



Chapitre d'actes

2004

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Le renouveau du contrat de droit administratif

Bellanger, François

How to cite

BELLANGER, François. Le renouveau du contrat de droit administratif. In: Le contrat dans tous ses états : publication de la Société genevoise de droit et de législation à l'occasion du 125e anniversaire de la Semaine Judiciaire. Bellanger, François ; Chaix, François ; Chappuis, Christine (Ed.). Genève. Berne : Staempfli, 2004. p. 289–303.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:41434>

LE RENOUVEAU DU CONTRAT DE DROIT ADMINISTRATIF

par

François BELLANGER

avocat, professeur à l'Université de Genève

I. INTRODUCTION

Le contrat de droit administratif a été longtemps considéré comme le parent pauvre du droit public. Initialement contesté par une partie de la doctrine, cet instrument n'a été admis comme un moyen d'action de l'Etat qu'après la seconde guerre mondiale. Son utilisation est toutefois restée limitée à des domaines comme l'expropriation¹, le versement de subventions, la relation entre un établissement public et ses usagers², la délégation de tâches publiques à des personnes privées³, la réalisation d'opérations d'aménagement⁴ ou encore l'octroi de régimes fiscaux particuliers. Parallèlement, la doctrine a marqué peu d'intérêt pour cet instrument⁵, suivie en cela par la jurisprudence. La combinaison de ces facteurs a pour effet que le droit public maîtrise mal le contrat. Hormis les questions de la légalité des contrats et de leur contentieux qui font l'objet d'une réglementation assez précise, le droit public renvoie pour l'essentiel aux règles du droit privé⁶.

Depuis quelques années, le contrat de droit administratif connaît un nouvel essor, lié notamment aux réformes de l'administration entreprises tant au niveau fédéral que dans certains cantons. Le contrat devient un instrument

¹ Voir, p. ex., l'ATF 129 II 420-426, A. et B.

² ATF 105 II 234, *Landschaft und Gemeinde Davos*; FELLEY / ROBERT-NICOUD, p. 65-75.

³ Voir, p. ex. l'ATF 129 II 497-527, *Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF)*.

⁴ MEYER, p. 303-317; PIOTET, p. 39-45.

⁵ Voir, cependant, S. GIACOMINI, *Verwaltungsrechtlicher Vertrag und Verfügung im Subventionsverhältnis «Staat-Privater»*, Fribourg 1992; F. KLEIN, *Die Rechtsfolgen des fehlerhaften verwaltungsrechtlichen Vertrags*, Zurich 2003; T. MÜLLER, *Verwaltungsverträge im Spannungsfeld von Recht, Politik und Wirtschaft*, Bâle 1997; M. S. NGUYEN, *Le contrat de collaboration en droit administratif*, Berne 1998.

⁶ La question de vices de la volonté dans un contrat de droit administratif doit, par exemple, être tranchée au regard du Code des obligations: JAAC 66 (2002) N. 73, p. 865-867, *Verband Krankenversicherer St. Gallen-Thurgau*.

privilegié pour l'engagement des agents publics, pour l'organisation du financement de tâches confiées à des personnes morales de droit privé ou public ou encore pour la collaboration entre des autorités⁷.

Ce renouveau apparent du contrat de droit public pourrait laisser penser que le droit administratif a évolué et qu'il délaisse l'approche unilatérale pour des relations négociées entre l'administration et ses agents ou ses partenaires publics ou privés. Il y aurait ainsi une *soft law* administrative qui se développerait au détriment de la *hard law* traditionnelle.

Nous allons étudier trois types de contrats de droit administratif mis en place depuis quelques années au niveau fédéral ou cantonal pour examiner si cette analyse est fondée. Nous commencerons par les contrats de droit public conclus entre l'administration et ses employés en application de la loi fédérale sur le personnel de la Confédération (II). Nous étudierons ensuite le contenu des contrats de prestations (III). Nous terminerons par un exemple de collaboration entre plusieurs autorités administratives, le Système d'information du territoire genevois (IV).

II. LES CONTRATS DE DROIT PUBLIC DES EMPLOYES DE LA CONFEDERATION

Pendant 73 ans, le statut des fonctionnaires fédéraux fut fixé par la loi fédérale sur le statut des fonctionnaires du 30 juin 1927 (aStF)⁸. En dépit de plus de vingt révisions, un système de nomination des fonctionnaires par une décision a toujours été maintenu. Le contrat de droit public était quasiment inconnu dans le domaine de la fonction publique fédérale.

Suite à une motion de l'Assemblée fédérale du 2 novembre 1990⁹, le Conseil fédéral a élaboré une réforme de ce statut afin de moderniser le régime légal applicable aux agents publics et, en particulier, de le rendre plus flexible. Elle a abouti à l'adoption de la loi fédérale sur le personnel de la

⁷ A titre d'exemple, les tâches et les obligations du registre des noms de domaine sont fixées dans un contrat de droit administratif conclu avec l'office fédéral compétent (OFCOM), conformément à l'art. 14a de l'Ordonnance du 6 octobre 1997 sur les ressources d'adressage dans le domaine des télécommunications (ORAT, RS 784.104). Un contrat est en vigueur à l'heure actuelle avec la société SWITCH (Rapport annuel du Surveillant des prix, RPW 2001 p. 901-913). Voir ég. dans le domaine du droit de l'environnement: HÄNER, p. 591 ss. Dans la règle, l'Etat agit de manière privée lorsqu'il se procure les moyens nécessaires à l'accomplissement de ses tâches publiques par contrat de vente, d'entreprise ou de mandat. Dans ces cas, un contrat n'est alors qualifié de droit public que si l'accomplissement de la tâche publique est déléguée de manière directe au privé: RDAF 2003 I p. 572, 574-575 (ATF 128 III 250, rés.).

⁸ RS 172.221.10.

⁹ Motion 90.031, Rétrospective de la 43^e législature des Chambres fédérales, de la session d'hiver 1987 à la session d'automne 1991, p. 150.

Confédération du 24 mars 2000 (LPers)¹⁰. Cette loi avait pour objectif d'apporter cinq modifications importantes par rapport au statut traditionnel de la fonction publique: l'introduction de rapports de travail contractuels, un régime plus souple en matière de licenciement, l'application subsidiaire du Code des obligations aux relations de travail, l'introduction d'un système de rémunération en fonction des prestations et l'intervention des partenaires sociaux¹¹.

Nous nous intéresserons principalement au premier élément: le remplacement du système traditionnel de la nomination par un engagement au moyen d'un contrat conclu entre l'administration centrale ou une entité décentralisée, qualifiée d'employeur¹², avec les employés qui forment le personnel. Ce mode d'engagement par un contrat de droit public (art. 8 al. 1 LPers), conclu généralement pour une durée indéterminée (art. 9 al. 1 LPers), supprime le système de la réélection des fonctionnaires au terme de la période administrative pour laquelle ils étaient nommés.

A. Analyse du contrat des employés de la Confédération

Nous allons examiner de manière plus détaillée les modalités de la conclusion du contrat, le droit applicable à celui-ci, son contenu et les conditions de résiliation du contrat.

1. Les modalités de la conclusion du contrat

La conclusion d'un contrat suppose l'existence d'au moins deux parties. Dans le cadre d'une relation de travail, il y en a deux: l'employeur et l'employé.

Les employeurs au sens de la LPers sont les administrations en charge du personnel soumis au champ d'application, soit le Conseil fédéral en sa qualité d'organe directorial suprême de l'administration, l'Assemblée fédérale pour les Services du Parlement, la Poste suisse, les Chemins de fer fédéraux (CFF)

¹⁰ RS 172.220.1. Suite à l'aboutissement d'un référendum lancé par une partie des syndicats, le peuple a accepté cette nouvelle loi le 26 novembre 2000 (FF 2001 1077). L'entrée en vigueur de la LPers s'est faite d'une manière progressive. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001 pour le personnel des CFF (Article 1 de l'Ordonnance concernant l'entrée en vigueur de la loi sur le personnel de la Confédération pour les CFF et le maintien en vigueur de certains actes législatifs du 20 décembre 2000, RS 172.220.112) et le 1^{er} janvier 2002 pour le reste de l'administration fédérale (Article 1 de l'Ordonnance sur la conversion des rapports de service fondés sur le statut des fonctionnaires en rapports de travail fondés sur la loi sur le personnel de la Confédération du 3 juillet 2001 [Ordonnance de conversion, StF – LPers], RS 172.220.111.1) et la Poste (Article 1 de l'Ordonnance concernant l'entrée en vigueur de la loi sur le personnel de la Confédération pour la Poste et le maintien en vigueur de certains actes législatifs du 21 novembre 2001, RS 172.220.116).

¹¹ Voir de manière plus générale sur les modifications apportées par la LPers: HELBLING, p. 1-34.

¹² La liste des «employeurs» figure à l'art. 3 LPers.

et le Tribunal fédéral (art. 3 al. 1 LPers). Les commissions, départements, groupements, offices ou unités décentralisées fonctionnent comme employeurs uniquement si une base légale expresse leur en donne la compétence (art. 3 al. 2 LPers). Les employés sont quant à eux naturellement les agents publics de la Confédération.

Les rapports de travail entre la Confédération et ses employés sont en principe des rapports contractuels de droit public de durée indéterminée (art. 8 al. 1 et 9 al. 1 LPers), conclus après une mise au concours publique des postes (art. 7 LPers). L'article 9 al. 3 LPers contient une exception pour les membres des Commissions fédérales d'arbitrage et de recours.

L'employeur et l'employé peuvent choisir de conclure un contrat de durée déterminée. Dans ce cas, la durée du contrat ne doit pas dépasser cinq ans (art. 9 al. 1 et 2 LPers).

Le rapport de travail commence par un temps d'essai de six mois au maximum (art. 8 al. 2 LPers).

L'accomplissement des tâches impliquant l'exercice de la puissance publique impose parfois de limiter l'accès aux fonctions publiques aux seuls ressortissants suisses. Il appartient au Conseil fédéral de déterminer par voie d'ordonnance les emplois auxquels n'ont accès que les personnes de nationalité suisse ou les emplois auxquels n'ont accès que les personnes possédant exclusivement la nationalité suisse (art. 8 al. 3 LPers et art. 23 OPers¹³).

2. *Le droit applicable*

Les rapports de travail sont régis en premier lieu par la LPers et les autres dispositions de droit fédéral qui seraient applicables. Ces dispositions sont complétées par des conventions collectives s'agissant des CFF et de la Poste¹⁴. Une fois toutes ces normes posées, s'il y a une lacune, les dispositions pertinentes du Code des obligations s'appliquent par analogie aux rapports de travail (art. 6 al. 2 LPers).

Au surplus, le contenu des rapports de travail est précisé par les contrats individuels de travail (art. 6 al. 3 LPers). Certes, l'art. 6 al. 4 LPers prévoit qu'en cas de contradiction entre les dispositions d'exécution et le contrat de travail ou entre la convention collective de travail et le contrat de travail, c'est la disposition la plus favorable à l'employé qui est applicable. Toutefois, la marge de manœuvre de l'employeur pour donner un contenu original au contrat de travail est extrêmement limitée.

13 Ordonnance sur le personnel de la Confédération du 3 juillet 2001, RS 172.220.111.3.

14 Sur la compatibilité entre le système des conventions collectives et le droit de la fonction publique, voir MICHEL, p. 243 ss et RICHLI, p. 58 ss.

3. *Le contenu du contrat*

L'ensemble des droits et obligations des agents sont prévus par la LPers et ses dispositions d'exécution. Il s'agit des obligations classiques de la fonction publique¹⁵.

L'employé de la Confédération a un devoir de fidélité envers l'employeur. A ce titre, il «est tenu d'exécuter avec soin le travail qui lui est confié et de défendre les intérêts légitimes de la Confédération et de son employeur» (art. 20 al. 1 LPers)¹⁶. De plus, il ne peut exercer d'activité rémunérée pour un tiers qui soit incompatible avec son devoir de fidélité (art. 20 al. 2 LPers). Les dispositions d'exécution peuvent en outre imposer à l'employé de remettre à la Confédération tout ou partie du revenu provenant d'activités exercées au profit de tiers lorsque celles-ci procèdent du contrat de travail (art. 21 al. 2 LPers).

L'employé a également l'interdiction d'accepter, solliciter ou se faire promettre des dons ou autres avantages pour lui-même ou pour d'autres personnes dans l'exercice d'activités procédant du contrat de travail (art. 21 al. 3 LPers). Il lui est également interdit d'exercer une fonction officielle pour un Etat étranger ou d'accepter des titres ou des décorations octroyés par des autorités étrangères (art. 21 al. 4 LPers).

Les dispositions d'exécution peuvent prévoir des exigences particulières liées à la nature des tâches comme une obligation de résidence ou d'utilisation de vêtements ou d'instruments particuliers (art. 21 al. 1 LPers).

Le personnel est soumis au secret professionnel, au secret d'affaires et au secret de fonction (art. 22 LPers).

L'article 24 LPers prévoit que si la sécurité de l'Etat, la sauvegarde d'intérêts importants commandés par les relations extérieures ou la garantie de l'approvisionnement du pays en biens et services vitaux l'exigent, le Conseil fédéral peut limiter ou supprimer le droit de grève pour certaines catégories d'employés, restreindre la liberté d'établissement et la liberté économique au-delà des restrictions prévues par la loi ou imposer d'autres obligations découlant du contrat de travail. Cette disposition vise les limitations aux libertés fondamentales qui sont imposées par l'exercice d'une fonction spécifique.

Au niveau des droits, la LPers énonce des droits à caractère pécunier (salaire, compensation du renchérissement, vacances, etc.) et des droits sociaux comme la participation et l'information (art. 33 LPers). Une des nouveautés introduites dans ce domaine par la LPers est que le salaire dépend de la fonction, de l'expérience et de la prestation (art. 15 al. 1 LPers et art. 39 OPers).

¹⁵ Sur cette question, voir MICHEL, p. 39 ss.

¹⁶ Sur l'importante jurisprudence sur ce devoir fondamental des fonctionnaires, voir HÄNNI (2002), p. 343 ss et idem (1993), p. 73 ss.

Enfin, le législateur fédéral a pris l'option de conserver un système de sanctions en cas de manquements aux devoirs professionnels. L'article 25 al. 2 et 3 LPers prévoit deux groupes de sanctions selon qu'il y a négligence légère ou négligence grave voire acte intentionnel. En cas de négligence légère, l'employé risque un avertissement, un blâme ou un changement du domaine d'activité. En revanche, si l'employé a commis une négligence grave ou a agi intentionnellement, il s'expose à une réduction de salaire, à une amende ou à un changement du temps ou du lieu de travail. Les dispositions d'exécution précisent les mesures envisageables et leurs conditions. En outre, l'employeur peut prendre des mesures provisionnelles s'il estime que l'exécution correcte des tâches est compromise; il peut en particulier suspendre les rapports de travail, ainsi que réduire ou supprimer le salaire et les autres prestations (art. 26 LPers).

La place laissée au contrat est pour le moins congrue. Il peut tout au plus définir le niveau de salaire à l'intérieur de la classe de fonction et certains détails quant aux droits et obligations du membre du personnel. Il n'y a guère de différence avec les décisions d'engagement prévalant dans les statuts classiques de la fonction publique.

En matière de fin des rapports de travail, la situation est similaire.

4. *La fin des rapports de travail*

Idéalement, dans l'esprit de la LPers, les rapports de services devraient prendre fin par accord mutuel (art. 10 LPers). Toutefois, si un tel accord n'est pas trouvé, la résiliation de la part de l'autorité s'effectue par voie de décision (art. 13 al. 3 LPers)¹⁷. On retombe alors dans les mécanismes traditionnels de la fonction publique.

Pendant le temps d'essai, le contrat peut être résilié sans motif par l'une ou l'autre des parties moyennant le respect du délai de résiliation fixé à l'art. 12 al. 2 LPers: la fin de la semaine qui suit celle où le congé a été notifié, pendant les deux premiers mois d'essai, puis pour la fin du mois qui suit celui où le congé a été notifié, à partir du troisième mois d'essai. Ces délais peuvent être prolongés dans les dispositions d'exécution.

Après le temps d'essai, l'employé reste libre de résilier le contrat, moyennant le respect des délais prévus par l'art. 12 al. 3 LPers, soit trois mois durant les cinq premières années de service, quatre mois de la sixième à la dixième année de service et six mois à partir de la onzième année de service. Ces délais peuvent être prolongés dans les dispositions d'exécution.

¹⁷ SUBILIA-ROUGE, p. 289-317.

L'employeur peut résilier le contrat de travail en respectant les mêmes délais pour autant qu'il puisse invoquer l'un des motifs énoncés limitativement à l'art. 12 al. 6 LPers, soit:

- violation d'obligations légales ou contractuelles importantes;
- manquements répétés ou persistants dans les prestations ou dans le comportement, malgré un avertissement écrit;
- aptitudes ou capacités insuffisantes pour effectuer le travail convenu dans le contrat ou mauvaise volonté de l'employé à accomplir ce travail;
- mauvaise volonté de l'employé à accomplir un autre travail pouvant raisonnablement être exigé de lui;
- impératifs économiques ou impératifs d'exploitation majeurs, dans la mesure où l'employeur ne peut proposer à l'intéressé un autre travail pouvant raisonnablement être exigé de lui;
- disparition de l'une des conditions d'engagement fixées dans la loi ou dans le contrat de travail.

Dans tous les cas, la résiliation du contrat avec effet immédiat pour justes motifs est possible selon l'art. 12 al. 7 LPers. Les principes fixés par la jurisprudence du Tribunal fédéral pour l'art. 337 CO s'appliquent par analogie.

La résiliation est soumise à une procédure formelle. Elle doit intervenir en la forme écrite (art. 13 al. 1 LPers) et comprendre l'indication des motifs. En outre, l'employeur doit avoir pris toutes les mesures nécessaires pour essayer de trouver un autre emploi à l'employé licencié sans faute (art. 19 al. 1 LPers). Dans la mesure du possible, l'employé et l'employeur doivent se mettre d'accord sur les conditions de la résiliation. Si cela est impossible, l'employeur doit rendre une décision de résiliation sujette à recours (art. 13 al. 3 LPers). Le recours à une décision est justifié par le fait que le législateur fédéral a voulu supprimer le contentieux par voie d'action au niveau fédéral; l'existence d'une décision ouvre les voies de recours ordinaires.

L'article 14 al. 1 LPers prévoit les hypothèses dans lesquelles la résiliation est nulle. Tel est le cas lorsque la résiliation présente un vice de forme majeur, lorsqu'elle est infondée en vertu de l'art. 12 al. 6 et 7 LPers, ou lorsqu'elle a eu lieu en temps inopportun en vertu de l'art. 336c CO.

Dans ce cas, l'employé peut informer l'employeur dans les 30 jours après avoir eu connaissance d'une possible cause de nullité, par écrit et de manière plausible, qu'il considère la résiliation nulle en application de l'art. 14 al. 1 LPers.

Si l'employeur ne conteste pas cette déclaration en saisissant dans un délai de 30 jours l'autorité de recours, la résiliation est considérée comme nulle. La conséquence est la réintégration de l'employé. A cet effet, l'employeur doit proposer à l'employé de le réintégrer dans l'emploi qu'il occupait jusqu'alors ou, en cas d'impossibilité, lui proposer un autre travail pouvant raisonnablement être exigé de lui.

Si l'employeur conteste cette déclaration en saisissant dans un délai de 30 jours l'autorité de recours, il appartient à cette dernière de statuer sur la nullité. Un jugement constatant la nullité aboutit à la réintégration.

La résiliation est annulable dans les autres cas, notamment si elle était abusive au sens de l'art. 336 CO ou discriminatoire selon les art. 3 et 4 LPers. Dans ce cas, il appartient à l'employé de recourir contre la décision de résiliation. Si l'autorité de recours annule la résiliation, il est réintégré (art. 14 al. 3 LPers).

Le recours peut en principe être formé, contre la décision de résiliation, auprès de l'organe interne de recours s'il est prévu dans les dispositions d'exécution, puis auprès de la Commission fédérale de recours en matière de personnel. La décision peut être entreprise en dernière instance par un recours de droit administratif au Tribunal fédéral (art. 34, 35 et 36 LPers; art. 97 ss OJ).

B. Un vrai «faux contrat»

Le contrat des employés de la Confédération est un contrat qui n'en a que la forme. Son contenu est strictement défini par loi.

La loi fédérale sur le personnel de la Confédération, ses ordonnances d'exécution, voire les conventions collectives conclues avec les partenaires sociaux, fixent de manière détaillée les droits et obligations des parties. Le régime que ces normes instituent pourrait être appliqué exactement de la même manière à un agent public nommé par une décision.

Le champ des négociations éventuelles avec le futur agent public, qui accompagne normalement la conclusion d'un contrat, est restreint. Une discussion peut être ouverte sur le salaire, mais elle est limitée, car l'administration doit respecter l'échelle des fonctions pour des motifs d'égalité de traitement. A nouveau, la situation n'est guère différente des fonctionnaires nommés par décision.

Sous réserve d'un accord entre les parties, la résiliation du contrat intervient par une décision sujette à recours. D'un point de vue pratique, la nuance entre ce mode de résiliation et la fin négociée des rapports de service d'un fonctionnaire nommé par décision est difficilement perceptible.

Les raisons du choix de la forme du contrat de droit administratif sont probablement l'existence de motifs psychologiques et cosmétiques.

D'un point de vue psychologique, le passage de la nomination au contrat, combiné avec un changement de dénomination des fonctionnaires qui deviennent des employés, marque un tournant important. Même si les obligations des agents publics ne sont pas fondamentalement modifiées, le régime légal n'est plus le même. Être employé au bénéfice d'un contrat signifie ne plus disposer de la garantie d'emploi, légale ou de fait, associée au statut de fonctionnaire.

Sur le plan cosmétique, même si la relation est marquée par la prise de décisions, le fait d'avoir un contrat, qui plus est un contrat dont les éventuelles lacunes pourraient être comblées par l'application des dispositions du Code des obligations, rapproche la relation d'emploi des agents publics de celle des employés du secteur privé. La Confédération voulait favoriser les échanges entre ces deux domaines d'emploi. Le modèle du contrat, en apparence commun à ceux-ci, même si leur contenu diffère fortement, crée un lien entre les deux mondes.

Ce premier contrat de droit administratif que nous avons analysé est donc un acte qui a le goût et la couleur du contrat, sans laisser de place à la liberté contractuelle. Le renouveau du contrat administratif se limiterait-il à l'existence de «vrais-faux» contrats? La réponse à cette question se trouve dans l'analyse des contrats de prestations.

III. LES CONTRATS DE PRESTATIONS

A. Le contenu des contrats de prestations

Les contrats de prestations, appelés aussi parfois conventions de prestations, conventions d'objectifs ou accords de prestations, visent notamment à assurer un mode plus efficient de gestion des subventions en garantissant les conditions d'exécution d'une tâche subventionnée par le bénéficiaire de la subvention¹⁸. Des contrats similaires existent entre l'administration fédérale centrale et des entités décentralisées de droit public¹⁹. Ces instruments ont été développés dans le cadre de la réforme de l'administration fédérale.

Selon un modèle traditionnel, en contrepartie du financement de l'Etat, les bénéficiaires de subventions doivent atteindre certains objectifs généraux fixés dans la loi qui les a créées ou dans leurs statuts²⁰. La surveillance de l'Etat sur les modalités d'utilisation des subventions est souvent limitée,

¹⁸ Les art. 108 et 110 du Règlement du 17 janvier 1961 sur l'assurance invalidité (RS 831.201) prévoient comme condition au versement de subventions la conclusion de contrats de prestations entre la Confédération et les organisations reconnues d'utilité publique de l'aide privée aux invalides, pour les prestations qu'elles fournissent dans l'intérêt des invalides à l'échelon suisse ou dans une région linguistique. L'art. 10 de la loi fédérale du 14 décembre 2001 sur la culture et la production cinématographiques (RS 443.1) prévoit que la Confédération peut conclure des conventions de prestations avec les personnes morales recevant régulièrement des aides financières; les mises au concours en vue de la conclusion de ces contrats de prestations sont publiées dans la Feuille fédérale (voir par exemple, récemment, l'ouverture des mises au concours en vue de la conclusion de contrats de prestations pour le soutien des festivals de cinéma, respectivement pour le soutien des publications cinématographiques, FF 2004 4459 et 4462).

¹⁹ Voir l'art. 70 de la loi fédérale du 15 décembre 2000 sur les médicaments et les dispositifs médicaux (Loi sur les produits thérapeutiques, RS 812.21) et l'art. 12 de l'Ordonnance du 28 septembre 2001 sur l'organisation de l'Institut suisse des produits thérapeutiques (RS 812.216).

²⁰ Au plan fédéral, l'octroi de subventions au moyen de décisions est réglé par la loi fédérale du 5 octobre 1990 sur les aides financières et les indemnités (Loi sur les subventions, RS 616.1).

voire parfois inefficace. Le bénéficiaire de la subvention est quant à lui dans une certaine insécurité. Les aléas des finances publiques peuvent provoquer une réduction, voire une suppression des subventions. Les lendemains ne sont donc pas forcément assurés. La période que nous vivons à Genève le confirme si besoin est.

Le contrat de prestations a été conçu de manière à améliorer la position des deux partenaires en introduisant un engagement du bénéficiaire de la subvention d'exécuter une tâche en contrepartie de la subvention pendant toute la durée du contrat, qui est généralement de quatre ans.

D'une part, l'Etat s'assure contre le risque d'une demande d'augmentation de la subvention nécessaire pour le bénéficiaire de la subvention pendant la durée du contrat. De plus, en théorie, lorsque ce bénéficiaire est une entité publique, le fait de disposer d'une enveloppe budgétaire est supposé donner à ce dernier une plus grande autonomie et flexibilité, synonyme d'économie dans l'esprit du *new public management*. L'usage du contrat devrait ainsi impliquer une diminution de la subvention et donc une réduction des dépenses de l'Etat. En pratique, cela ne semble pas généralement être le cas. D'éventuelles réductions des subventions sont plutôt dues à une contraction des dépenses de l'Etat dans une période difficile du point de vue budgétaire.

D'autre part, le bénéficiaire de la subvention dispose apparemment d'une garantie contractuelle de ressources sur plusieurs années. Il peut ainsi améliorer la planification de ses dépenses en équilibrant sur quatre ans les profits et les pertes.

Ce contrat aux apparents avantages est-il un vrai contrat? La réponse à cette question ne peut être donnée que par un juriste: Cela dépend. Il est possible d'illustrer ce propos en distinguant dans le contrat des éléments contractuels «forts» ou «mous».

B. L'existence d'un vrai contrat?

1. Les éléments contractuels «forts»

Le cœur du contrat de prestations est la définition du contenu des prestations devant être fournies par le bénéficiaire de la subvention et les indicateurs permettant de mesurer si ce dernier a atteint les objectifs qui lui sont fixés.

Le contrat doit ainsi définir de manière détaillée les tâches devant être accomplies. Lorsqu'elles peuvent être quantifiées, comme par exemple un nombre de repas ou de prestations de soins par année, le travail est aisé. La rédaction est plus délicate lorsque les prestations sont difficilement mesurables comme les objectifs annuels de performance d'un assistant social: si l'on retient le nombre de dossiers traités, il est peu aisé de pondérer ce nombre en fonction de la complexité des cas et du temps nécessaire pour résoudre les problèmes qu'ils posent.

De la même manière, les indicateurs de performance, permettant de mesurer en qualité et en quantité les prestations effectivement fournies, doivent être mentionnés dans le contrat. Il appartient aux parties de s'entendre sur les critères pouvant être utilisés. A nouveau, cette tâche peut être difficile²¹. Par exemple, dans le domaine culturel, comment apprécier les résultats d'une troupe de théâtre ou d'un orchestre? Pour ce dernier, une solution peut être de prendre en compte le taux de remplissage des salles, le nombre des critiques dans des journaux spécialisés et dans la presse internationale, le niveau des salles dans lesquels il est invité lors de ses tournées...

Ces objectifs et indicateurs, souvent âprement négociés lient les parties et permettent d'améliorer tant la perception par l'autorité de l'étendue des tâches qu'elle attend que ses moyens de contrôle. Ils sécurisent également l'entité subventionnée qui sait qu'on ne peut lui demander d'augmenter ses tâches pendant la période contractuelle. Le contrat remplit pleinement sa fonction d'organisation et de sécurisation.

2. *Les éléments contractuels «mous»*

L'élément contractuel «mou» est sans conteste généralement l'engagement de l'autorité de verser une subvention. En effet, le contrat de droit administratif est conclu par l'autorité administrative mais c'est le parlement qui tient les cordons de la bourse. L'exécutif peut s'engager à verser une subvention d'un certain montant pendant quatre ans, mais si le parlement ne vote pas le budget correspondant, l'exécutif ne pourra pas remplir ses obligations.

Le seul moyen de pallier cet écueil est d'engager également le législateur. Il doit, sur la base du contrat, voter une loi de subvention pour la période contractuelle. L'engagement de l'exécutif est ainsi doublé d'une loi qui le garantit. C'est par exemple le cas à Genève pour les Transports publics genevois. C'est un exemple relativement peu fréquent en comparaison avec le nombre de contrats de prestations adoptés par les autorités cantonales²².

La très grande majorité des contrats ne contient qu'un engagement conditionnel de l'exécutif subordonné au vote annuel du budget par le législatif. On est loin dans ce cas de la théorie des droits acquis si chère au contrat de droit administratif. L'engagement de paiement de l'exécutif n'a guère plus de

21 Cette difficulté de fixer des indicateurs et des seuils mesurables en vue de l'évaluation de l'atteinte des objectifs a expressément été relevée par le Contrôle fédéral des finances lors de son rapport relatif au contrôle du contrat de prestations pour les années 1999 à 2002 conclu entre la Confédération et les CFF: Rapport 2003 sur l'activité du Contrôle fédéral des finances destiné à la Délégation des finances des Chambres fédérales et au Conseil fédéral du 12 mars 2004, FF 2004 3361, 3375-3376.

22 Art. 1 de la Loi sur les Transports publics genevois du 21 novembre 1975 (RS/Ge H 1 55) et Loi N° 8841 du 31 janvier 2003 relative à la conclusion du contrat de prestations 2003-2006 entre l'Etat de Genève et l'entreprise des Transports publics genevois (TPG), Mémorial du Grand Conseil 2003 20/IV 1089.

portée qu'une clause de *best effort* pour convaincre le législatif de voter la subvention convenue.

C'est une faible contrepartie pour un engagement fort d'atteindre certains objectifs, auquel est conditionné généralement le paiement de la subvention.

Le contrat de prestations est donc un vrai contrat, mais celui-ci a un certain caractère léonin. L'administration a beaucoup de mal à quitter sa position de supériorité conférée par l'unilatéralité des décisions. Elle apprécie les contrats pour les avantages qu'ils lui donnent mais n'a généralement les moyens légaux de franchir un pas de plus et d'entrer dans le vrai monde des contrats. C'est toutefois déjà un progrès qui contribue au renouveau du contrat de droit administratif.

IV. LE SITG

A. Une expérience originale

Le système d'information du territoire genevois (SITG)²³ est, selon la définition de ses créateurs,

«une organisation de l'acquisition, de la conservation, de la communication et de la mise en valeur des données relatives au territoire genevois, au moyen notamment des technologies informatiques, dans le but de contribuer à la réalisation économique et pertinente de produits et de prestations»²⁴.

Le SITG regroupe des partenaires du secteur public (canton, communes, Ville de Genève, Services Industriels de Genève, Aéroport international de Genève). Il comprend des bases de données riches globalement de plus de 3 millions d'objets relevant de divers domaines de la gestion du territoire. Il met en valeur ces données en les rendant accessibles tant aux partenaires du SITG qu'aux usagers professionnels ou privés.

Le SITG est un excellent exemple du renouveau du contrat de droit administratif, car il est né d'un contrat entre des partenaires publics et il n'aurait probablement pas pu voir le jour sans le recours à cet instrument juridique.

Les partenaires du SITG ont organisé leurs relations par une charte à laquelle ils ont adhéré. Cette charte était un contrat de droit administratif de collaboration entre les administrations concernées. Elle a évolué progressivement pour tenir compte du travail de terrain.

Au départ, au début des années 90, la principale préoccupation des partenaires était celle de l'acquisition des données, en particulier celles de la mensuration officielle, choisies comme base de référence. En 1995, les

²³ Le SITG est accessible sur Internet à l'adresse <http://etat.geneve.ch/topoweb4/>, sous la dénomination «Guichet cartographique du canton de Genève».

²⁴ Mémorial du Grand Conseil 1999 45/VIII 7266/7270.

partenaires ont estimé que la quantité des données accumulées et la surface territoriale couverte étaient suffisamment importantes pour intéresser des usagers en dehors de l'administration. Ils ont adapté leur charte pour permettre le développement de prestations en faveur du public et des professionnels.

Le SITG est devenu ainsi une structure virtuelle, dont les contours sont à géométrie variable définie par l'adhésion à une charte elle-même évolutive. Chacun assume ses coûts, reste responsable de la collecte de ses données et le propriétaire de celles-ci. L'unique organe commun aux partenaires est un Comité directeur formé de représentants des différents partenaires. Un service de l'Etat lui est subordonné pour assurer l'administration du SITG.

Il fallait sans doute une telle structure pour permettre à des services de l'Etat et des entités décentralisées de réussir à collaborer et à élaborer dans la plus grande discrétion un produit remarquable qui est un exemple de cyber-administration. Le seul écueil était l'absence de base légale. Ce mode de collaboration s'est développé dans le plus pur domaine de la *soft law* appliquée à l'organisation administrative.

B. De la *soft law* à la *hard law*

Pour pallier cette lacune, le législateur a décidé en 1999 de donner une base légale au SITG. Il a adopté le 17 mars 2000, soit près de dix ans après le début de l'expérience, la loi relative au système d'information du territoire à Genève (LSITG)²⁵.

Le législateur a insisté sur la nécessité d'institutionnaliser le SITG pour répondre à la nécessité démocratique de transparence et de contrôle. Mais, la création de ce cadre légal devait absolument respecter la logique de réseau, car, selon le message du Conseil d'Etat, «[c]'est en réalité la notion de réseau elle-même, le produit de la coopération entre partenaires, qui en représente la valeur ajoutée et qu'il s'agit de préserver voire de développer»²⁶.

Le Parlement a repris le concept de charte en le définissant comme le «document dans lequel sont consignées les règles de fonctionnement du SITG» (art. 3 lit. a LSITG). A la lecture de cette définition, on pourrait imaginer que le contrat initial, la charte, a perdu son caractère et est devenu un quelconque texte d'exécution de la loi. Ce n'est pas le cas. Selon l'art. 4 de la LSITG: le «SITG se constitue lui-même par adhésion à une charte formulant les droits et obligations conférés à chaque partenaire et aux autres entités, ainsi que les autres dispositions d'organisation qui complètent la présente loi». Cette norme montre que la loi ne définit pas un champ d'application classique, elle reconnaît l'existence d'un accord contractuel, la

²⁵ RS/Ge B 4 36.

²⁶ Mémorial du Grand Conseil 1999 45/VIII 7266-7273.

charte, qui ne déploie d'effets que pour ceux qui y adhèrent et acceptent les droits et obligations qui en découlent. La loi se limite à autoriser le contrat et fixer les grandes lignes de son évolution.

La seule concession par rapport au régime du contrat est qu'un partenaire insatisfait d'un choix du comité directeur ou sanctionné par ce dernier pour ne pas avoir respecté les règles fixées dans la charte peut solliciter la prise d'une décision susceptible de recours au Tribunal administratif.

La loi parvient ainsi à un résultat intéressant: reconnaître la légitimité de la *soft law* ayant régi les rapports entre des unités de l'administration, l'institutionnaliser et surtout lui donner la possibilité de continuer à évoluer dans la plus grande flexibilité. Cette transition du contrat à la loi contractuelle est une forme intéressante de «*soft hard law*».

V. CONCLUSION

A titre de conclusion, il convient de s'interroger sur l'existence d'un véritable renouveau du contrat de droit administratif.

Du point de vue des règles, il n'y a certainement rien de nouveau. La théorie générale des contrats de droit administratif reste en friche et les emprunts au droit privé sont légion. Hormis les questions usuelles liées à l'application du principe de la légalité et des autres principes constitutionnels, il faut admettre que le contrat de droit public est en réalité régi par le droit privé.

La nouveauté réside sans doute dans les nouvelles formes d'utilisation du contrat, étroitement liées à la réforme progressive de l'administration.

L'exemple de l'administration fédérale est flagrant. Le passage au contrat a été perçu comme une mini-révolution alors que le même résultat aurait pu être obtenu par une modification du statut des fonctionnaires. Le contrat était le moyen de créer un pont entre la fonction publique et les employés du secteur privé. Si les uns et les autres sont engagés par un contrat, c'est qu'il n'a pas tant de différence et la mobilité entre les deux secteurs doit être plus aisée.

Les contrats de prestations sont un autre exemple de réforme pour laquelle le contrat est plus un outil de management qu'un véritable instrument contractuel. En imposant la définition précise des prestations et de leur coûts, le recours au contrat de prestation oblige les partenaires à opérer une réflexion en profondeur sur la manière dont ils travaillent, sur ce que coûtent réellement les prestations qu'ils fournissent, et sur l'opportunité de continuer à les fournir. Objectif apparent, le contrat est en réalité le levier provoquant cette nécessaire introspection.

Dans le cas du SITG, le contrat a permis de réaliser une structure qui n'aurait probablement jamais vu le jour si le législateur avait dû commencer par édicter une loi avant que les données ne commencent à être récoltées. Le contrat a créé la base juridique initiale du réseau et les résultats remarquables

ont démontré son bien-fondé. Le législateur a suivi lorsque le succès du réseau rendait sa disparition très difficile sinon impossible. Le contrat, comme outil de cyber-collaboration entre des administrations, est dans ce cas une source d'innovation, l'image d'un véritable renouveau du contrat de droit administratif.

BIBLIOGRAPHIE

- FELLEY Y. / ROBERT-NICOUD G., «Ouverture du marché de l'électricité. Quelques considérations juridiques», RDAF 2002 I p. 65-75
- HÄNER I., «Der verwaltungsrechtliche Vertrag als effizienteres Instrument für den Umweltschutzvollzug?», DEP 2001/6 p. 591 ss
- HÄNNI P., *Das öffentliche Dienstrecht der Schweiz*, Zurich 2002
- HÄNNI P., *Rechte und Pflichten im öffentlichen Dienstrecht*, Fribourg 1993
- HELBLING P., «Entwicklung im Personalrecht des Bundes; Anmerkungen zum Bundespersonalgesetz (BPG)», in *Personalrecht des öffentlichen Dienstes*, Berne 1999, p. 1-34
- MEYER J., «Assurer la disponibilité des zones à bâtir», RFJ 2002 I p. 303-317
- MICHEL M., *Beamtenstatus im Wandel*, Zurich 1998
- PIOTET D., «Le transfert du coefficient d'utilisation ou d'occupation du sol et le droit privé fédéral», BR/DC 2000 p. 39-45
- RICHLI P., *Öffentliches Dienstrecht im Zeichen des New Public Management*, Berne 1996
- SUBILIA-ROUGE L., «La nouvelle LPers: quelques points de rencontre avec le droit privé du travail», RDAF 2003 I p. 289-317
-