

Au-delà des apparences : le contrat de droit public est-il vraiment bilatéral ?

Thierry Tanquerel
Professeur honoraire
à l'Université de Genève

I. Introduction

A. La bilatéralité par définition

- Le contrat de droit public est un acte régi par le droit public qui résulte de la **concordance de deux ou plusieurs manifestations de volonté** concrétisant la loi dans un cas d'espèce, ayant pour objet l'exécution d'une tâche publique et **visant à produire des effets bilatéraux obligatoires**
- Bilatéralité = condition de l'effet juridique
- La bilatéralité distingue donc le contrat de droit public de :
 - la décision soumise à acceptation
 - la décision assortie de charges

Thierry Tanquerel - Journée de droit administratif 2020

3

B. Véritables contrats et pseudo-contrats

- Il faut donc au moins deux personnes juridiques pour conclure un contrat de droit public (comme pour tout contrat ...)
- Les « conventions de prestations » passées entre un département fédéral et une unité de l'administration selon 38a LOGA ne sont donc pas de véritables contrats (« pseudo-contrats »)
- De même les conventions passées entre des subdivisions d'une personne publique (p. ex. Université)

Thierry Tanquerel - Journée de droit administratif 2020

4

C. La position particulière de l'Etat

- L'Etat a des contraintes particulières :
 - respect de la loi
 - poursuite de l'intérêt public
 - respect des droits fondamentaux (art. 35 II Cst. puisque le contrat de droit public concerne toujours une tâche de l'Etat)
 - en particulier égalité de traitement
- L'Etat a des pouvoirs particuliers :
 - pouvoir de définir le cadre normatif
 - exercice ponctuel de la puissance publique
 - tutelle sur les entités étatiques indépendantes
- L'Etat a un poids particulier
 - subventions, absence de marché

II. Les promesses contractuelles

A. Les promesses du contrat

1. La normativité spécifique du contrat

- Retour sur la définition : le contrat crée des effets juridiques que lui seul peut créer
- S'il est contesté que ces effets puissent être créés, la raison d'être du contrat de droit public disparaît, par exemple si :
 - On exige une base légale spécifique pour toute obligation contractuelle
 - La loi peut librement modifier ou révoquer la promesse contractuelle

A. Les promesses du contrat

2. *Pacta sunt servanda*

- Le principe *pacta sunt servanda* s'applique par définition à tous les contrats donc aussi aux contrats de droit public
- Voir ZBL 2010 56, c. 5.2 (documentation), qui cite « *pacta sunt servanda* », tout en insistant sur le principe de la bonne foi (voir aussi c. 5.3)
- Faut-il parler de « droits acquis » ?

B. Les promesses de la contractualisation

1. La souplesse négociée

- Le contrat permet de créer des droits ou obligations dans le cadre légal mais sans être limité à la lettre de celui-ci
- Il offre donc des solutions supplémentaires, éventuellement originales
- La négociation est en principe une caractéristique de la relation contractuelle
- Le contrat permet donc théoriquement mieux que la décision d'adapter les droits et obligations à chaque situation particulière

B. Les promesses de la contractualisation

2. La sécurité du droit

- Sécurité du droit renforcée par *pacta sunt servanda*
- En principe garantie (et « engagement ») plus forte que par la décision acceptée ou assortie de charges
- Dans les contrats de subventionnement (aides ou indemnités), garantie par delà les exercices budgétaires
- D'une manière générale, garantie très forte pendant la durée du contrat (cf. ZBL 2010 56, documentation)

III. Le retour du refoulé : l'action unilatérale de l'Etat dans le contrat de droit public

A. Lors de la conclusion du contrat

1. Le contrat non négocié

- En pratique (p. ex. fonction publique), de nombreux contrats ne sont pas vraiment négociés
- Le cadre légal ne laisse d'ailleurs souvent guère de place à la négociation p. ex. avec les grilles salariales :
 - OPers, notamment l'art. 36
 - Règlements VD sur les salaires du personnel de l'Etat (RS/VD 172.315.1 172.315.2, 172.320)
- Dès lors, très peu de différence avec décision soumise à acceptation

A. Lors de la conclusion du contrat

2. L'acte détachable

- Principe : décision de contracter avec un cocontractant déterminé, précédant le contrat lui-même
- Ouvre le contentieux, notamment pour les tiers
- Pas généralisé en Suisse
- Marchés publics, mais ce sont des contrats de droit privé
- Subventions selon art. 16 LSu : acte détachable « à la demande » (art. 19 al. 3 LSu)

B. Dans le contenu du contrat

1. Les clauses de réserves unilatérales

- Le contrat lui-même réserve à la partie étatique, la faculté de modifier unilatéralement certains droits et obligations contractuels
- Par exemple, par référence, explicite ou implicite, à une grille salariale que l'Exécutif adopte par voie réglementaire (art. 24 ss LPers/VD)
- Par exemple, par référence au vote du budget annuel (art. 25 al. 3 LIAF/GE)

B. Dans le contenu du contrat

2. Le fait du prince

- Modification du cadre légal par une collectivité publique cocontractante
- En principe admissible si ne porte pas spécifiquement sur l'objet du contrat
 - p. ex. Modification d'une taxe perçue de manière toute générale
- Si la mesure porte spécifiquement sur l'objet du contrat au détriment du cocontractant
 - priorité au contrat (*pacta sunt servanda*)
 - ou
 - rétablissement de l'équilibre du contrat (indemnisation analogue à celle d'une expropriation, libération à due concurrence)
- Distinguer de la *clausula rebus sic stantibus*

B. Dans le contenu du contrat

3. La remise en cause de *pacta sunt servanda*

- Règles légales de primauté de la loi postérieure sur les contrats (art. 13 al. 3 LSubv/VD; 9 al. 2 LSu/BE)
 - comment comprendre la réserve de la bonne foi ?
 - quelles lois postérieures visées ?
- Règles légales sur l'adaptation unilatérale avec possibilité de résiliation (art. 33 LSubv/VD; 18 LSu/BE)
- Affirmation légale d'absence de droits acquis en cas de contrat (art. 27 LIAF/GE)

B. Dans le contenu du contrat

3. La remise en cause de *pacta sunt servanda*

- Une *Genferrei* illustrative :
 - le contrat de subventionnement ne crée pas de droits acquis (art. 27 LIAF)
 - sauf si la loi d'approbation du contrat stipule expressément le contraire (art. 25 al. 3 LIAF)
 - mais cette loi peut être abrogée postérieurement !
(p. ex. subvention Université 2015)

C. Dans l'exécution du contrat

1. La décision en vue d'exécution

- Lorsque la prise d'une certaine décision constitue une modalité d'exécution du contrat
- Lorsqu'une partie étatique rend une décision en vue d'obliger l'autre partie à exécuter un contrat, si l'intérêt public l'exige

C. Dans l'exécution du contrat

2. Le retour à la décision en cas de conflit

- Exemple typique : art. 34 LPers
- La décision en vue d'exécution vue plus haut peut constituer un autre exemple
- Conséquence sur le contentieux : recours au lieu de l'action

IV. Conclusion

A. Des promesses non tenues

- On vise ici les promesses de la contractualisation
- La promesse de la souplesse n'est guère tenue pour le personnel de l'Etat
- Elle ne l'est pas forcément dans d'autres domaines : parfois cadre rigide pour conventions de subventionnement
- La promesse de sécurité du droit est ruinée par les clauses de réserves unilatérales et la remise en cause de *pacta sunt servanda* (parce que la promesse « du contrat » n'est pas tenue ou n'existe pas)

B. Faut-il jeter le bébé avec l'eau du bain ?

- Le contrat de droit public garde toute sa pertinence lorsque les parties sont véritablement égales.
- P. ex. contrats entre collectivités : l'unilatéral n'y a guère sa place
- Certains retours de l'unilatéral sont inévitables ou normaux : actes détachables, décisions en vue d'exécution, un certain degré d'uniformisation
- Personnel de l'Etat : contractualisation surtout cosmétique
- Subventions : véritables dérives; nécessité d'un retour aux fondamentaux
- *Pacta sunt servanda* doit garder tout son sens