle de la nécessaire extériorité, qui n'est pas toujours bien comprise par les non juristes, par rapport à la question qu'il traite. Le juriste peut avoir des convictions personnelles, mais qui doivent interférer le moins possible avec l'analyse qu'il est conduit à faire d'un problème, d'une situation. Il est toujours quelque part à la fois dedans et dehors, cherchant à raisonner en ramenant une question qui n'est pas juridique sur le fond, celle de la culture, à des éléments connus, peu ou moins contestables. C'est là un travail toujours délicat car les conceptions que nous avons, surtout dans ce domaine de la culture, peuvent influencer, presque à notre insu, les réponses que nous sommes tentés d'apporter.

Ces précautions préalables sont indispensables pour parler des interventions culturelles des collectivités publiques. La manière d'appréhender ces interventions culturelles s'est profondément modifiée au cours du temps, mais des contraintes de divers ordres pèsent sur les choix à effectuer.

## **I – UNE PROBLÉMATIQUE RENOUVELÉE DES ACTIVITÉS CULTURELLES**

La problématique des interventions culturelles, notamment par rapport aux personnes publiques, a été renouvelée par une évolution qui a conduit à poser

nécessairement la question de la place des personnes publiques, ce qui inclut l'Etat mais également les collectivités que l'on a appelées longtemps locales.

## **1 – Des interventions culturelles aux politiques culturelles**

L'histoire de France est assez particulière, sur le plan culturel, elle a fait passer notre pays, sous l'influence de plusieurs facteurs, d'une situation dans laquelle il y avait des interventions culturelles, mais ponctuelles, à une véritable politique culturelle.

A – La double tradition française de l'intervention et de l'absence de véritable politique culturelle

On oppose volontiers la France, ainsi que, dans une moindre mesure, d'autres pays « latins », aux pays anglo-saxons, ces derniers étant traditionnellement méfiants à l'égard de l'Etat, et l'étant largement demeurés, alors que la France, à l'inverse, reconnaît depuis longtemps un rôle essentiel, voire prépondérant, à l'Etat. Ceci vaut sans doute encore plus dans le domaine culturel que dans les autres domaines.

Dans le passé, avant le vingtième siècle, pour rester très général, il n'existe pas de politique culturelle à proprement parler, même si certains exemples, tels celui de Louis XIV, peuvent fasciner à bien des égards, et donner l'impression, ou l'illusion, qu'il existait une politique culturelle. En fait, il y a bien eu des interventions culturelles, mais pas vraiment de politique culturelle.

Les interventions culturelles n'ont pas manqué dans le passé. Avant qu'il n'y ait des Etats, toute l'Europe (occidentale) a connu une longue période durant laquelle les interventions culturelles étaient celles de l'Eglise, qui régentait ce domaine comme les autres. Il s'agissait alors, durant cette Première Renaissance qui commence au XIIème siècle (et même, pour certains historiens, au Xème siècle), à travers les différentes formes d'art, en particulier l'architecture, mais aussi la musique (V. par exemple l'œuvre musicale, enfin redécouverte et mise à l'honneur, de Hildegarde de Bingen, laquelle a écrit également des textes très étonnants) de glorifier Dieu. Dans un second temps, avec la Renaissance du XVIème, les œuvres ont servi à célébrer les princes, les êtres humains.

Il n'existait pas de grandes différences entre les Etats parce qu'il n'existait pas d'Etat. L'une des originalités de l'histoire française est celle d'une naissance de l'Etat avant sans doute les autres pays. L'histoire de France que tout Français a apprise à l'école primaire est celle de rois qui, patiemment, vont asseoir leur pouvoir, en

s'opposant aux princes, aux féodaux et au pouvoir temporel du pape. Ce résumé schématique a quelque chose de vrai, les monarques vont chercher à se glorifier en utilisant le moyen qu'utilisait l'Eglise, l'art, ils vont eux aussi chercher à régenter l'art, à passer des commandes. La gloire d'un règne se mesurait non seulement aux batailles gagnées, mais également à l'éclat artistique. Et c'est ainsi qu'en France le pouvoir politique a pris très tôt l'habitude d'intervenir en matière culturelle.

Tout cela ne fait pas pour autant une politique. Ce qui était demandé aux artistes était la glorification d'un monarque, non l'édification ou la formation d'une population. Les artistes pouvaient, selon les monarques en place, avoir plus ou moins de liberté, être plus ou moins récompensés, mais l'on chercherait en vain une réflexion sur ce que l'art peut apporter. Et il faut d'ailleurs ajouter que le terme de culture n'a acquis comme sens premier, celui que nous lui donnons aujourd'hui, que récemment : jusqu'au début du vingtième siècle il désigne seulement, ou principalement, les champs (il suffit de lire la définition qu'en donne Littré pour s'en convaincre).

## B – Les facteurs du changement

Pourquoi s'interroge-t-on aujourd'hui sur le rôle qu'ont ou que devraient avoir les collectivités publiques en matière de culture ? Parce que cette intervention est apparue comme étant non seulement légitime mais nécessaire. Les raisons du changement sont multiples, on ne peut isoler un seul facteur qui aurait seul joué en ce sens.

L'un des facteurs déterminants est de manière non contestée la transformation des Etats (et pas seulement de la France) à partir surtout du début Vingtième, c'est-à-dire l'avènement de ce qui est appelé, selon une image qui est devenue un cliché, « l'Etat Providence ». On a à peu près tout dit sur ce dernier, mais les précisions suivantes peuvent être données sur le plan culturel.

En premier lieu, s'agissant de la France, le passage à cet Etat Providence a été d'autant plus facile qu'il s'appuyait sur des interventions passées, même si celles-ci étaient ponctuelles. En d'autres termes l'Etat Providence est apparu peut-être plus « naturel » aux Français qu'à d'autres peuples (même si la notion d'Etat providence a été développée en Grande-Bretagne avant qu'elle ne le soit en France). Ensuite, et de manière très marquée dans notre pays, ceci s'est traduit par l'énoncé de « droits créances » et, notamment, l'affirmation de ce que l'on appelle « droit de la culture » inscrit dans le Préambule de 1946 dont il est inutile d'insister, aujourd'hui, sur la reconnaissance de sa valeur juridique, et d'une valeur juridique qui est la plus élevée que

l'on puisse trouver dans la hiérarchie des normes juridiques, puisqu'il s'agit de la valeur constitutionnelle.

L'affirmation de ce « droit à la culture » illustre bien l'une des problématiques de l'intervention culturelle aujourd'hui, en ce sens qu'il existe un contraste très fort entre ce que le Constituant de 1946 a mis dans cette disposition et ce que l'on veut en tirer actuellement. En 1946, que l'on prenne d'ailleurs le projet d'avril ou la constitution qui a été en définitive adoptée, celle du 27 octobre 1946, la lecture des débats des deux constituantes montre que la préoccupation principale n'était pas du tout la culture, le terme « culture », dans la première phrase de l'alinéa 13 du Préambule, n'apparaît qu'à la fin de la discussion parlementaire, il est adopté sans discussion. Car ce qui intéressait le constituant, c'était l'école, la laïcité, ce n'était pas la culture.

Aujourd'hui l'intervention de l'Etat est souvent demandée au nom de ce fameux « droit à la culture » et il y a là un malentendu car l'intention du constituant n'était pas de conférer à l'Etat le rôle qui lui est demandé de nos jours. On peut toujours répondre que l'on peut tirer d'autres implications que ce à quoi l'on avait pensé en 1946, mais il faut tout de même observer que si une extension de sens a été consacrée pour d'autres domaines le Conseil constitutionnel ne l'a pas fait pour le domaine de la culture. On en revient à cette ambiguïté qui paraît consubstantielle à la culture.

Des facteurs politiques ou idéologiques ont joué. Déjà, au moment de la Révolution, certains veulent faire de l'art un instrument d'éducation du peuple, et cette période est caractéristique encore de l'ambivalence du comportement des pouvoirs publics avec, à la fois, un vandalisme quasiment d'Etat, la destruction d'institutions culturelles issues du passé, et la volonté de mettre en place une politique culturelle, même si celle-ci n'est pas qualifiée (et ne peut être qualifiée) comme telle. Beaucoup plus tard le Front populaire, puis la période de l'après-guerre, seront propices à l'affirmation d'un rôle de l'Etat en la matière.

## **2 – Les activités culturelles et les personnes publiques**

Il a été seulement question jusque-là de l'Etat. Ce n'est pas que les collectivités locales ne soient pas intervenues, qu'il n'y ait rien eu de fait : dans certains domaines – et l'on peut citer notamment le cas des écoles de musique ou des écoles de peinture – les communes sont intervenues en un temps où l'Etat ne le faisait pas, elles ont pallié, au début du vingtième siècle, l'absence d'intervention de l'Etat, qui se bornait à « cautionner » les interventions locales en attribuant des labels (« école nationale de musique », ce qui a entraîné jusqu'en 2006 une confusion, puisque ces écoles étaient

communales) et, naturellement, en attribuant des subventions. Mais officiellement, dans les textes, comme dans les discours de tous ordres tenus sur ce sujet, il n'y avait que l'Etat, celui-ci concentrant en quelque sorte toutes les attentes. Tout cela a changé, les collectivités territoriales sont devenues des acteurs majeurs reconnus en tant que tels, avec une diversification des interventions et des modalités d'intervention.

#### A – Le partage des compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales

Il convient de partir du partage des compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales, car ce partage est une donnée essentielle de la décentralisation territoriale : il ne peut y avoir de véritable décentralisation que si des compétences sont reconnues à des personnes autres que l'Etat, et cette reconnaissance implique elle-même qu'un partage soit opéré selon un certain nombre de critères. En d'autres termes, quel que soit le discours que l'on tienne sur les interventions culturelles de l'Etat et des collectivités territoriales, quelle que soit l'appréciation que l'on porte, il faut partir de cette répartition des compétences. Celle-ci appelle un certain nombre d'observations.

Tout d'abord la détermination des compétences est un problème qui relève du droit : énoncée brutalement, et en termes non juridiques, la question est de savoir « qui fait quoi ». Cette détermination des compétences respectives des personnes publiques dans un Etat tel que la France résulte d'un certain nombre de normes. Il n'est pas indifférent de relever que, jusqu'à une période récente, ces normes étaient représentées presque exclusivement par la loi : on ne trouvait que très peu de dispositions constitutionnelles relatives aux collectivités territoriales. Cela tient à la conception de la loi qui fut longtemps la nôtre, la loi conçue, sinon comme la norme suprême, tout au moins comme la norme incontestable, parce que expression d'une « volonté générale » qui ne pouvait se tromper. Sous la Cinquième République, avec la jurisprudence du Conseil constitutionnel, avec, aussi, les réformes constitutionnelles intervenues – notamment en 2003 – les normes constitutionnelles relatives aux collectivités territoriales sont devenues beaucoup plus nombreuses. La plupart, cependant, et assez logiquement (sauf à allonger considérablement la Constitution) ne portent pas sur les compétences.

Ensuite, il est également clair, et une partie du malentendu résulte de ce phénomène, que la répartition des compétences, dans quelque domaine que ce soit, ne rend pas intégralement compte des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales, ni des interventions des différentes personnes. Deux phénomènes sont susceptibles d'affecter cette répartition des compétences.

Le premier est la différenciation entre les compétences théoriquement reconnues à des collectivités et les interventions de ces collectivités. Les interventions réellement engagées par les collectivités territoriales ne correspondent pas entièrement à ce qui est prévu par les dispositions de répartition des compétences. Plusieurs raisons peuvent l'expliquer. D'une manière générale, les interventions vont au-delà des compétences parce que l'Etat comme les collectivités territoriales y trouvent un intérêt : comment, pour une autorité locale, ne pas intervenir, même si un texte ne fonde pas une compétence précise, alors qu'une demande s'exprime, celle des citoyens, et qu'une incitation se manifeste, celle de l'Etat ?

Les contrats de plan Etat-régions (CPER), devenus contrats de projets Etat-régions (CPER) sont l'illustration la plus marquante de cette absence de respect des compétences telles qu'elles résultent des textes : les collectivités territoriales, et pas seulement les régions, interviennent dans pratiquement tous les domaines, y compris des domaines dont on ne penserait pas, *a priori*, qu'ils puissent donner lieu à intervention des collectivités territoriales. Cela est encore plus vrai pour la culture que pour les autres domaines, et c'est là une seconde raison de la non coïncidence entre les compétences théoriques et les interventions des collectivités : les textes, en matière culturelle, ont été (c'est beaucoup moins vrai aujourd'hui) si vagues, si peu nombreux, que l'intervention locale en matière culturelle était légitimée de ce fait dans à peu près n'importe quel domaine de la culture.

Un autre phénomène affecte la répartition des compétences, c'est – de manière quasi obligée – la répartition des charges ou, si l'on préfère, la répartition des financements. L'exposé du problème est aussi simple que sa solution est compliquée. L'exposé théorique est le suivant : la collectivité qui se voit reconnaître une compétence doit supporter les charges afférentes à l'exercice de cette compétence. Mais il n'en est que rarement ainsi, pour ne pas dire jamais.

Une première raison pour laquelle la répartition des compétences et la répartition des charges ne coïncident pas tient à ce qui a été expliqué auparavant, à savoir l'absence d'une définition claire des compétences respectives : pour qu'il y ait coïncidence, il faudrait que le partage des compétences soit parfaitement clair, comme ce n'est pas le cas la répartition des charges est toujours contestable.

Une autre raison est le fait que même lorsque l'on peut identifier assez clairement une compétence, qu'elle relève de l'Etat ou d'une collectivité territoriale, la collectivité compétente est portée à demander à d'autres collectivités des contributions ou des aides.

C'est ce que l'on a observé depuis longtemps et que l'on a qualifié de financements croisés, cofinancement ou financements conjoints. Il est de bon ton, aujourd'hui, de

dénoncer ces financements croisés, d'en dire le plus de mal possible, les pouvoirs publics eux-mêmes déclarent vouloir les faire disparaître. Tout ceci comporte une bonne dose d'hypocrisie parce que, en réalité, tout le monde trouve un intérêt, malgré leurs inconvénients réels, à ces financements croisés. Pour cette raison on peut douter, quelle que soit par ailleurs la (bonne ?) volonté du législateur, que l'on parvienne à supprimer ces financements croisés. Pour autant on peut mieux les encadrer car lorsqu'il existe jusqu'à sept ou huit sources de financements, il est évident que cela complique beaucoup les choses et que, au surplus, la défaillance de l'une d'elles peut entraîner l'échec du projet.

Toutes ces observations s'appliquent particulièrement à la culture, domaine particulièrement complexe et fragile. Il n'est guère étonnant que des polémiques naissent régulièrement en ce qui concerne les interventions culturelles et que, notamment, l'Etat soit accusé de se désengager – ce qui n'induit en rien la véracité ou la fausseté de ce point de vue, la question sera reprise plus loin – car l'on peut discuter effectivement longuement du point de savoir quelle collectivité doit intervenir en ce domaine.

Une illustration qui se répète à de nombreux exemplaires en France est le suivant, dont l'affaire *Commune d'Aix-en-Provence*, rendue par le Conseil d'Etat le 6 avril 2007, est parfaitement symptomatique. L'initiative d'une action culturelle – en l'espèce un festival – est, au départ, privée. Les collectivités locales subventionnent l'association qui s'est constituée, puis s'investissent de plus en plus. Parfois elles reprennent l'activité, ou refondent une autre association, plus ou moins « transparente », l'Etat intervient également. Lorsque le festival acquiert une audience qui dépasse le cadre de la collectivité, voire le cadre national, on peut s'interroger sur le rôle des différentes collectivités publiques. La question des modes de gestion se pose alors fréquemment.

## B – La question des modalités d'intervention

La question des modalités d'intervention en matière culturelle, *a priori* simple, ou peu différente de l'intervention dans les autres domaines, se présente en fait de manière un peu particulière en matière culturelle, et s'est quelque peu obscurcie depuis quelques années.

Si l'on ouvre un manuel de droit administratif, on y trouve un tableau assez limpide des modes d'intervention des personnes publiques, ces modalités pouvant s'appliquer, *a priori*, en matière culturelle. Comme dans n'importe quel domaine, la collectivité publique, et une collectivité locale plus spécialement, peut intervenir, soit directement en

prenant en charge l'activité, et l'on a alors la régie, soit en confiant cette activité à un tiers.

Dans la gestion directe, la collectivité prend en charge l'activité et la gère avec ses moyens en personnels, en matériel, et ses moyens financiers. Il faut préciser immédiatement, car c'est l'une des faiblesses du système sur laquelle on va revenir, que l'activité n'apparaît pas, financièrement, en tant que telle, les coûts, comme les recettes, tombent, comme le disent les financiers, dans le « pot commun ».

La gestion déléguée est celle par laquelle la collectivité confie à une autre personne le soin de gérer l'activité. Cette autre personne peut être une personne privée – c'est la solution la plus classique, la plus traditionnelle, avec ce que l'on appelle notamment la concession – mais peut être également, car rien ne l'interdit, une autre personne publique, avec différents cas de figure qui vont de la gestion par un établissement public à la gestion confiée à une autre collectivité territoriale.

Le choix du mode de gestion d'une activité dépend d'une multiplicité de facteurs, parmi lesquels, notamment figurent, d'une part, l'attribution ou non de la compétence, s'agissant de cette activité, à la collectivité, d'autre part, de l'importance de l'activité.

Sur le premier point, il faut tenir compte aujourd'hui, non seulement de la répartition entre l'Etat et les collectivités territoriales, mais également de la répartition entre les collectivités territoriales (communes, départements, régions) et, de plus en plus, de la répartition entre les communes et les établissements publics de coopération intercommunale (EPCI). La difficulté signalée précédemment de savoir quelle est la collectivité compétente est accentuée, dans les relations entre les communes et les EPCI, par le fait que non seulement la répartition des compétences culturelles (et des autres également) varie selon que l'établissement de coopération est un syndicat (syndicat à vocation unique ou, plus fréquemment, syndicat intercommunal à vocation multiple, SIVOM) ou une communauté (avec des variantes selon qu'il s'agit d'une communauté de communes, d'une communauté d'agglomération ou d'une communauté urbaine), mais également par le fait que, conventionnellement, les communes peuvent (dans certains cas) transférer d'autres compétences, notamment culturelles, et peuvent également, sans transférer de compétences, confier la gestion d'un établissement culturel à l'EPCI.

Le second point est relatif à l'importance de l'activité, ou le « poids de l'histoire ». Ainsi, un certain nombre de communes (elles y ont été encouragées) disposent d'une bibliothèque. Dans beaucoup de communes de petite taille, il paraît évident que le meilleur mode de gestion est la gestion directe, parce que l'activité est trop peu importante, à tous égards, pour justifier une structure distincte, qui serait beaucoup trop lourde.

C'est un peu l'inverse pour le théâtre : celui-ci exige des investissements lourds et entraîne des coûts de fonctionnement toujours très élevés. La gestion directe par la collectivité est plutôt à déconseiller, car trop hasardeuse, la commune n'ayant généralement pas, quelle que soient les bonnes volontés, les compétences techniques nécessaires. La solution traditionnelle était la concession. Les exemples de reprise de concession par des communes de taille modeste (15 000, 20 000 habitants) a le plus souvent donné de mauvais résultats.

A plus forte raison en est-il pour les opéras où subsistent encore, pour des raisons non juridiques, des modes de gestion parfois directs. La gestion directe n'est pas une bonne solution, pour la raison simple qu'elle ne permet pas de se rendre compte des résultats, du fait de l'indifférenciation des recettes comme des dépenses, sauf à faire appel à ce que le législateur a appelé un peu bizarrement régies locales personnalisées, ces « régies » n'en étant pas au sens classique que l'on a rappelé ci-dessus et ressemblant plutôt à des établissements publics (c'est pourquoi, d'ailleurs, et finalement, ce législateur s'est résolu à qualifier ces régies personnalisées d'établissements publics dans la loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités des collectivités territoriales).

L'établissement public est apparu longtemps comme une solution quasi idéale (et la formule de l'établissement public est effectivement une formule pratique que ne connaissent pas de nombreux pays) : c'est une gestion déléguée, puisque la collectivité ne gère pas directement, mais l'on reste dans le cadre du droit public, rassurant par sa présomption d'expression de l'intérêt général.

Mais là a été, précisément et historiquement, le problème : l'établissement public (administratif) c'est le droit public, avec toutes les règles qui en découlent notamment les règles, très contraignantes, de la comptabilité publique. Le souci des autorités publiques, locales comme nationales, a été d'échapper à ces règles. Cela est possible par deux voies : soit en gardant la formule de l'établissement public, mais l'établissement public dit à caractère industriel et commercial (sigle bien connu : EPIC), auquel sont applicables, non les règles de droit public (sauf rares exceptions), mais celles du droit privé, soit en recourant à des formules de droit privé. L'EPIC peut être pratique, mais c'est une formule lourde, qui est utilisée par l'Etat pour de grandes institutions culturelles, mais qui est peu utilisée par les collectivités territoriales pour cette raison. C'est pourquoi ces collectivités recourent à des formules de droit privé, la formule type ou idéale étant celle de l'association.

Les pouvoirs publics, conscients ou alertés des difficultés soulevées par ces formules traditionnelles, ont bien tenté de prévoir des formules adaptées, avec, en

particulier, la formule de l'établissement public de coopération culturelle (EPCC) créé par une loi du 4 janvier 2002. Cette formule, utile, n'a pas, pour des raisons diverses, séduit autant que cela était escompté, même si, progressivement, un certain nombre d'activités culturelles passent en EPCC. Ainsi l'on voit notamment des activités de mise en valeur du patrimoine être organisées sous forme d'EPCC : tel département va créer un EPCC pour gérer et mettre en valeur plusieurs immeubles (châteaux par exemple) dont il s'est rendu acquéreur. Des activités du spectacle vivant, tel l'opéra, justifient également la création d'un EPCC.

Résumons en quelques mots la situation des interventions culturelles dans l'action des collectivités publiques. 1- La culture n'est pas tout à fait une activité comme les autres, elle est fragile et a besoin de l'appui des pouvoirs publics ; 2- Les formules de droit public sont peu adaptées, malgré les efforts qui ont été faits en ce sens, la plupart des activités culturelles se déroulent sous forme de droit privé ; 3- De ce fait, l'intervention des personnes publiques prend une forme privilégiée, celle du subventionnement ; 4- La question, qui se démultiplie, devient alors celle des subventions : sont-elles suffisantes ? Sont-elles bien attribuées, bien réparties ?

C'est sur la question des subventions que porte l'essentiel du débat sur le désengagement ou pas de l'Etat, voire de « l'abandon » de la culture par ce dernier. Si l'on se place sur le terrain non juridique, il y a peu à dire, car c'est alors affaire d'option politique ou/et philosophique. Signalons d'ailleurs à ce propos, d'abord qu'il est toujours difficile d'avoir une idée précise du montant des dépenses culturelles (pour la raison indiquée en introduction relativement à l'imprécision de ce qu'est la culture), ensuite que le débat sur le « 1% » (ce 1% représentant le pourcentage sur lequel on a beaucoup glosé et qui devrait, selon certains être celui du ministère de la culture par rapport au budget de l'Etat) n'a pas grande signification (en dehors de sa signification politique) dans la mesure où (fort heureusement) le budget du ministère de la culture ne représente qu'une partie du budget culturel de l'Etat (et que, selon que la direction de l'architecture est rattachée au ministère de la culture ou au ministère chargé de l'équipement, cela change évidemment le budget du ministère de la culture), enfin que la répartition des fonds est au moins aussi importante que leur montant.

Un second aspect du « désengagement » de l'Etat porte sur les monuments historiques proposés aux collectivités territoriales. Après les travaux de la « commission Rémond » une liste de 176 monuments a été proposée au transfert. Le projet de loi de finances pour 2010 comportait une disposition supprimant cette limitation, mais cette disposition a été censurée, mais pas pour des raisons de fond, par le Conseil constitutionnel, il est probable qu'elle sera reprise dans une loi ultérieure. L'Etat est

suspecté de vouloir se « débarrasser » de monuments coûteux à entretenir en se déchargeant sur les collectivités territoriales. Celles-ci, qui furent très « demandeurs » de transferts de monuments, le sont beaucoup moins aujourd'hui en raison des coûts que cela représente et l'on agite alors le spectre d'une « privatisation » de ces monuments.

Tout cela mériterait un long débat, et autant que possible dépassionné. Une chose est sûre : on ne peut continuer à classer indéfiniment, par un phénomène cumulatif, des immeubles (environ 43 000 classés ou inscrits) ou des meubles avec les charges financières que cela représente, sans prévoir une augmentation des crédits, sauf à réduire la part pour chacun. Mais cette solution est déjà exclue, en raison de la limitation du budget de l'Etat, et des inévitables choix budgétaires qui doivent être faits.

Il est tout autant inévitable de faire des choix entre les interventions culturelles elles-mêmes : si l'on veut plus aider les associations qui interviennent en matière culturelle il faut prendre, par exemple, sur les crédits affectés au patrimoine, ou à l'enseignement artistique, ou à tout autre chapitre que l'on veut.

Les difficultés de financement de la culture (et qui ne sont pas propres à la culture) mettent en évidence une question qui, aujourd'hui, devient cruciale, et qui ne se posait pas auparavant, parce que « l'offre culturelle » était bien moins riche, bien moins diversifiée qu'elle ne l'est de nos jours, celle de savoir qui doit supporter la charge de la culture. Quatre acteurs sont en présence, l'Etat, les collectivités territoriales, les institutions privées (institutions désintéressées telles que les fondations et autres organismes du même type, institutions intéressées au sens financier du terme, et qui assurent, quoi que l'on veuille, des activités culturelles), les particuliers.

La particularité de notre pays est de penser la culture d'abord, peut-être, en termes d'intervention publique alors que, dans les pays anglo-saxons, on pense d'abord, en ce domaine, personnes privées. L'impression que l'on peut avoir quelquefois est que le financement de la culture devient une sorte de « jeu du mistigri » où chacun essaie de se débarrasser d'une charge pour essayer de la faire supporter par un autre. Cela est peut-être moins décourageant qu'il ne pourrait paraître : ces débats montrent le chemin qui a été parcouru, et les questions que la richesse de la création artistique soulève aujourd'hui. Ce n'est pas nécessairement de mauvais augure pour l'avenir de la culture, à condition de savoir poser les questions et de ne pas apporter de réponse toute faite.

## **II – DES POLITIQUES DE PLUS EN PLUS CONTRAINTES**

Les discours officiels sont tous naturellement en faveur de la culture, les dirigeants célèbrent volontiers cette dernière, et, en France, la sensibilité est peut-être plus grande

que dans d'autres pays, avec cette revendication d' « exception culturelle » qui ressurgit périodiquement. Encore faut-il y regarder de plus près pour se rendre compte que les politiques culturelles ne peuvent plus être l'expression d'une certaine sentimentalité ou d'une idéologie encore plus certaine mais dépassée.

## **1 – Les contraintes qui pèsent sur les collectivités publiques**

Ces contraintes sont à l'évidence des contraintes d'abord financières mais on peut se demander si ce sont vraiment là les véritables contraintes, si ces dernières ne sont pas d'un autre ordre, notamment juridique et politique.

### **A – Les contraintes financières**

Les contraintes financières sont de divers ordres. Certaines sont immédiates, et semblent tenir à la situation que nous connaissons et que l'on peut résumer par le terme de « crise », d'autres, en arrière-plan, sont tout autant essentielles, elles tiennent aux conditions de gestion des activités culturelles.

Nous sommes en crise, nul ne peut l'ignorer, même si nous ne la connaissons pas au même degré selon nos pays (et selon les catégories sociales). Il n'y a d'ailleurs pas « une » crise mais plusieurs crises qui se cumulent, se superposent : crise bancaire, crise budgétaire, crise financière, crise économique, crise monétaire, sans oublier la crise sociale qui est la conséquence des précédentes, et qui est la plus terrible de toutes. Et, au moins dans un pays tel que la France, on peut se demander s'il n'y a pas, au surplus, s'ajoutant aux autres crises, et peut-être antérieure aux autres et plus importante qu'elles, une crise morale, que la France éprouve régulièrement au cours de son histoire et qui est peut-être aggravée aujourd'hui par des transformations économiques et sociales profondes que les Français ne savent pas analyser mais qui créent littéralement un malaise, au point que l'on a pu parler du « malaise français ».

Quoi qu'il en soit, la crise ou les crises se répercute(nt) dans tous les domaines, notamment le domaine budgétaire, qui est de plus en plus contraint. Nos Etats, certains plus que d'autres, doivent réaliser des économies budgétaires, réduire les dépenses publiques. Et il faut reconnaître – tout au moins c'est ce que disent les institutions européennes – que la France fait moins d'efforts que d'autres pays comme l'Espagne, la Grèce ou l'Italie, pour réduire la dette publique, les dirigeants français ayant tendance à tenir un discours quelque peu lénifiant, et les Français donnant le sentiment ne pas vouloir voir les réalités. Néanmoins, les restrictions budgétaires sont à l'ordre du jour et,

comme toujours, c'est la question délicate des choix à opérer : dans quels domaines faut-il opérer des « coupes sombres » et quels sont les domaines auxquels il convient de ne pas toucher, voire de « sanctuariser » comme l'on dit ? Naturellement chaque département ministériel a tendance à considérer que ses missions sont absolument indispensables, qu'il ne faut pas toucher à son budget, ou le moins possible, qu'il faut faire les économies sur d'autres plans. Chacun connaît les discours en la matière, voire les ritournelles que chacun ressort régulièrement.

La culture n'est sans doute pas le domaine prioritaire d'action des pouvoirs publics, bien que l'on voie soutenir avec talent des arguments tendant à démontrer qu'en réalité la culture ne « coûte » pas cher (ce qui est de moins en moins vrai) et qu'elle « rapporte », sur le plan social, qui est moins quantifiable que d'autres, un avantage bien supérieur à son coût. Ceux qui s'occupent de culture – qu'il s'agisse des administrations ou des acteurs de la culture – craignent que celle-ci ne soit la « variable d'ajustement » d'une politique.

Mais on ne voit pas comment le budget de la culture pourrait échapper à des coupes budgétaires. Il faudrait d'ailleurs plutôt parler « des » budgets de la culture. Car ce n'est pas seulement le budget de l'Etat qui est concerné, c'est également celui des collectivités territoriales. Celles-ci – en les entendant au sens large, c'est-à-dire en y englobant aussi les intercommunalités, ont tendance à limiter les budgets culturels, pour les mêmes raisons que l'Etat.

Au-delà des larmes que l'on peut verser sur cet état de choses, des discours éplorés que l'on peut tenir, il faut aussi se rendre compte que la gestion en ce domaine n'a pas été toujours la plus rigoureuse possible. Ce n'est pas là une affirmation gratuite, c'est la Cour des comptes qui le déclare, dans plusieurs rapports très sérieux qu'elle a rendus.

De nombreux facteurs contribuent depuis plusieurs années à une dérive financière en ce domaine. Il y a, en France tout au moins, cette propension habituelle à « voir grand », à faire les choses « en grand ». Il suffit de voir les grands établissements culturels qui ont été créés depuis quelques décennies pour s'en rendre compte. Et lorsqu'une telle opération est lancée, une sorte d'unanimité se fait pour se réjouir de ces créations, source, dit-on, de rayonnement pour toute une région, voire pour la nation, d'emplois générés par cette institution.

Mais il y a une suite, qui est moins réjouissante, ce sont les coûts engendrés par l'institution. Certes, dit-on encore, la culture n'a pas de prix, mais, comme pour la santé (à laquelle on a d'abord appliqué cette formule), on peut ajouter qu'elle a un coût. Et ces coûts permanents, il faut pouvoir les assurer, les assumer. Pour plusieurs institutions la Cour des comptes relève que, pendant des décennies, ces coûts vont peser sur les

finances publiques (dans un français un peu familier, mais imagé, on dit que ces coûts « plombent » les finances publiques). Et il faut bien trouver les financements quelque part ... De nombreux Français, même raisonnables, semblent cependant peu sensibles à cet argument budgétaire, jugé trivial.

Sans compter que, toujours du point de vue de la gestion, ceux qui se trouvent à la tête de ces institutions, qui les font fonctionner, surtout lorsqu'ils sont artistes, parviennent difficilement à avoir une gestion rigoureuse. Et il est arrivé dans le passé ( pour le présent, il m'est impossible de me prononcer) que des artistes de renom, ayant épuisé leurs crédits, « montent » au ministère pour obtenir une « rallonge budgétaire », faisant une véritable chantage auprès des administrations centrales en menaçant d'avertir la presse – toujours prête à les soutenir en accusant l'administration et ceux qui l'animent de ne rien comprendre à la culture – s'ils n'obtiennent pas satisfaction. Et le ministère obtempère, le courage n'étant pas la vertu principale des administrations et des dirigeants.

Le financement des activités culturelles donne lieu désormais à une concurrence entre les différents champs d'interventions. Un domaine était traditionnellement « privilégié », en ce sens qu'il représentait l'essentiel des interventions financières de l'Etat, le domaine de la protection du patrimoine, celui-ci étant pris au sens large du terme et recouvrant aussi bien le patrimoine mobilier que le patrimoine immobilier. Mais c'était le patrimoine historique immobilier qui, dans ce financement, représentait lui-même l'essentiel.

Aujourd'hui si, dans l'absolu, le patrimoine demeure le secteur le plus important du financement public, il décroît régulièrement en pourcentage depuis plusieurs années. Un autre secteur prend de plus en plus d'importance, un secteur qui n'existait que sous une forme traditionnelle et limitée il y a quelques décennies, ce que l'on appelle « le spectacle vivant ». Celui-ci recouvre le théâtre, activité traditionnelle s'il en est, mais également, désormais, d'autres formes telles que « les arts de rue » qui ont pris une importance croissante et qui attire volontiers les foules.

Le spectacle vivant soulève de nombreuses questions. En ce qui concerne le théâtre, il y a le théâtre subventionné, avec les différents « labels » attribués par le ministère de la culture, et qui sont recherchés, voire sont indispensables pour connaître un certain développement. Il en est de même, d'ailleurs, pour les spectacles de musique, avec là encore des labels qui sont recherchés.

En dehors de ces institutions certes non officielles mais quasi officialisées il y a le système des subventions attribuées par toutes les collectivités publiques, de l'Etat aux collectivités territoriales. Mais sur quels critères attribuer ces subventions ? Les

compagnies théâtrales sont nombreuses. Ainsi, par exemple, en 2013, dans le festival de théâtre bien connu d'Avignon, pour le « *off* » plus d'un millier de compagnies étaient présentes, avec des spectacles allant du bon voire du très bon au très mauvais, au sans qualité et sans intérêt. Comment faire le tri entre les deux ? Le ministère de la culture a bien mis en place des critères, mais qui valent ce qu'ils valent, c'est-à-dire sont toujours contestables. Quant aux collectivités territoriales elles sont encore plus libres, avec tout ce que cela implique.

Quant aux arts de la rue, qui ont pris une extension considérable, et qui sont souvent plébiscités par le public, ils soulèvent d'autres questions, en plus des précédentes. Par définition ils occupent la « rue », c'est-à-dire le domaine public, et même la partie la plus « sensible » de ce domaine public, la voie publique. Il faut donc concilier l'intérêt de la circulation, de la sécurité publique, avec l'intérêt « culturel » que représentent ces arts. Une difficulté supplémentaire tient à la distinction, encore plus délicate en ce domaine qu'en d'autres, entre ce qui divertissement, distrayant, et ce qui est culturel. Qu'est-ce qui doit être favorisé – donc financé, au moins partiellement – par les personnes publiques ?

## B – Les contraintes juridiques et politiques

Les contraintes juridiques sont celles qui découlent des règles applicables, celles-ci étant, comprises comme des contraintes, non point tant les règles nationales, les pouvoirs publics cherchant à ménager les milieux artistiques, que les contraintes européennes et internationales. En d'autres termes, sous-jacent à toutes les problématiques qui sont développées, on trouve le débat sur l'opposition, réelle ou supposée, entre la culture et le marché.

Remarquons qu'en ce qui concerne l'art, il n'y a pas, en apparence, d'opposition, mais pour une raison simple, qui n'arrange pas nécessairement les choses, c'est l'existence d'un double secteur, le secteur du marché, avec le marché de l'art, et le secteur de l'intervention des pouvoirs publics. Le marché de l'art détermine une hiérarchie, qui ne sera pas nécessairement celle de l'histoire, avec une « côte » des artistes qui évolue en permanence, monte ou descend en fonction de considérations qui n'ont pas grand rapport avec l'art, le marché de l'art étant un marché hautement spéculatif.

L'opposition entre le marché et l'intérêt public en matière d'œuvres d'art apparaît nettement lorsqu'il s'agit des règles concernant l'exportation – pour l'importation on conçoit qu'il n'y ait pas de difficulté – d'œuvres détenues, non par une personne publique

(nous sommes alors le plus souvent dans le cadre de la domanialité publique, très protectrice) mais par une personne privée.

Une législation ancienne datant du régime de Vichy était très protectrice, car soumettant l'exportation desdites œuvres à un régime d'autorisation. Et le refus d'autorisation avait pour effet, comme on peut l'imaginer, de faire baisser le prix de l'œuvre lorsque celle-ci était mise en vente sur le marché, en salle de ventes (les acheteurs étrangers, qui sont les plus nombreux, les plus fortunés, se détournant dès lors que l'œuvre ne pouvait quitter le territoire). On peut apprécier cette situation de deux manières, qui ne sont pas contradictoires, l'aspect choquant du côté du propriétaire du bien, la préservation de l'intérêt public vu du côté de la puissance publique (celle-ci pouvant se rendre acquéreur à un moindre coût).

Quoi que l'on puisse penser de ce régime, il n'est plus, car contraire aux règles communautaires. La France a donc modifié son régime en 1992 – bizarrement, pour une fois, rapidement, trop rapidement, car après la modification de nombreuses œuvres ont pris la voie de l'étranger – et, désormais, la France ne peut plus s'opposer à l'exportation d'une œuvre d'art, sauf à faire valoir qu'elle constitue un « trésor national » au sens du Traité de Rome.

Mais cette interdiction ne vaut que pour un temps, trente mois, au cours duquel, si l'Etat veut que l'œuvre demeure sur le territoire national, la seule solution est de l'acquérir, au prix du marché naturellement. Or, comme le plus souvent l'Etat n'a pas les moyens financiers de cette acquisition (le montant d'une œuvre connue d'un grand peintre dépassant de beaucoup la dotation annuelle pour l'ensemble des acquisitions), le résultat – que n'avoue jamais le ministère de la culture, qui met en avant les acquisitions qu'il a réalisées – est de contraindre l'Etat à n'acheter, dans le cas de refus d'exportation, que des œuvres mineures. La perversion du système est que les « trésors nationaux » ne sont plus, sauf bien entendu exception, largement médiatisée dans ce cas, que des œuvres secondaires, par manque de moyens de l'Etat. S'il y a une impuissance de l'Etat, elle est parfaitement visible ici ...

Une autre contrainte est celle qui résulte des engagements internationaux de la France, notamment l'OMC. En simplifiant beaucoup – mais c'est ainsi que le problème est perçu par beaucoup, voire est présenté par les pouvoirs publics – il y a d'un côté les règles du marché, marqués nécessairement d'une certaine infamie car conditionnés par le profit, de l'autre ceux qui défendent une conception « noble » de la culture dégagée de ces contingentements, de ces conditionnements. Et, naturellement, la France se place dans le second camp, héraut de la défense de la culture, avec, notamment, « l'exception culturelle ».

Il faut y voir de plus près. On peut concevoir que « les autres », nos partenaires comme les autorités européennes aient des conceptions différentes des nôtres, voire soient irrités par nos prises de position : V. par exemple les formules utilisées par Manuel Barroso sur la volonté française d'exclure l'audiovisuel des négociations avec les Américains, accusant la France d'avoir un programme « antimondialisation et (...) totalement réactionnaire ». Il est facile d'imaginer les réactions françaises à de tels propos, ce qui a amené l'intéressé à nuancer ses propos. Les passions se déchaînent donc vite en la matière.

Y a-t-il vraiment matière à un déclenchement de telles passions ? S'agissant de l'audiovisuel français, mérite-t-il donc que l'on se « batte » pour lui ? On ne peut pas dire que la dimension culturelle de l'audiovisuel public français soit vraiment marquée. Il fut un temps où la télévision publique prétendait avec quelques justifications avoir des ambitions culturelles. Puis eurent lieu les grandes modifications consécutives à la libéralisation du secteur de l'audiovisuel. Et, dans un grand élan, les pouvoirs publics inscrivent dans les cahiers des charges des sociétés concessionnaires des obligations culturelles, se gargarisant du « mieux disant culturel » que cela représentait, et qui était inscrit en toutes lettres dans ces cahiers des charges. Mais où est donc passé ce mieux disant culturel ? Les sociétés de l'audiovisuel dans lesquelles les pouvoirs publics ont leur mot à dire ne font pas mieux que les sociétés privées, elles ne sont pas plus « culturelles » que les autres.

L'exception culturelle est représentée, plus encore, par le cinéma. Et il est vrai qu'en ce domaine, s'il existe un cinéma français, c'est grâce aux mécanismes de soutien mis en place à partir de 1946. Le naufrage du cinéma italien, qui fut l'un des premiers au monde, illustre le sort des cinémas nationaux qui n'ont pas été aidés par les pouvoirs publics. Mais, dans ce domaine, les règles européennes sont tout aussi gênantes pour le cinéma français que les règles de l'OMC. L'exception culturelle donne un peu le sentiment d'un épouvantail que l'on agite, ou d'un étendard derrière lequel il serait possible de réunir l'ensemble de la société, et de constituer une unanimité factice mais bien pratique pour les gouvernants en des temps difficiles.

## **2 – Les nouvelles modalités de l'intervention publique**

Une inflexion s'est produite, les collectivités territoriales étant devenues les agents principaux d'intervention dans le domaine culturel. Certes, depuis longtemps en termes financiers, les budgets culturels des collectivités territoriales étaient bien supérieurs à

celui de l'Etat. Mais ce constat, souvent mis en avant, n'avait pas grande signification, le rôle principal était tenu par l'Etat. Les collectivités territoriales pouvaient avoir en la matière une politique erratique.

Un exemple de la fin du XIXème siècle le montre : un département avait acheté un château (lui-même XIXème, une « folie » néo-gothique comme il s'en est fait un certain nombre) mis en vente par une princesse, laquelle avait mis des conditions dans l'acte de vente (il s'agissait donc d'une acquisition par le département par les voies du droit privé), conditions relatives notamment au maintien dans le château de certains meubles qui avaient été acquis par la princesse en question. L'acquisition ayant été faite, pour des raisons qui n'apparaissent pas dans l'histoire, le département revendit la plupart de ces meubles. Le petit-fils de la princesse intenta une action en résiliation de la vente pour non-respect des stipulations du contrat, et obtint gain de cause devant le tribunal. Cet exemple qui n'est pas isolé montre que la rigueur de la gestion ne caractérisait pas nécessairement les collectivités locales. Mais caractérisait-elle toujours l'action de l'Etat ?

Quoi qu'il en soit, l'action des personnes publiques ne peut plus s'effectuer comme elle s'effectuait auparavant, pour les raisons qui ont été énoncées ci-dessus. De ce fait, l'action en matière culturelle doit obligatoirement être une action menée en coopération, avec d'autres. Et l'on trouve naturellement les deux hypothèses de coopération entre des personnes publiques, et de coopération entre une ou plusieurs personnes publiques et une ou plusieurs personnes privées.

#### A – La coopération culturelle entre les personnes publiques

La coopération entre personnes publiques peut être envisagée en premier pour une double raison. D'une part, cette coopération n'existait quasiment pas auparavant, chaque collectivité faisait – ou ne faisait pas – de son côté, c'était un peu le « chacun pour soi ». D'autre part, elle est aujourd'hui indispensable compte tenu des évolutions examinées précédemment.

L'évolution paraît pouvoir être résumée de la manière suivante. L'Etat a souhaité que les collectivités territoriales participent à certaines de ses interventions, il favorise aujourd'hui la collaboration entre les collectivités territoriales. Les collectivités territoriales ont revendiqué des compétences, elles souhaitent maintenir une coopération étroite avec l'Etat. Comment expliquer cette situation, cette sorte de retournement des situations ?

Ce n'est pas la même chose, ou pas tout à fait, qui est attendu respectivement par l'Etat et les collectivités territoriales dans cette coopération. Lorsque l'Etat a cherché à

intéresser les collectivités locales à participer à des actions qu'il menait, la participation attendue était principalement, pour ne pas dire exclusivement, de nature financière. L'Etat souhaitait une participation financière desdites collectivités, ce qui allégeait sa propre charge, mais il conservait le pouvoir de décision.

La participation financière des collectivités locales à des fonctions de l'Etat est d'ailleurs une vieille habitude, on en trouve même des traces ou des prémisses sous la monarchie. Mais le Ier Empire avait su développer à un point de perfection (si l'on peut dire) ces participations financières sans céder le pouvoir de décision. Les habitudes se sont perpétuées, malgré les protestations des collectivités territoriales et même encore aujourd'hui, sous des formes détournées, l'Etat cherche à transférer à des collectivités territoriales des charges. C'est ce qui est appelé, dans l'histoire, la « querelle des charges indues ».

La donne a changé avec les transferts de compétences. Si, en matière culturelle, en 1983 les transferts furent limités, au point que l'on a pu dire avec quelques bons arguments que la culture était « l'oubliée de la décentralisation » (mais il y a une explication : le ministère de la culture, et celui qui le dirigeait, étaient réticents à l'égard de la décentralisation), par la suite les transferts ont été réels, même s'ils ont parfois été difficiles. De ce fait, les collectivités territoriales disposent de compétences qu'elles n'avaient pas avant, avec un transfert de ressources correspondant qui, bien entendu, donne lieu à débat voire à querelle, les collectivités territoriales soutenant que les transferts de ressources sont insuffisants. Le débat sur ce point est sans fin, car même dans le cas où l'Etat a transféré les ressources qu'il consacrait à une compétence (ce qui a été le cas pour tous les transferts), les collectivités font valoir que l'Etat n'en faisait pas assez, qu'elles doivent dépenser plus pour la même compétence. L'Etat qui doit limiter ses ambitions dans tous les domaines est porté à inciter les collectivités territoriales à coopérer entre elles, et il est évident qu'il y avait – qu'il y a toujours – des doublons, une mauvaise gestion des deniers publics du fait de la multiplicité des intervenants publics.

Les collectivités territoriales ont une position différente de celle qu'elles avaient une cinquantaine d'années. Auparavant, dans le passé, il était de bon ton d'accuser l'Etat de tous les maux. Cela était parfois justifié, cela pouvait être également, dans d'autres cas, une position de facilité. Désormais les collectivités territoriales disposent des compétences et, de plus, elles s'intéressent au domaine culturel, ce qui n'a pas toujours été le cas, et de loin. Elles sont confrontées à ce problème permanent au cours de l'histoire, et insoluble, de l'écart entre les besoins et les ressources, les secondes étant par définition limitées tandis que les besoins, eux, en matière culturelle (mais cela vaut tout autant dans le domaine social) sont quasiment inextinguibles, parce qu'ils se

multiplient, que la satisfaction d'un besoin crée un autre besoin, que les techniques suscitent de tels besoins, etc.

Les collectivités territoriales attendent de l'Etat deux choses. C'est d'abord une aide financière, et les positions se sont un peu inversées par rapport à ce que fut la situation en d'autres temps : ce sont les collectivités territoriales, compétentes pour intervenir, qui attendent de l'Etat une aide financière. Celle-ci est liée étroitement à une autre attente des collectivités, elle est peut-être moins importante que cette dernière : il s'agit de la reconnaissance par l'Etat de la légitimité d'une activité. On peut penser ce que l'on veut d'une telle situation, mais en France il se trouve que, compte tenu de notre histoire (demain il en sera peut-être différemment) la légitimité se trouve encore (un peu) du côté de l'Etat. Les collectivités territoriales cherchent donc à avoir cette reconnaissance, ce label de l'Etat que rien ne remplace.

C'est bien pourquoi, contrairement à ce qu'ont pensé le législateur et certains auteurs (dont l'auteur de ces lignes), en ce qui concerne l'établissement public de coopération culturelle (EPCC), des deux formules prévues par le législateur, les collectivités territoriales ont cherché à former des EPCC *avec* l'Etat, et non pas des EPCC *sans* l'Etat, tandis que l'Etat, lui, a manifesté les plus grandes réticences à entrer dans un certain nombre d'EPCC et a fait son choix en quelque sorte, se limitant à des EPCC qu'il jugeait suffisamment importants au regard de l'intérêt public.

Il découle des développements qui précèdent que la coopération est nécessairement, aussi, et de plus en plus, une coopération entre les collectivités territoriales. Une telle coopération a toujours été possible, mais elle était relativement peu développée, parce que les collectivités territoriales – autonomie oblige – se percevaient plus comme des acteurs agissant chacun de son côté que de concert. La coopération volontaire est toujours praticable, et pratiquée, mais cette coopération est surtout une coopération qui, si elle n'est pas toujours obligée, l'est indirectement par les incitations, voire les obligations édictées par les lois.

Cette coopération s'effectue à la fois sous forme contractuelle, par la voie des conventionnements de toutes sortes qui constituent une véritable constellation, et qui recouvrent les accords les plus divers, des véritables contrats aux accords informels, et par la voie institutionnelle, par le biais des établissements de coopération, les EPCI et les autres types d'établissements, notamment les syndicats mixtes, qui ont connu de fait un renouveau.

## B – La coopération entre les personnes publiques et les personnes privées

La coopération entre les personnes publiques et les personnes privées est certes la plus traditionnelle qui soit, mais pas dans le domaine culturel, sauf peut-être dans le domaine du théâtre avec les concessions. Cette coopération s'était développée dans le domaine économique, les personnes publiques, notamment les collectivités locales, confiant aux personnes privées la réalisation de certains travaux ou la gestion de certains services qu'elles ne s'estimaient pas en mesure d'assurer elles-mêmes, et la concession était l'expression type de cette coopération.

Dans le domaine culturel, le système traditionnellement utilisé pour intervenir n'était pas une véritable coopération, c'était le système de la subvention. La subvention est un procédé ancien qui non seulement n'a pas disparu mais a pris au fil du temps une extension considérable. Le domaine culturel est l'un des champs privilégiés, avec le domaine social et le domaine du sport, de ce mode d'intervention. Il l'est d'autant plus devenu que les associations se sont multipliées dans ce domaine, qu'il s'agisse de la protection du patrimoine, des enseignements artistiques ou, plus encore, du spectacle vivant, et que ces associations ne peuvent subsister, le plus souvent, que grâce aux subventions qui leur sont allouées par les personnes publiques, spécialement les collectivités locales.

Mais la subvention, ici, ne peut guère être considérée comme une modalité de coopération, tout simplement parce qu'il n'y a pas, ou pas encore, de la part des collectivités territoriales (et pas plus, d'ailleurs, de la part de l'Etat), de véritable politique des subventions. Les personnes publiques sont sollicitées par une myriade d'associations, elles ont tendance à pratiquer la politique – si tant est que cela en soit une – du « saupoudrage », c'est-à-dire à chercher à satisfaire le plus de demandes possibles, cela dans un but qui n'est pas tout à fait désintéressé et qui ne correspond pas à la définition de l'intérêt public, ces associations locales étant constituées de personnes qui sont aussi des électeurs. De plus, un changement de municipalité, à l'échelon communal, peut avoir pour conséquence la suppression de certaines subventions, la réorientation des aides dans un autre sens.

Tout ceci est un peu l'inverse d'une coopération. C'est pourquoi, depuis plusieurs décennies, l'Etat a cherché à stabiliser ces relations et les inscrire dans la durée, en incitant les collectivités territoriales à accompagner les subventions qu'elles versent d'une convention par laquelle à la fois l'association bénéficiaire et la collectivité s'engagent pour une durée d'au moins trois ans, ce qui assure une certaine pérennité à l'intervention et garantit quelque peu l'association contre les aléas des changements politiques. Cela n'est

pas, comme l'on dit familièrement, une panacée, mais constitue un progrès en même temps que l'amorce d'une véritable coopération, la convention impliquant un minimum d'échange entre la collectivité et le bénéficiaire de la subvention.

Le conventionnement est le procédé privilégié de coopération entre les personnes morales, qu'elles soient publiques ou privées. Mais s'agissant des personnes publiques, le conventionnement est toujours particulier, ne serait-ce que parce que les conventions qui sont passées sont le plus souvent des conventions de droit public. A vrai dire, parfois la question de la nature de la convention se pose, et le Tribunal des conflits a été amené à se prononcer sur la nature de certaines conventions, par exemple celle passée entre une commune et un professeur de musique du conservatoire communal, mais qui avait effectué une prestation pour la commune en dehors de ses obligations de service.

La question de la nature de la convention se présente plus souvent qu'on ne pourrait le penser parce que dans bien des cas, c'est-à-dire pour des manifestations culturelles telles que des festivals, c'est souvent une personne privée qui a l'initiative, et cette initiative est aidée, voire relayée par la commune, toutes sortes de situations pouvant se présenter, qui ont donné lieu à des problèmes juridiques parfois délicats, et à des solutions jurisprudentielles qui ont divisé la doctrine (par exemple sur l'affaire *Commune d'Aix-en-Provence*). Le partenariat public privé (PPP), qui donne lieu également à des appréciations très contrastées de la part de la doctrine, a été encouragé par les pouvoirs publics dans le domaine culturel. Le nombre de PPP en ce domaine est encore faible, sans que l'on puisse se prononcer sérieusement sur l'intérêt de la formule en matière culturelle.

Une nouvelle formule de coopération, qui s'est largement développée dans le domaine culturel, est celle des fonds de dotation, créés par la loi 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie. Cette formule, inspirée des *endowments funds* anglo-saxons (mais avec des différences importantes, notamment la reconnaissance de la personnalité morale) ne vaut pas seulement dans le domaine culturel, mais elle a trouvé dans ce dernier un terrain particulièrement propice, et elle connaît un succès certain. C'est l'une des voies pour trouver un relais de financement de la culture.

Ce qui est certain, c'est que les modes d'intervention des personnes publiques en matière culturelle sont en voie de profond renouvellement. La culture est devenue un champ d'intervention important des collectivités territoriales, ce qu'elle n'était pas auparavant. Cette prise en compte nouvelle a donné lieu à un foisonnement d'initiatives et d'interventions avec des résultats inégaux, mais un bilan qui, sur le plan strictement culturel, est plutôt favorable. Mais le temps des grandes interventions publiques est

peut-être échu. L'avenir est probablement, comme en d'autres pays, à une plus grande prise en charge de la culture par les personnes privées. Cela ne se fera pas, si telle est l'évolution, sans heurts ni réactions de la part du monde du spectacle. Celui-ci a été bien souvent, en France, dans l'attente des aides de la puissance publique, qui a répondu. Il reste à inventer un autre modèle dans un monde qui ne peut plus être ce qu'il a été.



## LES GRANDS AUTEURS DE LA LITTÉRATURE FRANÇAISE ET LE JUGE ADMINISTRATIF (I) : PIERRE LOTI

par Frédéric COLIN

*Maître de conférences HDR*

Pierre Viaud, dit Pierre Loti (1850-1923), auteur prolifique, à la charnière du 19<sup>e</sup> et du 20<sup>e</sup> siècles, est l'illustration même des « fonctionnaires-écrivains ». Son expérience d'officier de marine va lui fournir la matière principale de son œuvre, qui bien que de fiction, s'inspire très directement de ses missions à l'étranger. Pierre Loti a par ailleurs mené une vie d'« original », assumée. Il a souvent eu des relations « particulières » à l'autorité, alors même qu'il était marin de carrière. Il a même défrayé la chronique par ses tenues pour le moins peu orthodoxes... Son extravagance était même devenue légendaire ; il entretenait vraisemblablement sa réputation sulfureuse et d'original, par la mise en scène de son « personnage », ainsi que par un comportement souvent incompréhensible pour ses contemporains. Il s'agissait vraisemblablement d'une certaine dose de « marketing » avant l'heure, modèle en quelque sorte du « dandy ». Mais ce comportement révélait certainement certaines fêlures du personnage.

Là n'est pas la question. Partant du principe que le Droit se trouve partout, les grands auteurs, romanciers, se sont souvent trouvés confrontés, parfois à leur corps défendant, à l'application du Droit ; et souvent sur des terrains que l'on ne soupçonnerait pas. Dans cette petite contribution, on évoquera seulement les relations juridictionnelles de droit public. Pierre Loti a en effet eu des démêlés avec son administration d'appartenance. Et il a été à l'origine de deux contentieux, ce qui montre que derrière la façade d'exotisme et de légèreté, se cachait vraisemblablement quelqu'un d'obstiné et attaché à la défense de ses convictions<sup>1</sup>.

Juste quelques mots en préambule, afin de présenter le « personnage ». Pierre Loti, de son véritable nom Louis Maris Julien Viaud, est né le 14 janvier 1850 à Rochefort, où sa maison, que certains auraient pu qualifier de capharnaüm de son vivant, dans laquelle il accumulait nombre d'objets « exotiques » ramenés de ses missions et donnait des fêtes

---

<sup>1</sup> Pierre Loti a ainsi contribué à sauver le château de La Roche-Courbon, sur la commune de Saint-Porchaire (Charente-Maritime), où il avait passé plusieurs de ses vacances chez sa sœur, dans son enfance. Il l'avait d'ailleurs appelé « le château de la Belle au bois dormant » (titre de l'un de ses livres), en mémoire du lieu dans lequel il avait découvert « le grand secret de la vie et de l'amour » avec une jeune « bohémienne » (selon les termes de l'époque), menacé par un blocage successoral lié à une indivision. En 1908, il publie en effet une page dans le Figaro dans laquelle il souhaite fédérer « Qui veut sauver de la mort une forêt avec son château féodal campé au milieu, une forêt dont personne ne sait plus l'âge ». Le château est actuellement l'un des rares monuments proposant des jardins à la française sur pilotis.

mémorables à l'occasion desquelles il se mettait lui-même en scène (p. ex. déguisé en Osiris), est devenue un musée<sup>2</sup>. Son œuvre est d'ailleurs largement autobiographique, « orientaliste », et inspirée de son expérience professionnelle de marin : on peut citer par exemple Le mariage de Loti (Tahiti ; 1882) ; Le roman d'un spahi (Sénégal, 1881 – premier roman signé du nom de plume « Loti ») ; Madame Chrysanthème (Japon ; 1887) ; Aziyadé (Turquie ; 1879) ; Fantôme d'Orient (Turquie ; 1892). La mer est bien sûr au cœur de son œuvre, et lui donnera le sujet de son roman sans doute le plus connu : Pêcheurs d'Islande<sup>3</sup> (1886). D'autres romans sont qualifiables de « locaux » eux aussi (Ramuntcho ; 1897 – pays basque).

Mort le 10 juin 1923 à Hendaye ; il a été enterré après des funérailles nationales.

Ecrivain prolifique on l'a vu, il a mené « parallèlement » une véritable carrière d'officier de marine. Il est reçu à l'école navale en 1867, et fait école notamment à bord du Jean Bart. Dès 1870, il embarque pour le monde entier : Valparaiso, Tahiti, l'île de Pâques – sur laquelle la reine Pomaré lui donne le nom de Loti, tiré de l'appellation d'une fleur tropicale, et qui deviendra, obligation de réserve oblige, son nom de plume à compter de 1876... En 1872, il obtient le grade d'enseigne de vaisseau. Ses missions l'envoient ensuite en Turquie (« Constantinople »). Il obtient le grade de lieutenant de vaisseau en 1881, est muté à Rochefort en raison de sa dénonciation des massacres de marins français sur des indigènes au « Tonkin » en 1883, mais obtient néanmoins le grade de capitaine de vaisseau en 1906. Sa carrière d'officier de marine prend fin en 1910, après 42 ans de service actif. Il reprendra bénévolement du service en 1914, dans l'état-major de l'armée de terre, où sa connaissance de l'Orient se révélera utile.

Il obtient les distinctions les plus prestigieuses : Pierre Loti est élu à l'Académie Goncourt en 1883 et est élu à l'Académie française en 1891<sup>4</sup> (contre Emile Zola...) ; il était Grand-Croix de la Légion d'honneur.

Il faut croire que la carrière de marin lui tenait vraiment à cœur, puisque c'est elle qui va engendrer un contentieux devant le Conseil d'Etat : il conteste en effet sa mise à la retraite. Il obtiendra gain de cause, et donc sa réintégration, en deux contentieux.

Le premier contentieux qui l'oppose à sa hiérarchie concerne sa mise à la retraite d'office ; décision qui en réalité a été prise à l'encontre d'une vingtaine d'officiers<sup>5</sup>. Pierre

---

<sup>2</sup> Maison malheureusement fermée pour rénovation ; mais technologie aidant, une visite virtuelle est envisageable : <http://www.ville-rochefort.fr/culture/equipement/loti>.

<sup>3</sup> Islande qui garde encore quelques traces de ce passé des pêcheurs français : une stèle du vieux cimetière de Reykjavik porte la mémoire de ces pêcheurs « de l'extrême » - une soixantaine y sont enterrés dans un « carré français » ; le village de Fáskrúðsfjörður porte encore des panneaux signalétiques de noms de rue bilingues, islandais-français.

<sup>4</sup> Appartenance curieusement relevée par le Conseil d'Etat dans la décision évoquée ci-dessous, de 1899.

<sup>5</sup> Dont Pierre Savorgan de Brazza, fondateur de la future Brazzaville, victime à cette période d'une campagne de dénigrement.

Loti demande au Conseil d'Etat en premier lieu l'annulation de la décision du Président de la République du 27 mars 1898 le mettant d'office à la retraite. La loi du 10 juin 1896 permettait de mettre d'office à la retraite les officiers qui, ayant des droits à pension, ne seraient plus en état de remplir le service à la mer. Cette décision est considérée comme entachée d'excès de pouvoir. En effet, elle nécessitait une proposition du commandant en chef ou des inspecteurs généraux de la marine, ou un avis motivé de la commission de classement (commission à deux degrés). Or, en l'occurrence, la décision est entachée d'un vice de forme, car l'avis de la commission n'avait été rendu que par la commission de deuxième degré, sans que celle du premier degré ne se soit prononcée<sup>6</sup>. Le ministre de la Marine avait bien tenté de défendre la régularité de la décision, mais par des moyens difficilement admissibles au contentieux : il invoquait notamment la « difficulté à réunir en cours d'année » la commission de premier degré, ainsi que le fait que l'avis de la commission de premier degré ne présentait ni intérêt, ni utilité, quand il s'agissait de statuer (...) sur la mise à la retraite d'office de tel officier auquel on avait surtout à reprocher de n'avoir pas servi à la mer »<sup>7</sup>. Défense surprenante puisqu'à priori, c'est la hiérarchie qui décide des embarquements ou non...

Ce premier contentieux comprenait d'autres conclusions, à fin de réintégration dans son grade, ainsi que de rappel des arrérages de solde. Ces moyens sont considérés comme irrecevables, faute de litige sur les mesures à prendre en exécution de la décision du Conseil d'Etat.

Ce litige va cependant intervenir, et engendrer un nouveau contentieux, rapproché<sup>8</sup>, initiateur de solutions célèbres ultérieures, concernant les effets rétroactifs de l'annulation contentieuse, rapportée à une décision d'éviction irrégulière de la fonction publique<sup>9</sup>. En réalité, Loti n'est pas le seul officier contestant sa mise à la retraite d'office, et cinq contentieux sont joints. Les affaires sont jugées assez importantes pour que les conclusions du commissaire du gouvernement Saint-Paul soient reproduites au recueil Lebon. Considérées comme inexistantes, les décisions d'éviction étaient censées n'avoir eu aucun effet juridique, les intéressés n'ayant jamais quitté le service et donc conserver toutes les prérogatives attachées à leur position d'activité. Les intéressés, dont Pierre

---

<sup>6</sup> CE, 24 février 1899, Sieur Viaud, n° 95727, Leb. 1899, p. 153.

<sup>7</sup> Reproche étonnant lorsqu'on sait que sur une carrière de 42 ans dans la marine, P. Loti aura passé 19 ans embarqué...

<sup>8</sup> CE, 30 novembre 1900, Sieur Viaud, Leb. p. 681 ; l'arrêt retient, dans l'identification du requérant que l'intéressé est « dit Pierre Loti ». L'intéressé a le même avocat que dans le contentieux précédent.

<sup>9</sup> CE, 26 décembre 1925, Rodière, Leb., p. 1065 : « s'il est de principe que les règlements et les décisions de l'autorité administrative, à moins qu'ils ne soient pris pour l'exécution d'une loi ayant un effet rétroactif, ne peuvent statuer que pour l'avenir, cette règle comporte évidemment une exception lorsque ces décisions sont prises en exécution d'un arrêt du Conseil d'Etat, lequel, par les annulations qu'il prononce, entraîne nécessairement certains effets dans le passé, à raison même de ce fait que les actes annulés pour excès de pouvoir sont réputés n'être jamais intervenus ».

Loti, avaient bien demandé, en plus de l'annulation, une injonction de réintégration, ainsi que le paiement du rappel de solde dû. Comme on l'a évoqué, le Conseil d'Etat avait considéré qu'il n'y avait pas lieu de statuer sur les conclusions ordonnant une prescription, car relevant de l'administration active ; d'autant que le ministre n'avait pas pris position sur la question.

Depuis, la situation avait évolué : des décrets en date du 31 mars 1899 avaient réinscrit les officiers sur la liste de leur grade, au rang correspondant à la promotion qui devait être la leur ; le rappel de solde avait également été reconnu par l'Administration<sup>10</sup>. Des promotions au rang de capitaine de frégate ont été prononcées.

Mais cela n'a pas suffi à contenter certains des requérants, dont Pierre Loti, qui ont considéré que leur promotion devait intégrer un rang d'ancienneté dans le grade de promotion antérieur à la date de leur promotion effective ; demande refusée par le ministre de la marine. Pour résumer : à la date à laquelle ils ont été promus, suite à leur réintégration en activité, au fur et à mesure des vacances, ils se sont trouvés promus plus tardivement que d'autres collègues moins anciens qu'eux comme lieutenant : ils demandaient donc une promotion à titre rétroactif, immédiatement à la date de leur promotion, ou plus précisément, à la date à laquelle avait été promu le lieutenant de vaisseau venant immédiatement après eux sur la liste du grade.

La recevabilité du recours est examinée par le commissaire du gouvernement, qui retient que l'inscription sur la l'état des officiers de marine, ouvre bien un droit à promotion à l'ancienneté : les requérants ont bien intérêt à agir sur ce point. Sur le fond, il considère que les intéressés, pendant la période d'éviction irrégulière, auraient obtenu un droit absolu à la nomination au grade supérieur, au tour de l'ancienneté, à la place des officiers plus jeunes promus pendant cette période. Pour que les arrêts de 1899 produisent tous leurs effets juridiques, il conclut donc qu'il est nécessaire, malgré l'absence de texte, que les requérants soient remis en possession de tous les avantages légaux dont les décisions annulées les avaient privés, et donc promus à la date à laquelle ils auraient été en droit d'être promus. Et il indique que l'annulation conduit au renvoi devant le ministre de la marine afin qu'il statue sur leur réinscription sur la liste générale des capitaines de frégate avec le rang d'ancienneté qui leur appartient dans les conditions susvisées.

Le Conseil d'Etat, prenant acte de sa décision précédente, rappelle que l'intéressé devait en effet être regardé comme n'ayant jamais cessé de faire partie du cadre d'activité ; donc, le décret attaqué, le promouvant au tour de l'ancienneté seulement à la

---

<sup>10</sup> Solution qui serait peut-être techniquement différemment présentée aujourd'hui, compte tenu de l'application de la législation relative au service fait.

date à laquelle s'était ouverte la vacance dont il profitait est irrégulier. Le décret aurait dû compter son ancienneté au jour où il eût été régulièrement promu si la décision annulée n'était jamais intervenue. Le décret est donc annulé en tant qu'il fixe à une date trop tardive celle à partir de laquelle l'intéressé prend rang dans le grade de capitaine de frégate. Le Conseil d'Etat le renvoie enfin une nouvelle fois devant le ministre de la marine pour être réinscrit sur la liste d'ancienneté de capitaine de frégate à la date du 22 avril 1898.

Cette fois, le contentieux se termine. Mais Pierre Loti, on le voit, aura défendu avec vigueur les droits qu'il estimait attachés au déroulement de sa carrière. Le principe d'égalité est effectivement sensible pour tout agent public, et il n'y fait pas exception. D'autant que l'analyse de l'erreur commise par le ministère était facile : on ne pouvait considérer la décision juridictionnelle comme effectivement respectée, dans la mesure où, au résultat, le décret ministériel conduisait à octroyer un avancement à l'ancienneté à des agents moins anciens dans le grade considéré.

La question de la méthode de publication des décisions du Conseil d'Etat peut enfin être évoquée brièvement, en conclusion. Le choix a délibérément été fait de publier l'arrêt, nominatif, concernant Pierre Loti, alors même qu'un autre officier de marine (M. Sévène, req. n° 97232, 98324) a fait l'objet d'une décision semblable du même jour (mêmes moyens soulevés, selon les indications relevées dans les conclusions du commissaire du gouvernement). Les questions juridiques étant les mêmes, les affaires n'étant pas jointes, on peut supposer que c'est la notoriété de l'intéressé qui a conduit à ce que son affaire soit publiée.

L'image qui vient lorsqu'on évoque Pierre Loti est bien celle de Janus : il avait deux personnalités qui cohabitaient en lui, et qui l'ont conduit à mener d'un côté une brillante carrière d'officier de marine, et de l'autre, à développer dans sa vie personnelle une excentricité (maquillage ; déguisements) que l'on ne s'attendrait pas à trouver chez un militaire de haut rang.





## DU CRA AU RETOUR EN COREE DU SUD

**par Joo Yeol JEON**

*Docteur en droit*

Cette contribution est écrite depuis Séoul juste après la fin de mon séjour en tant qu'étudiant étranger à la Faculté de Droit d'Aix. Cette ville était à mes yeux l'endroit où je rêvais d'étudier le droit public en France et de réaliser, par ce déplacement, un projet de recherche ambitieux. En me retrouvant à Séoul avec mon projet enfin réalisé, je ressens quelque chose de particulier, comme si mon séjour en France s'est déroulé par petits moments. Pourtant, les rappels de ces moments, parfois très vifs, sont des souvenirs avec les gens qui m'ont entouré en m'apportant bien des choses tout au long de mes études en France.

Je voudrais apporter mes remerciements à tous mes collègues du CRA sans lesquels je n'aurais jamais pu obtenir le Doctorat avec tant de succès. Je n'oublie pas non plus une grande partie du personnel de la Faculté, dont certains sont aujourd'hui mes amis. Je n'arriverai pas énumérer tous leurs noms dans cet article, mais qu'ils se sentent vivement remerciés de ce qu'ils m'ont apporté.

Mais ce que j'apprécie le plus, c'est ce que m'a apporté mon directeur de thèse, Monsieur le Professeur Jean-Marie PONTIER. Mes remerciements pour Monsieur PONTIER tiennent non seulement au temps qu'il a consacré pour diriger mes études, mais aussi à l'attitude dont il a fait preuve à mon égard en tant qu'un maître au sens coréen du terme. Dans la logique du concept traditionnel en Corée, selon lequel le maître est censé représenter un modèle de maturité aussi bien sur le plan humain qu'en tant qu'expert technique, j'ai pleinement profité tout au long de mes études doctorales en France de mon maître. Pour moi, d'avoir Monsieur PONTIER en tant que directeur a été un avantage particulier, car il comprend profondément la culture asiatique, en particulier celle de la Corée. Il comprend par exemple qu'en Corée les étudiants sont censés être réservés devant leur professeur, notamment pour exprimer leur propre avis, et que la relation entre le professeur et ses étudiants est relativement plus autoritaire. Qui plus est, Monsieur PONTIER comprend les valeurs fondatrices de confucianisme qui expliquent cette culture. Il m'a exprimé d'ailleurs son sentiment de regret à l'égard de la dégradation de ces valeurs dans la société sud-coréenne.

Je partage une partie de son sentiment de regret sur le changement de la société de mon pays que je retrouve en ce moment après un séjour de 5 ans en France. Pendant ce séjour, on m'a parfois prévenu que les habitants sud-coréens deviennent progressivement « inhumains » ou « impassibles » ; l'une des raisons en est que la situation économique s'est dégradée, notamment pour les classes moyennes et populaires. Je remarque qu'effectivement la manière de traiter les gens est devenue un peu plus froide, étant donné l'augmentation du nombre de suicides de 21.8 en 2006 à 31.2 en 2010 pour cent mille en Corée du Sud. J'évoquerai toutefois la persistance de la mentalité sud-coréenne pour expliquer cette dégradation des valeurs humaines dans cette société.

Comme je l'ai expliqué dans quelques pages de ma thèse, l'histoire de la Corée du Sud, depuis la libération datant de la fin de la colonisation japonaise en 1945, peut être résumée par la séparation des deux Corées et leur confrontation. Dès lors, le prétexte de la « sécurité nationale » est présenté, à tort ou à raison, de façon importante et constante pour les citoyens coréens. C'est ce prétexte qui justifiait une puissance publique si autoritaire à l'appui de laquelle le pouvoir politique pouvait diriger les politiques économiques et sociales. Pour beaucoup de Coréens, notamment pour la génération *senior*, la performance économique, dite « le miracle de fleuve HAN », est à attribuer à la direction rigoureuse d'un État dictateur. C'est ainsi que certains Sud-coréens sont insensibles au comportement autoritaire. C'est sur la base de cette mentalité qui s'est adaptée pendant plusieurs décennies à la relation autoritaire, que la façon de communiquer s'est forgée. De sorte qu'elle est impérative, du moins relativement à la manière française. De plus, le caractère intuitif de la philosophie traditionnelle du pays marquée tant par le bouddhisme que par le confucianisme s'appuie sur cette base pour s'exprimer.

Cette « froideur » dans les relations sociales se manifeste par des différences subtiles dans les comportements quotidiens selon que l'on se trouve à Séoul ou en France. Ainsi, par exemple, en Corée, lorsque je demande quelque chose à un chauffeur de taxi ou à une serveuse, ils le font sans me parler ni me regarder ; de même, entre les voisins d'un même quartier, on se salue très rarement. Peut-être, est-ce que je me trompe en étendant cette différence de culture à la société sud-coréenne entière et la France entière, car je n'ai habité qu'à Aix-en-Provence. J'ai en effet entendu de la part des étudiants coréens habitant à Paris que la relation parisienne est aussi froide qu'à Séoul, peut-être même plus. Si c'est le cas, je regretterai le fait qu'en Corée du Sud la

décentralisation n'atteint pas le niveau de la France où j'ai pu pleinement bénéficier des avantages d'une ville pas très grande du Sud-Est de la France dotée d'une Faculté de droit avec des savants tout-à-fait remarquables. Dans la société sud-coréenne, on s'est efforcé avec de nombreux projets politiques de développer la véritable décentralisation. Mais ces efforts ont toujours été loin d'être suffisants pour compenser la croissance de la métropole séoulienne qui absorbe quasiment toutes les ressources matérielles et humaines en contenant environ la moitié de la population du pays.

La difficulté que je ressens pour me réadapter à la culture sud-coréenne, ne vient pas que de la manière de traiter les gens. La valeur de la vitesse qui vient de l'expérience d'une croissance économique rapide, correspond à une façon de « manier vite » plutôt que de manier précis ou exact. Pour moi, cette différence culturelle a constitué une difficulté majeure lors de mon intégration française au début de notre séjour en France. Elle a été récurrente non seulement pour mon travail doctoral mais aussi au quotidien. Tout au long de mon travail, j'ai en effet rencontré des difficultés d'ordre méthodologique qui viennent, selon moi, de cette différence de valeur en matière de communication.

Plus généralement, je remarque que la manière dont j'ai été formé en Corée, de percevoir, de raisonner, de transmettre la connaissance et d'argumenter est tout à fait différente de celle que je trouve dans les ouvrages français. La méthodologie coréenne est plutôt *intuitive* en ce sens qu'elle privilégie la connaissance directe et immédiate des choses sans nécessairement passer par le raisonnement. Cette attitude qui est la mienne a toujours été un défi à relever face à l'approche française. La méthode française est pour moi plutôt « cartésienne » en ce qu'elle m'apparaît très « exigeante » en termes de raisonnement et de démonstration. L'articulation des idées autour de deux axes qui se déclinent en deux parties, puis en autant de sous-parties, de chapitres, de sections, de paragraphes... en constitue une illustration. Si je comprends bien, c'est la culture française de pratiquer la philosophie qui constitue le fondement de la compétence de s'exprimer précisément et de façon logiquement correcte. Je crois que cette culture de raisonner, d'argumenter et, plus généralement, de parler précisément, permet de gagner plus de crédibilité. À l'encontre de la crise économique et sociale, qui est d'ailleurs aussi sévère ou même plus fondamentale pour la Corée du Sud que pour d'autres pays, contrairement à ce que certains croient en France, cette inexactitude de communiquer est un défi à surmonter, car l'efficacité ne garantit pas toujours l'effectivité.

Cette tâche est transposable aussi pour les juristes en droit administratif. Comme je l'ai développé dans ma thèse, cet aspect de l'écriture du droit administratif coréen, et que nous trouvons dans la doctrine du droit administratif coréen, dispose de beaucoup de marges pour se perfectionner afin que ce droit soit plus pertinent et mieux applicable et appliqué à la réalité de l'administration. J'adresse mes remerciements à mon directeur et mes collègues du CRA pour m'avoir inspiré tant d'orientations et de missions en faveur de l'avenir du droit administratif coréen. Pour le CRA, la relation avec les pays asiatiques, comme la Corée du Sud, et les connaissances de leurs systèmes juridiques, constituent une de ses spécialités nettement avantageuses pour les pays en cause. Nous reconnaissons que cette spécialité est tellement avancée qu'elle fait du CRA le « berceau » des pionniers du développement des droits publics de nombreux pays asiatiques. Un exemple typique est la première traduction française de la Constitution sud-coréenne depuis son entrée en vigueur en 1987.

Selon un adage coréen, celui qui marche sur la neige le matin doit être attentif car son empreinte servira de guide pour ceux qui marcheront après. En ayant achevé une étape d'un administrativiste, je me trouve comme un pionnier pour le meilleur avenir du droit public coréen et, donc, pour la société de ce pays. Espérons alors que nous continuerons de développer cette relation et notre spécialité.



# D I S T I N C T I O N S

## DES MEMBRES DU CRA 12 février 2013

### - Prix des Éditions Législatives

Attribué à l'étudiant ayant rédigé la meilleure thèse en droit public

décerné à : **Mme Stéphanie VIOLO**

Thèse : « Les marchés à procédures adaptées »  
sous la direction de M. Jean-Marie PONTIER

### - Prix de la spécialité « Contrats publics et droit public des affaires »

Attribué au Major sur les deux parcours confondus

décerné à : **Mlle Margaux ROUBINET**

### - Prix de la spécialité « Droit de la défense »

Attribué au Major du Master Professionnel Droit et administration de la défense

décerné à : **Mlle Violette QUENTEL**



## TABLE DES MATIÈRES

### ● Miroirs d'étain

par Jean-Marie PONTIER..... 1

### ● La liberté contractuelle des personnes publiques

par Jean-Marie PONTIER..... 15

### ● Variations sur les interventions culturelles des collectivités publiques

par Jean-Marie PONTIER..... 43

### ● Les grands auteurs de la littérature française et le juge administratif (I) : Pierre Loti

par Frédéric COLIN ..... 67

### ● Du CRA au retour en Corée du Sud

par Joo Yeol JEON..... 73

● Table des matières..... 79

