



LE CONTRAT RELATIONNEL

La confiance est le nouveau paradigme juridique à inculquer dans la relation entre les administrations

Par Alain Lambert, président
du Conseil national d'Evaluation des Normes #CNEN

Le contrat relationnel :

La confiance comme nouveau paradigme juridique dans la relation entre les administrations publiques

Résumé

Le paradigme juridique de notre droit administratif est obsolète car trop exclusivement fondé sur un système hiérarchique centralisé, rigide, indifférent à ses destinataires. Même les relations entre administrations sont marquées par la défiance. Le « contrat relationnel » est une voie fondée sur la Confiance mutuelle qui pourrait tout changer.

Nos compatriotes pensent que les administrations publiques se limitent à l'Etat. Il ne leur est pas suffisamment enseigné qu'il n'est qu'une des composantes des administrations publiques placées à leur service, au sein desquelles il ne représente qu'un tiers. Personne ne lui conteste le pouvoir que la Constitution lui confère. La question est plutôt de savoir comment ce pouvoir pourrait être mieux exercé, offrir éventuellement de meilleurs fruits.

Un « Etat » indifférent à la recherche juridique

Notre Etat est le plus grand producteur de droit législatif et réglementaire, tant pour la sphère privée que pour la sphère publique. Il est de fait le plus gros employeur, il constitue le Groupe composé du plus grand nombre d'entités, il a la lourde responsabilité de gouverner le Pays. ; or, il ne parvient pas à devenir un laboratoire de recherche, d'innovation, ni un terrain d'expérimentation pour inventer la nouvelle gouvernance indispensable à la modernisation de l'action publique. Paradoxalement, il est sans doute celui qui investit le moins en recherche juridique tant fondamentale qu'appliquée. Il reste perché et figé sur son pouvoir hiérarchique, incapable d'imaginer de nouvelles articulations, notamment avec les autres administrations auxquelles il a pourtant transféré certaines de ses compétences.

Un droit administratif fondé sur la défiance

A côté du pouvoir hiérarchique, d'une autre époque, une dimension « clé » est aujourd'hui au cœur de tous les travaux de modernisation des ensembles complexes : La confiance ! Elle est devenue la « clé de voute » de tout équilibre juridique et la valeur qui confère aux engagements les effets les plus puissants. Pourtant, elle ne semble pas inspirer l'Etat dans sa production normative, imperturbablement réglée sur son modèle d'autorité et d'indifférence pour les destinataires du droit qu'il produit. Cette interprétation peut apparaître sévère, elle est pourtant ainsi ressentie.

Il en résulte une crise profonde qui traverse notre Pays à cause précisément de l'absence cruelle de confiance au cœur même de notre société, de nos institutions, qu'il s'agisse de notre démocratie, de notre économie, des relations sociales, territoriales, des rapports entre nos administrations ou de ceux qu'elles entretiennent avec leurs usagers. La méfiance, la défiance même paralysent les initiatives, les innovations et les actions libératrices qui nous émanciperaient de notre résignation.

La Confiance à inoculer dans la relation administrative

L'objet de cette contribution vise à offrir un modeste éclairage sur cette question en ne traitant, à titre expérimental, que des relations entre nos administrations publiques, là où la confiance est sans risque et où elle pourrait produire des effets d'entraînement utiles.

La difficulté à définir la Confiance

A propos de la confiance, bien que son importance soit universellement reconnue, un premier indice nous révèle son isolement dans notre droit, puisqu'elle ne bénéficie d'aucune définition juridique¹ (sauf pour son abus) ! Alors qu'elle est un incontestable fait générateur de droit². Chacun s'accorde pourtant à reconnaître qu'elle crée un sentiment de sécurité. À la lumière de cette interprétation, il nous a semblé utile de rechercher, comment la Confiance pourrait effectivement jouer un rôle refondateur dans la relation inter-administrative.

Une notion reconnue dans toutes les disciplines juridiques sauf administratives

La thèse des fruits abondants de la confiance trouve son appui dans de nombreuses sciences. Dans la science économique où elle joue un rôle de catalyseur dans les affaires. Dans la sociologie qui éclaire comment et pourquoi les acteurs partenaires choisissent la collaboration plutôt que le litige. Dans la science juridique, où il est raisonnable de penser, comme fait générateur de droit, qu'elle en confère un (droit) à son destinataire, avec pour corollaire : une obligation de loyauté.

La Confiance comme alternative à la prolifération normative

En creusant cette perspective, il apparaît rapidement que la Confiance pourrait jouer une fonction régulatrice beaucoup plus utile que la prolifération normative dans la relation quotidienne entre les administrations publiques. Elle est très présente dans la vie contractuelle ordinaire que nous appellerons transactionnelle, mais elle pourrait l'être tout autant dans la vie administrative selon un mode que nous nommerons « le régime relationnel ».

Le « régime relationnel » comme nouveau paradigme administratif

La fonction administrative fourmille, en son sein, de rapports juridiques, auxquels se mêlent de subtiles enjeux de pouvoirs. Pourtant, il n'existe pas de régime juridique spécialement prédéterminé qui régisse cette relation. L'intérêt général bien compris qui est le but assigné à chacun devrait inciter à un comportement coopératif, souvent loin d'être atteint. A raison des perspectives de progrès qu'elle offre, une confiance mutuelle amplifiée et solennisée mériterait d'être essayée précisément sous la forme d'un régime juridique spécifique particulier, comme le modèle relationnel, en le substituant au régime d'autorité hiérarchique en vigueur. L'instauration d'un régime relationnel doté d'une présomption

¹ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, Association Henri Capitant, Presses Universitaires de France, 2007, à la page 204.

² Mario Naccarato, *La juridicité de la confiance*, Professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval

irréfragable de confiance mutuelle renforcerait l'effectivité et l'efficacité des rapports administratifs, évitant ainsi le déluge de normes qui les régit aujourd'hui.

L'impossibilité de tout prévoir appelle au régime relationnel

Ce qui caractérise l'action publique dans les régimes démocratiques, c'est l'impossibilité de tout prévoir pour le futur, ce qui devrait inciter les acteurs publics à suivre ce que les sociologues du droit appellent : « entretenir une relation étroite³ » faisant appel à la coopération et à la bonne foi, permettant ainsi de s'ajuster à toute éventualité en cours d'action. C'est l'exemple type d'une attitude de confiance accrue d'acteurs qui souhaitent se diriger solidairement vers un inévitable inconnu.

Qu'est-ce que le « contrat relationnel » ?

On serait évidemment tenté de chercher à définir plus concrètement ce « contrat relationnel ». Mais il n'existe pas d'acception commune. Sa paternité est souvent attribuée à Ian R. Macneil. L'intérêt pour ce type de démarche a été manifesté pour la première fois par le professeur Stewart Macaulay en 1963, dans une étude empirique intitulée « Non-Contractual Relations in Business⁴ ».

Comme le suggère le titre, l'auteur s'intéressait alors aux relations économiques ne faisant pas l'objet d'un contrat écrit. Le but de l'étude était de montrer qu'il existe, dans le domaine de l'économie, une multitude de relations faisant fi des contrats et des normes juridiques ; selon lui, les relations seraient moins régies par le droit que nous le croyons. L'auteur s'était risqué à proposer quelques pistes d'innovation juridique. Mais cette question du vécu relationnel intéressait déjà beaucoup les juristes et c'est Ian Macneil qui a peu à peu développé aux États-Unis une théorie de ce type de contrat, menée par l'école des réalistes.

Les juristes américains cherchaient notamment à déterminer pourquoi les parties, en pareilles circonstances, agissaient ainsi. Ils cherchaient à identifier ce qui pouvait les pousser à agir en toute coopération, et notamment en renonçant à agir avec opportunisme, même si les situations le leur permettaient. Les études menées ont démontré, comme particularité du contrat dit relationnel, qu'à défaut de pouvoir maîtriser les termes futurs du long terme, les parties considèrent de leur intérêt respectif de s'entendre implicitement sur le principe d'une renégociation régulière, en vue de conduire à terme et avec succès leur finalité initiale. C'est la technique dite du « gap-filling⁵ » (littéralement « combler les lacunes »). Il leur a semblé plus avantageux de s'engager à long terme informellement, que de convenir d'une série de « petits contrats » successifs renouvelables, ou pire encore de s'en remettre à une réglementation luxuriante. Le couple confiance-solidarité a été au cœur des études menées pour confirmer les bienfaits du contrat relationnel.

L'action publique ne s'est jamais interrogée à son sujet

Les retombées des études ont été telles que des recherches empiriques approfondies ont été faites dans de nombreux secteurs : cinématographique, gaz naturel, aluminium, dans les domaines énergétiques, ferroviaires, etc. Mais jamais pour l'action publique ! C'est une occasion manquée qui révèle combien celle-ci s'interroge peu sur les moyens de s'améliorer.

³ Morten HVIID, « Long-Term Contracts and Relational Contracts », *The Encyclopaedia of Law and Economics (Volume I. The History and Methodology of Law and Economics)*, sous la direction de Gerrit DE GEEST & Boudewijn BOUCKAERT, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar, 2000, p. 47.

⁴ Stewart MACAULAY, « Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study », *American Sociological Review*, Volume 28, n° 1, February 1963, pp. 55-67.

⁵ Ian R. MACNEIL, *The New Social Contract*, New Haven, Yale University Press, 1980, p. 73.

Après une somme considérable d'études, les chercheurs se sont réunis autour d'un consensus définissant finalement le contrat relationnel comme une relation entre des acteurs qui s'engagent dans un rapport solidaire visant à atteindre un objectif optimal, exigeant d'éliminer les comportements opportunistes. En d'autres termes, il s'agit « d'un contrat de confiance ».

Alors, quel est donc l'intérêt de rapprocher la relation administrative de cette notion de contrat relationnel ? Tout simplement parce que la fonction administrative, autant sur le plan théorique que pratique, vise à accomplir une action de long terme. C'est l'essence même de son existence. Ce rapprochement pourrait donc nous permettre de faire des découvertes qui aideraient autant les juristes que les acteurs publics, à concevoir une meilleure régulation, juridique ou proprement relationnelle, visant à dissuader toute tentation d'opportunisme.

Dès lors que l'on admet la théorie relationnelle dans le cercle de la relation administrative, il devient immédiatement stimulant de rechercher quels facteurs influenceraient le mieux le rôle joué par la confiance dans ce type de relation.

Le régime relationnel comme acte de confiance réciproque

Cette idée de fonder la relation inter-administrative sous le sceau de contrat relationnel peut encore sembler incongrue puisque dans notre système elle reste déterminée unilatéralement du sommet de l'État. Mais selon l'auteur Alain Chirez⁶, le contrat relationnel pourrait être un excellent mode d'organisation ou d'articulation des rapports entre acteurs publics. Citant le doyen Carbonnier, il rappelle que le contrat est un acte de foi, un acte de confiance et qu'il s'agit même d'un acte de confiance réciproque.

La présomption de bonne foi dans la relation inter administrative

Selon le même auteur, la confiance est fondée sur « l'hypothèse que la communication entre les hommes les porte à une tendance naturelle à croire la parole de l'autre ». Les parties à un contrat sont présumées se faire confiance sincèrement et mutuellement. Selon cette théorie, l'inclinaison de l'humain à croire l'affirmation de son semblable relèverait de l'instinct. Si cette hypothèse est admise pour les individus, il serait paradoxal qu'elle ne puisse l'être entre administrations publiques instituées pour poursuivre un but commun. Voilà qui est bien naïf, pourront objecter les tenants du droit d'autorité hiérarchique. Cependant, cette tendance ou prédisposition à avoir confiance en la sincérité de son cocontractant trouve écho dans la règle générale de droit civil selon laquelle la bonne foi se présume. Autrement dit, la confiance et la bonne foi sont des notions voisines. La confiance, c'est la croyance en la sincérité et la bonne foi en son cocontractant. On peut regretter que notre droit administratif ne présume pas cette bonne foi, notamment dans la relation inter administrative.

Si la confiance est instinctive et essentielle en matière contractuelle, il est tout autant naturel qu'elle soit modulable, entretenue par des comportements coopératifs et par des contrôles à posteriori renforcés. L'observation attentive nous révèle que le degré de confiance est souvent corrélé à la complexité des dispositions⁷ qu'elle garantit. Logiquement, une action complexe pourrait être limitée à une obligation de moyens, alors qu'une action simple pourrait justifier une obligation de résultat. Paradoxalement, une obligation de moyens nécessite une plus grande confiance que l'obligation de résultat plus facile à contrôler. Le critère permettant de mesurer l'indice de confiance est l'importance de l'aléa. Plus l'incertitude est grande, plus le contractant cherchera un partenaire en qui il a une grande confiance. Les hauts degrés de confiance et les aléas importants sont corrélatifs.

⁶ Alain CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, thèse de doctorat en Droit, Université de Nice, juin 1977.

⁷ Oliver E. WILLIAMSON, « Transactions Cost Economies: The Governance of Contractual Relations », *The Journal of Law and Economics*, Volume 22, n° 2, octobre 1979, p. 233 et p. 239.

Ce long détour nous a semblé nécessaire pour bien comprendre la différence, dans la relation administrative, entre le contrat transactionnel classique et le contrat relationnel. Le contrat ordinaire ou transactionnel est destiné à résoudre des intérêts opposés entre chacune des parties. La confiance de chacune d'elles envers l'autre est d'égal à égal, donnant-donnant.

Un modèle relationnel qui restaurerait la confiance entre administrations

Alors que le contrat relationnel se caractérise, comme nous l'avons vu, soit pour du long terme soit pour le choix que font les acteurs d'agir solidairement, de coopérer face aux aléas futurs et placer au second rang leurs intérêts personnels. Ne devrait-il pas en être ainsi dans les rapports entre administrations publiques ? Pour mieux exercer leur mission conjointe de servir l'intérêt général ? Cet état d'esprit devrait dominer dans l'action publique, notamment dans le domaine des compétences transférées ou partagées.

Sous l'empire de la common law, les dérivés de confiance, « fiducia », sont nombreux. Il suffit de penser aux expressions fiduciary capacity, fiduciary duty, fiduciary obligation, fiduciary power, fiduciary position, fiduciary relation ou encore fiduciary relationship, pour n'en nommer que quelques-uns. En droit privé, les dérivés semblent moins nombreux dont quelques-uns très récents. On pense immédiatement à fidéicommissaire ou encore à la fiducie.

Mais il importe peu au fond de connaître avec précision la définition ou la juridicité exacte de confiance ou fiducia, mais plutôt de s'imprégner du sens du générique de la fiducia du droit romain, afin de mieux imaginer tous les instruments dérivés de sa famille juridique dont le droit contemporain aurait grand intérêt à se servir.

La perspective romaniste de la confiance comme fondement du régime relationnel

Afin de ne pas isoler le « contrat relationnel » dans la sphère théorique une 2nde contribution viendra suggérer l'idée d'une transposition de la fiducie dans la relation publique à raison des nombreuses adaptations dont elle a déjà ou pu faire l'objet depuis la Rome antique et qui offre des opportunités encore non défrichées.

La fiducie comme modèle d'inspiration à l'exercice des compétences

Les ressources juridiques de la Rome anciennes sont incommensurables, car la science juridique de l'époque était une science empirique basée sur la recherche de solutions aux cas concrets, plutôt qu'à la définition de notions juridiques abstraites ou encore l'établissement de classification conceptuelle. Ainsi, les définitions juridiques étaient rares, même si des descriptions de jurisconsultes décrivaient ce type de concepts. La fiducie du droit romain ne fait pas exception. Afin que le droit résolve les problèmes pratiques, il était conçu comme une réponse et non comme un dogme auquel la réalité devait s'adapter. Cette approche « bottom-up » était celle de la fiducie. A l'instar du droit romain, le droit contemporain essaie de répondre à ces mêmes préoccupations. Une étude comparée le démontre. Déjà, les jurisconsultes romains évitaient de définir la fiducie en dehors des principes juridiques connus. C'est ainsi que l'on pouvait décrire l'opération comme une opération sui generis non définie. On la qualifiait plutôt de simple opération fondée sur la confiance en vertu de laquelle le fiduciaire donnait en mancipation, sous la condition qu'il fût remancipé. Les analyses, aussi bien historiques que comparatistes, permettent au Professeur Jean-Philippe Dunand] de faire évoluer le débat relatif à la fiducie et de décrypter les entorses faites aux dogmes figés sur les notions de propriété ou d'articulation

de pouvoirs. Jean-Philippe Dunand⁸ a consacré une thèse de doctorat à l'étude de la fiducie romaine, en vue de déterminer la vraie nature de l'opération. De nos premières investigations il apparaît que la fiducie pourrait répondre, dans son esprit, à une articulation de confiance en matière de compétences transférées ou partagées entre l'Etat et les collectivités territoriales.

L'opération fiduciaire laisse perplexe lorsqu'on tente de l'analyser sous le prisme des normes juridiques contemporaines. Pour la comprendre, une seule idée doit dominer toutes les autres : l'idée de confiance ! Il devrait en être toujours ainsi dans la relation administrative.

CONCLUSION

Si l'on considère qu'il y a urgence à établir ou rétablir un haut degré de confiance dans la relation entre les administrations, la recherche juridique nous invite à imaginer une greffe empruntée au droit privé, voire à un autre système juridique, tant l'hybridation apparaît comme indispensable dans un monde ouvert.

Le contrat relationnel, en raison de la confiance accrue qui le caractérise, semble y répondre exactement. Il s'inscrit dans la famille des contrats dits fiduciaires ou contrats de confiance, issus de l'esprit de la fiducie de la Rome antique. Il dépasse la notion de biens et de propriété, il répond judicieusement aux canons de l'exercice des compétences partagées par les acteurs des administrations publiques.

⁸ Jean-Philippe DUNAND, *Le transfert fiduciaire : « donner pour reprendre » Mancipio dare ut remancipetur, Analyse historique et comparatiste de la fiducie-gestion*, Genève, Helbing & Lichtenhahn, 2000.