

RÉGIME JURIDIQUE APPLICABLE AUX CONTRATS DE PRESTATION

Table des matières

A. <i>Préambule</i>	1
B. <i>Régime juridique applicable aux accords portant sur des prestations de droit public et contreparties financières</i>	2
C. <i>Législation sur les subventions</i>	5
D. <i>Marchés publics</i>	7
E. <i>Conclusion</i>	8

A. Préambule

Contexte et objet du mandat confié

L'association romande et tessinoise des institutions d'action sociale (ARTIAS) a décidé de rédiger des recommandations sur le contenu et le régime juridique applicable aux accords qui interviennent entre collectivités publiques ou régimes sociaux fédéraux et cantonaux et tiers pour l'exécution de tâches relevant par ex. de la réadaptation ou de l'insertion professionnelle, de la formation des adultes ou des soins. Elle constate une évolution dans ce domaine : ces accords se focalisent plus sur l'objet de la prestation assumée et ses modalités d'acquisition que sur le soutien apporté ainsi aux tiers mandataires qui exécutent la prestation. De plus, la soumission aux règles codifiées des marchés publics de l'accomplissement de certaines tâches par le droit fédéral ou cantonal, pourrait avoir des conséquences pour certains prestataires. Réunissant mandats et mandataires, elle souhaite apporter son expérience et suggérer des bonnes pratiques en ce domaine.

Pour étayer son argumentaire sous l'angle juridique, elle a confié le mandat suivant à la soussignée : définir le régime juridique desdits accords octroyant des contreparties financières¹ à des tiers, et en déterminer les conséquences, en particulier sur les régimes de révision des comptes.

Fournir un avis juridique exhaustif en l'état n'est guère possible. Il aurait fallu analyser en détail toutes les législations cantonales dans le domaine des subventions au sens large et dans les lois spéciales circonscrivant la nature de prestations convenues dans ces accords, sans oublier l'application concrète qui semble parfois diverger du texte légal. Puis, sur cette base, spécifier par canton ou sur le plan fédéral les solutions à appliquer. Une telle étude dépasse largement le mandat confié. Elle noierait aussi l'objectif visé par l'ARTIAS, à savoir recommander des bonnes pratiques. Notre système fédéraliste exige en effet que ces recommandations soient examinées à la lumière des lois fédérales et cantonales applicables et appropriées, et soient adaptées le cas échéant.

¹Ou subventions prenant la forme d'une indemnité ou d'une aide financière en général

Contenu de l'avis de droit

Cet avis de droit distingue tout d'abord l'acte unilatéral (la décision) de l'acte bilatéral (le contrat) ; il passe ensuite en revue les grands principes applicables aux accords bilatéraux, précisant la nature du droit applicable selon les prestations assumées (droit privé ou droit administratif). Sur la base d'un examen sommaire des législations sur les subventions, il énonce ensuite les grands thèmes traités dans ces législations qui vont influencer le contenu des contrats et des décisions (par ex le contrôle des comptes des entités mandatées). Finalement, il aborde (sous l'angle théorique uniquement) quelques éléments du droit des marchés publics applicable à certaines subventions.

B. Régime juridique applicable aux accords portant sur des prestations de droit public et contreparties financières

Décision ou contrat

Pendant très longtemps, dans ses relations avec les administrés, la collectivité publique procédait avant tout par acte juridique unilatéral, soit une manifestation *unilatérale* de volonté, par conséquent non soumise à acceptation par son destinataire². Les décisions³ d'octroi ou de refus d'une autorisation illustrent cette manière d'agir. Avec la réforme du secteur public de ces trente dernières années, et l'avènement de la Nouvelle gestion publique, la conclusion de contrats de prestation, notamment dans les domaines où la collectivité dispose d'une marge d'appréciation appréciable, a pris un grand essor. Eu égard à la décision et comme son nom l'indique, le contrat se distingue par sa nature *bilatérale*, soit un échange de prestations fondé sur l'autonomie de la volonté des personnes parties au contrat (Pierre Moor et Etienne Poltier, Droit administratif, tome II, 2011 p. 423).

Comme le soulignent Moor et Poltier (p. 428 et ss), le domaine des subventions est probablement celui où la forme juridique est la moins fixée ; on y trouve les deux types d'instruments, avec une subdivision pour les contrats: la décision, le contrat de droit administratif et le contrat de droit privé⁴. Souvent, la loi mentionne que la décision est la règle, mais que des contreparties financières peuvent être allouées en vertu d'un contrat de droit administratif, notamment dans les domaines dans lesquels l'autorité compétente jouit d'une grande marge d'appréciation ou lorsqu'il y a lieu d'exclure que l'autre partie au contrat renonce unilatéralement à l'accomplissement de la tâche à laquelle il s'est engagée⁵.

²Le fait qu'un acte ne soit pas soumis à acceptation signifie que le destinataire n'a pas à accepter la décision pour que celle-ci déploie ses effets. C'est l'inverse d'un contrat : ce dernier n'est réputé conclu que lorsque les deux manifestations de volonté se « rencontrent » sur les éléments essentiels du contrat. Cette distinction fondamentale entre la décision et le contrat n'est pas remise en cause par la demande de subvention que pourrait solliciter le destinataire de la décision.

³Est visée ici la décision dans son acceptation juridique soit les mesures prises par les autorités dans des cas d'espèce, fondées sur le droit public fédéral et (a) ayant pour objet de créer, de modifier ou d'annuler des droits ou des obligations, (b) de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits ou d'obligations ou (c) de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits ou obligations (article 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative, du 20 décembre 1968 [RS 172.02]).

⁴Dans certains cas, il existe même des actes mixtes spécifiques avec des clauses unilatérales et bilatérales

⁵Cf par ex la loi sur les subventions fédérales qui sera traitée sous la lettre C.

Définir si un acte procède d'une décision ou d'un contrat n'est pas aisé, d'autant que le nom ou la qualification des parties à l'acte n'est pas pertinent (Moor et Poltier, op. cit p. 424). Pourtant, cette distinction est essentielle : leur régime juridique n'est pas identique en cas de non exécution de la tâche et les règles de compétence et de procédure pour adopter l'acte juridique divergent⁶. Pour y parvenir, ces auteurs proposent de poser la question suivante : « les prestations prévues dans la relation juridique résultent-elles d'une compétence que la loi suffit à mettre en œuvre ou ne peuvent-elles être fondées que sur l'accord réciproque des parties en cause ? » (op. cit. p. 426). Cette formulation conduit à deux sous-questions :

- *La législation sur laquelle se fonde le subventionnement définit-elle avec précision la tâche à assumer, et prévoit-elle des règles précises pour en arrêter la contrepartie financière, soit en d'autres termes les droits et obligations de celui qui se charge de la tâche par la seule autorité?* Si oui, il s'agira d'une décision (par ex. octroi d'une bourse de formation).
- *La tâche à assumer découle-t-elle plutôt d'un accord mutuel et réciproque basé sur la marge de manœuvre laissée par la loi tant à l'autorité qu'au destinataire, au point que la prestation est aussi le fruit de la volonté de ce dernier ?* Si oui, il s'agira d'un contrat (par ex. un contrat de prestation pour des cours de langue).

Contrat de droit administratif ou contrat de droit privé

C'est l'objet du contrat qui détermine si l'on est en présence d'un contrat de droit administratif ou de droit privé ; la nature juridique du prestataire⁷ n'est pas déterminante. L'objet direct du contrat de droit administratif consiste pour le contractant en l'exécution d'une tâche publique ou concerne une matière exhaustivement réglée par des normes de droit public. Dans le premier cas, le tiers accomplit la tâche publique en lieu et place d'une autorité, ou en est associé à la réalisation (François Bellanger, *Il contratto di mandato nell'ordinamento giuridico*, volume 25, 2009, p. 152 et la jurisprudence citée). Le contrat concrétise alors la loi dans un cas particulier pour l'exécution d'une tâche publique. Répondent à cette notion les contrats de subventionnement⁸ (Moor et Poltier, op. cit p. 434) et les contrats de prestation.

A contrario, est qualifié de contrat de droit privé l'acte bilatéral qui n'est pas régi par le droit public. Sont visés ici les contrats portant sur des prestations envers l'Etat qui ne visent qu'indirectement la fourniture de services au public, comme les contrats d'entreprise, d'experts, de maintenance informatique, de vente de fournitures, etc. (Thierry Tanquerel, *La nature juridique des contrats de prestations*, in *Les contrats de prestations*, Helbing et Lichtenhahn, 2002, p. 13 et ss)

Notion de contrat de prestation

La doctrine définit le contrat de prestation de la manière suivante : c'est un instrument par lequel une collectivité publique demande à une entité publique ou privée de fournir, pendant une période

⁶On pourrait encore ajouter que la possibilité de contester la décision existe alors que pour le contrat, cette faculté n'existe guère, puisque les deux parties sont en principe d'accord sur les éléments du contrat. Sur cette question, se référer néanmoins à la possibilité prévue par la loi fédérale sur les subventions citer sous lettre C p. 6

⁷Personne morale de droit privé ou collectivité publique

⁸Selon Tanquerel, tous les contrats de subvention ne sont pas des contrats de prestation ; c'est en revanche le cas lorsque la forme du contrat est choisie en raison de l'activité subventionnée, laquelle porte sur des services d'intérêt public en faveur de la population.

déterminée, des prestations d'intérêt public à la population en échange de moyens affectés à cette fin et moyennant des modalités de contrôle desdites prestations (Tanquerel, op. cit. p. 14). De plus, le contrat de prestation règle les relations entre le tiers bénéficiaire de la subvention, soit l'exécutant la prestation et la collectivité publique. Il ne se prononce pas sur les liens entre ledit allocataire et les usagers de la prestation. Enfin, selon Tanquerel, ces contrats se divisent parfois en pratique en contrats cadre pluri-annuels et accords annuels. Il considère alors que le processus de formation de ces contrats intègre souvent un élément décisionnel, par ex. l'octroi d'une subvention par le biais d'une décision. Dans un tel cas de figure, je recommanderais de conditionner l'entrée en vigueur du contrat à l'octroi de ladite décision.

Principe de la légalité aussi applicable au contrat de droit public ?

Une question est récurrente : conclure un contrat de droit public nécessite-t-il une base légale formelle ? Exprimé différemment, faut-il que l'instrument du contrat soit expressément mentionné par le droit matériel pour pouvoir y recourir ? Selon le Tribunal fédéral, *les contrats de droit administratif peuvent être admis implicitement dans la mesure où ils ne sont pas expressément exclus par la loi* (cf. Moor et Poltier, op. cit. p. 455 et ATF 136 I 142). Sont par ex. expressément interdits les domaines des autorisations de police⁹ et les contrats de collaboration lorsque l'exécution de la tâche publique est soustraite aux modalités ordinaires de contrôle des activités étatiques ou lorsqu'il a pour objet de conférer au délégataire un pouvoir de décision (Moor et Poltier, op. cit. p. 455 citant un autre auteur).

En outre, la prestation déterminante (du prestataire, de la collectivité publique ou des deux) prévue dans le contrat doit pouvoir se rattacher au *fondement de la loi* : elle doit être justifiée par un intérêt qui relève d'une attribution publique¹⁰. En fait, il faut se souvenir que le procédé contractuel se substitue « à la loi » en tant que fondement des obligations contractuelles. Le principe de la proportionnalité peut aussi « compenser » une base légale au sens strict (Moor et Poltier, p. 459). Il faut donc s'assurer

- que l'accord se justifie pour des raisons pertinentes d'intérêt public
- que les prestations échangées sont objectivement proportionnées et en relation objective l'une avec l'autre,
- et que l'administration n'a pas utilisé de moyens de pression non prévus ou interdits par l'ordre juridique.

Recourir au contrat de droit public sans base légale expresse est donc possible pour autant que les conditions susmentionnées soient respectées.

Analyse de « contrats de prestation » mis à disposition par différents membres de l'ARTIAS¹¹

Les contrats font généralement référence aux bases légales sur lesquelles ils se fondent, avec plus ou moins de précisions. Un seul fait référence à une procédure de soumission publique pour « désigner » le prestataire (cf. base légale sous lettre C).

⁹ Permis de construire par ex. car les conditions d'octroi sont les mêmes pour tous et qu'il n'y a pas de marge de manœuvre

¹⁰ Par ex. dans le cadre d'une planification d'un quartier le propriétaire s'engage à construire une place de jeux

¹¹ Des exemples de contrats ont été mis à disposition de la soussignée pour son analyse juridique

Les contrats sont en principe conclus pour plusieurs années, pour certains avec une clause de renouvellement. Leur majorité mentionne que le montant alloué dépend de l'approbation de l'organe législatif, ce qui constitue à mes yeux une condition à l'exécution des prestations réciproques¹².

Il n'existe pas de droit supplétif (ou par défaut) des contrats de droit administratif, que ce soit au niveau fédéral ou cantonal, sous réserve des modalités figurant dans les lois sur les subventions (cf. point C). Ces contrats doivent donc aborder différents points liés à leur exécution ; ceux examinés contiennent des dispositions applicables en cas d'exécution défectueuse du contrat, en cas de résiliation, sur le sort des pertes ou des bénéficiaires, sur les modalités de contrôle ou d'évaluation des prestations, sur la révision de la comptabilité, sur les conditions de travail (par ex. respect des CCT, etc.), etc.

Précisons encore que ces modalités n'ont toutefois pas été analysées sous l'angle de leur pertinence ou de leur conformité aux règles du droit des subventions ou du droit sectoriel sur lequel se fonde la prestation.

C. Législation sur les subventions

Lois fédérale et cantonales romandes sur les subventions

La Confédération et les cantons romands ont édicté des lois sur les subventions qui vont influencer le contenu des contrats de prestation. Ont été examinées la loi fédérale, puis les lois valaisanne, vaudoise, neuchâteloise, jurassienne, fribourgeoise, et genevoise.

Ces textes législatifs s'appliquent à toutes les subventions octroyées par la Confédération ou par les collectivités cantonales qui s'appuient sur le droit fédéral ou cantonal, quels que soient leurs bénéficiaires (communes, cantons, établissements autonomes de droit cantonal ou fédéral, institutions privées, organismes décentralisés, etc.). En outre, elles n'épuisent pas forcément la matière du subventionnement : peuvent les compléter des dispositions d'actes normatifs (comme les lois par ex) des politiques sectorielles dans lesquelles les collectivités publiques veulent/doivent intervenir financièrement.

Notion d'indemnité et aide financière

Ces lois distinguent en principe deux grandes catégories de subvention définies de manière quasi identique dans les législations analysées:

- *indemnités* : prestations accordées à des bénéficiaires étrangers à l'administration fédérale/cantonale et destinées à atténuer ou compenser les charges financières découlant de tâches prescrites par le droit fédéral/cantonal ou des tâches de droit public déléguées par la Confédération/le canton ;
- *aides financières* : avantages monnayables accordés à des bénéficiaires étrangers à l'administration fédérale/cantonale aux fins d'assurer ou de promouvoir la réalisation de tâches d'intérêt public que l'allocataire a décidé d'assumer.

¹²Juridiquement, cela semble être une condition à son entrée en vigueur.

Les indemnités financent les prestations réalisées par des tiers qui assument des *tâches prescrites par le droit fédéral ou cantonal ou déléguées* par les collectivités publiques correspondantes. Les aides quant à elles constituent la contrepartie financière de *tâches librement* assumées par le tiers.

De manière générale (sauf JU¹³), ces lois précisent qu'en principe, une indemnité ou aide est octroyée par une *décision*, soit une manifestation unilatérale de volonté¹⁴. Mais, toutes les lois consultées envisagent également l'instrument du *contrat de droit public*, en en prescrivant la forme écrite. Pour certaines, c'est le droit matériel qui doit prévoir cette possibilité (par ex. NE, VS et BE) ; d'autres en revanche admettent le recours à cet instrument si l'autorité compétente dispose d'une grande marge d'appréciation ou s'il y a lieu d'exclure que les bénéficiaires renoncent unilatéralement à l'accomplissement de leurs tâches (par ex. VD, GE et CH).

Quid en cas de refus de la subvention ?

Plusieurs textes légaux mentionnent également que le refus d'une subvention doit revêtir la forme d'une décision contre laquelle le bénéficiaire « non satisfait » doit pouvoir recourir. Si la possibilité de recourir est évidente dans le cas d'une subvention octroyée par le biais d'une décision, ouvrir des voies de recours lorsque les parties ont engagé un processus contractuel me semble plus problématique. A ce jour, seule la loi fédérale sur les subventions a réglé ce cas de figure, en organisant le déroulement de pourparlers contractuels : à l'issue des discussions, l'autorité adresse au requérant une proposition (en la forme d'une décision ou d'une convention-programme) et lui impartit un délai pour accepter le contrat. Cette proposition est également notifiée aux tiers habilités à recourir qui peuvent alors exiger dans un certain délai une décision qu'ils pourront ensuite contester¹⁵. J'ignore s'il est fait fréquemment application de cette disposition. Elle présente surtout l'avantage de la clarté en réglementant les pourparlers.

Principes applicables et contenu des subventions

Par ailleurs, ces réglementations énoncent aussi toute une série de principes à satisfaire (principes de légalité, d'opportunité, de subsidiarité, d'efficience, etc.). Le principe de légalité est évidemment fondamental : il signifie qu'une indemnité ou une aide ne peut pas être accordée si elle ne repose pas sur une base légale ; certaines précisent enfin qu'il n'existe pas de droit à une subvention, à moins que la loi (sous entendu le droit matériel régissant la prestation) ne le mentionne expressément.

Ces lois comprennent aussi toute une série de règles relatives au contenu des décisions ou des contrats, à la durée de l'aide ou de l'indemnité, à leurs modalités de versement, aux conditions et charges qui les complètent, aux conséquences en cas d'absence d'exécution ou d'accomplissement défectueux de la tâche, à la révocation de la décision ou résiliation du contrat, à la prescription des créances afférentes aux aides et indemnités et du droit de remboursement, à l'obligation ou non de restituer les montants non dépensés, etc. Les lois VD, NE, FR, JU et GE abordent également le contrôle de la comptabilité : elles exigent parfois de faire réviser les comptes par un organe de révision indépendant (contrôle ordinaire ou restreint) selon les montants en jeu.

¹³ La loi JU laisse le choix entre la décision et le contrat de droit public

¹⁴ Lettre B du présent avis de droit

¹⁵ Art. 19

Parmi les lois examinées, seul le canton de BE applique les prescriptions cantonales sur les soumissions (marchés publics), et ce, sans limitation de montant si la subvention à l'investissement est supérieure à 50 %. Enfin, la loi genevoise est la seule à mentionner expressément que l'indemnité ou l'aide est conditionnée à la votation du budget annuel par le Grand Conseil.

Inventaire des subventions octroyées

Plusieurs cantons tiennent à jour des inventaires de toutes les subventions accordées en application du droit cantonal, parfois disponibles sur internet¹⁶.

D. *Marchés publics*

Selon l'article 10 al. 2 de l'accord intercantonal sur les marchés publics AIMP¹⁷, certains marchés, dont ceux passés avec des institutions pour handicapés, des œuvres de bienfaisance ou des établissements pénitentiaires (litt a) ne sont pas soumis à cette législation. Ces exceptions concernent des activités qui ne poursuivent pas d'objectif commercial, de sorte qu'il serait superflu de prévoir une procédure de mise en concurrence, avant de les inviter à fournir des prestations (Etienne Poltier, Droit des marchés publics, Stämpfli, 2014, n° 162).

Ce même auteur (op. cit. n° 160 et ss) examine aussi le cas des indemnités et aides financières, en se référant aux notions de la loi fédérale sur les subventions. Sa position est très claire pour les aides financières : il estime que l'activité en cause financée par l'aide, qui correspond à une tâche publique ou qui présente à tout le moins une corrélation d'intérêt général, *n'obéit pas aux mécanismes usuels du marché*, si bien qu'il n'est pas approprié de prévoir des procédures de mise en concurrence aux fins d'obtenir la prestation économiquement la plus favorable¹⁸. Il confirme dès lors que *ces marchés ne sont pas soumis aux règles des marchés publics*. Son avis est moins tranché pour les tâches déléguées par les pouvoirs publics à un organisme privé, qui, pour les accomplir, reçoit une *indemnité*. Selon lui, cette subvention, qui peut reposer sur un *contrat de droit administratif*, conduit à qualifier l'acte, à tous les moins dans certains cas, *de marché public*, puisqu'il présente un caractère onéreux (quand l'indemnisation de la tâche est pleine et entière). A ce moment-là, le droit des marchés publics actuellement en vigueur pourrait s'appliquer.

¹⁶NE : http://www.ne.ch/autorites/DJSC/SJEN/Documents/Subventions_Ann%C3%A9e_2014.pdf (état au 31 décembre 2014), consulté le 6 décembre 2016 ; JU : <https://www.jura.ch/DFI/TRG/Tresorerie-generale-TRG.html> (état au 31 décembre 2014) consulté le 6 décembre ; FR : <http://bdlf.fr.ch/frontend/versions/4636> (annexe au règlement sur les subventions du 20 août 2000) ; <https://www.belex.sites.be.ch/frontend/versions/397> (inventaire des subventions pouvant être réduites par le canton figurant dans l'annexe de la loi cantonale)

¹⁷Applicable à tous les cantons et source du droit cantonal des marchés publics http://www.bpuk.ch/fr/dtap/concordats/aimp/index.php?eID=tx_nawsecured1&u=0&g=0&t=1479131534&hash=b06e62a1f24144118148dc61b1ea7d81c32753d5&file=/fileadmin/Dokumente/bpuk/public/fr/konkordate/ivoeb/ACCORD%2BINTERCANTONAL%2BSUR%2BLES%2BMARCHES%2BPUBLICS%2B%28AIMP%29.pdf

¹⁸Il cite comme exemples la bourse accordée à un étudiant, le propriétaire qui sollicite une subvention pour pouvoir acquérir un immeuble en propriété

E. Conclusion

Conclure un contrat de prestation permet aux deux parties de s'entendre sur les éléments qu'elles jugent essentiels pour l'accomplissement de la prestation convenue. Choisir la voie de la décision peut s'avérer profitable pour les situations dans lesquelles il n'existe pas de marge de manœuvre pour l'autorité. Il appartient à cette dernière de choisir l'instrument le mieux adapté à la tâche qu'elle entend financer. Dès que le choix est fait, le cas échéant en collaboration avec le futur allocataire, il convient de respecter les caractéristiques de l'instrument et d'en énoncer le contenu et les modalités avec clarté, comme le proposent les recommandations de l'ARTIAS pour les contrats de prestation. Une bonne exécution des prestations devrait en découler, ce qui profitera à leurs bénéficiaires.

Neuchâtel, le 19 décembre 2016



Florence Meyer, av