

II. La solution négociée, un renouvellement limité de l'État

Après cette mise en perspective théorique, nous voudrions à présent envisager la pratique de la solution négociée et son organisation par le droit.

⇒ Quels dispositifs normatifs organisent-ils la solution négociée ? En matière d'action publique : deux dispositifs principaux : les conventions-contrats et les schémas.

Ces dispositifs sont mis en œuvre en amont de la décision administrative ; la solution négociée est ainsi intégrée à l'élaboration de la politique publique (A.). Parallèlement, la solution négociée peut également intervenir afin de résoudre un différend social/sociétal ; dans ce cas, l'État agit comme un tiers-médiateur et reprend la solution négociée dans ses normes (B.).

A.- La solution négociée préalable : d'une solution négociée à une solution dialoguée

Pour envisager la solution négociée préalable, il convient de distinguer entre la solution négociée entre l'État et les personnes publiques (1.) et la solution négociée entre l'État et les opérateurs privés (2.). Cela permettra de montrer que la solution négociée est davantage une solution dialoguée.

1.- La solution négociée entre l'État et les personnes publiques

Contrairement à une idée reçue, la négociation entre personnes publiques ou entre services administratifs est une réalité ancienne. Hauriou relevait déjà ce phénomène dans son *Précis de droit administratif*, regrettant que l'on n'en sache pas davantage sur le phénomène des conventions administratives. Si, depuis lors, une thèse magistrale soutenue par le Professeur Sestier a permis de mieux appréhender ce phénomène, on peut tout de même admettre que le phénomène demeure mal connu des juristes. Il rappelle également que la puissance publique n'est pas un ensemble homogène et que l'intérêt général ne naît pas spontanément mais est un construit entre différentes visions *a priori* et opérationnelles portées par les différents services et/ou personnes publiques.

Aujourd'hui, deux dispositifs juridiques principaux sont utilisés pour concilier les différents intérêts des personnes publiques : les schémas et les contrats. Nous n'entreprendrons pas de liste exhaustive de ces différents instruments – exercice bien trop fastidieux ; nous pouvons seulement relever que certains domaines s'y prêtent plus que d'autres. On en retrouve ainsi en matière de santé publique, en matière d'éducation, en matière d'aménagement du territoire. Trois séries de remarques peuvent être faites :

1°/ La justification du recours à ces dispositifs varie : à la justification première (concilier la mise en œuvre d'une politique nationale tout en l'adaptant aux spécificités territoriales¹ et en coordonnant l'intervention d'une pluralité d'acteurs [ex. les CPER]), s'est ajoutée une justification financière plus prégnante : la négociation est devenue une façon de responsabiliser le service administratif qui négocie et d'accompagner sa plus grande efficacité gestionnaire. Le contrat quadriennal « négocié » entre les Universités et le ministère de l'Enseignement supérieur rend compte de ces différents aspects de la solution négociée. La négociation prend alors la forme d'un acte de conviction de l'autorité de tutelle par l'autorité inférieure.

2°/ L'administration territoriale fournit un terrain particulièrement fécond pour la solution négociée. Elle témoigne du caractère complémentaire des deux instruments – contrats et schémas- au cœur de cette politique. On peut ainsi penser au premier projet de loi Lebranchu de réforme territoriale (adopté en Conseil des ministres le 4 avril 2013). Ce texte prévoyait la négociation (dans le cadre régional) d'un « pacte de gouvernance territoriale [...] constitué par les schémas d'organisation élaborés » par les différentes collectivités territoriales. Cela

¹ Eg. les conventions de coordination signées quand la police municipale compte plus de 5 agents.

permettait d'articuler les schémas couvrant les différents territoires dans une vision négociée de l'intérêt de ce même territoire. Ce projet fut toutefois abandonné en raison de l'opposition parlementaire, laquelle mêlait un certain conservatisme dans la détermination de l'intérêt local et un réel pragmatisme (d'aucuns pensaient qu'il aurait fallu un mandat pour parvenir à l'adoption d'un tel Pacte sans compter que le projet laissait dans le flou la question du pilotage – et de son articulation avec le chef de filat). Cet exemple est intéressant car il révèle les tensions profondes de la solution négociée : elle participe du dialogue constitutif de la gouvernance territoriale.

3°/ Enfin, on relèvera que les instruments négociés ont un fondement légal. C'est donc le législateur qui détermine/fixe les intérêts légitimes à négocier, cette légitimité étant envisagée à l'aune de sa propre conception de l'intérêt général. Si cela semble confirmer la lecture foucauldienne de l'État, cela explique le décalage que la doctrine juridique peut parfois relever entre les compétences d'intérêt local et les compétences exercées par les collectivités territoriales. Plus généralement, contrats et schémas constituent une manière de concilier par la concertation. La pratique des négociations impliquant l'État et d'autres acteurs publics montre d'ailleurs que la conciliation est opérée en faveur de l'État (cf. les CPER dans le cadre desquels l'État fait financer ses compétences par les collectivités territoriales tandis que le mouvement inverse n'est jamais constaté par les observateurs). Cette concertation n'est par ailleurs pas toujours facile à assumer par les gouvernants. Alors qu'elle est source d'une réelle différenciation des politiques mises en œuvre, elle se heurte à l'exigence d'égalité. Le gouvernement Ayrault comprenait ainsi deux ministères aux intitulés contradictoires : décentralisation d'un côté (porteur du projet précité) et égalité des territoires de l'autre, illustrant la difficulté à repenser la dialectique de l'un et du multiple au cœur du droit territorial négocié.

2.- La négociation avec les opérateurs de la société civile

L'administration peut également négocier avec les grands acteurs économiques. Les domaines sont ici aussi variés, allant de l'environnement à la sphère économique. Juridiquement, les outils sont identiques à ceux précédemment évoqués ; ils reposent principalement sur le conventionnement de la politique publique. Pierre Lascoumes, dans une étude sur la politique de l'environnement², dégage quatre types de négociations qui constituent une gradation du rapport de force entre l'administration et les industriels avec lesquels elle négocie :

- La négociation « contrainte retenue » (favorable à l'administration)
- La « négociation pression »
- La négociation « émulation »
- La négociation « affichage » (très favorable aux opérateurs économiques).

Cette typologie révèle les jeux d'acteurs ouverts par le recours à la négociation. Elle met en exergue que l'équilibre de la négociation dépend de la maîtrise de son environnement et de la technique par l'administration impliquée. Moins elle est autonome dans son appréhension du contexte et de l'objet de la négociation, plus l'opérateur privé est en position de force face à elle. Doter l'administration de la capacité technique et technologique de maîtriser son environnement est ainsi une condition de la préséance administrative. À ce titre, les autorités de régulation ont conséquemment développé leur capacité d'investigation et la maîtrise technique de leur environnement afin de peser face aux opérateurs économiques. Les négociations n'en sont alors pas vraiment et se rapprochent davantage de la concertation ou de la consultation (eg. l'Autorité de la concurrence).

² Pierre Lascoumes, « Négocier le droit, formes et conditions d'une activité gouvernementale conventionnelle », *Politiques et management public*, vol. 11, n° 4, 1993, pp. 47-83.

Autre condition qui renforce l'administration face à l'opérateur économique : **la maîtrise de l'agenda**. Plus celle-ci est autonome, plus la personne publique est en position de force. Partons d'un exemple concret : la commune de Villeurbanne a un projet de Halle des cultures urbaines destinée, entre autres choses, à reloger le Centre culturel œcuménique (association privée influente dans le milieu de la culture à Villeurbanne et dont les locaux ne sont plus aux normes). La commune a lancé des négociations avec le CCO qui est un acteur dont l'accord est indispensable pour que le milieu culturel adhère. Or, si le CCO a débuté en position de force, les six premiers mois de négociation ont inversé le rapport de force en raison tant de la capacité de la mairie à faire prévaloir son expertise (la négociation ayant introduit un rapport de force entre deux légitimités techniques) et à déterminer l'enveloppe financière du projet. La négociation devient dans ce cas de figure un exercice de mobilisation feutrée du corps socioéconomique afin de renforcer le projet de l'autorité administrative.

La solution négociée dans l'action publique participe ainsi moins à la promotion d'un « droit négocié » que d'un « droit dialogique » selon l'expression du Professeur Idoux³ qui en fait une composante de la fonction de régulation de la puissance publique. Derrière la figure de l'État négociateur, on trouve ainsi des outils qui participent à, et une maîtrise de la production de l'intérêt collectif légitime. C'est cette construction qui justifie à la fois le caractère asymétrique de l'horizontalité pratiquée et le fait que les acteurs socioéconomiques s'en remettent parfois à l'État pour les accompagner dans la négociation permettant de sortir d'une crise sociale.

B.- La solution négociée comme résolution d'un différend sociopolitique

Nous voudrions ici rapidement évoquer un autre aspect de la solution négociée ; l'État y recourt parfois en cas de conflit social important. Il force alors les acteurs à la négociation sous son égide selon un processus que l'on appelle la « grenellisation » (1.). La négociation a également été encouragée pour surmonter les différends qui naissent dans le cadre du contrôle de légalité, illustrant là encore à quel point cette négociation est usuelle et favorable à l'État (2.).

1.- La grenellisation

L'intervention de l'État pour forcer à la négociation en cas de crise est un phénomène ancien ; on en trouve trace dès le Front populaire et, plus récemment, suite aux événements de mai 1968. Il s'agit en l'occurrence d'une négociation tripartite : les parties négociant entre elles tout autant qu'avec l'État une solution au conflit. L'État est alors souvent conduit à reprendre dans son droit le résultat des négociations ; la loi du 27 décembre 1968 reprend ainsi une partie des accords de Grenelle des 25 et 26 mai 1968. Deux séries de commentaires peuvent être proposés. 1°/ Il ne s'agit que d'un dispositif ponctuel. S'il conduit à une solution négociée (laquelle engendre elle-même de nouvelles négociations dans les entreprises), le processus de négociation se mêle au processus d'édition unilatérale ; les deux s'entremêlant. La résistance de l'unilatéralisme se retrouve dans le développement moderne du mouvement de « grenellisation ». Les lois du 3 août 2009 et du 12 juillet 2010 finalisent le « Grenelle de l'environnement ». Dans une matière où le consensus est difficile et les réactions parfois violentes (cf. Notre Dame des Landes), le recours à la négociation permet d'apaiser les tensions sociales et de poser les bases d'une plus large adhésion de la société. Elle permet également de mobiliser des expertises dont ne dispose pas la puissance publique. En ce sens, le recours à la solution négociée participe d'une refonte des bases de la légitimité de la norme unilatérale. Celle-ci devient moins verticale cependant que l'horizontalité est bien asymétrique car le

³ Pascale Idoux, « Dynamique contractuelle et dynamique délibérative dans le renouvellement des méthodes de l'action publique », *Mélanges Guibal*, vol. 2, Montpellier, Éditions du CREAM, 2007, pp. 547-574.

Parlement est libre de reprendre et modifier le résultat des négociations. Le droit dialogique fait le pont entre le droit négocié et le droit unilatéral.

2°/ En matière sociale, le recours à la négociation collective est par ailleurs devenu une modalité de mise en œuvre de la loi. Le législateur renvoie ainsi à des accords collectifs qu'il appartient à l'administration d'agréer. La solution négociée se substitue aux actes réglementaires d'exécution de la loi ; ce qui justifie d'ailleurs pour le Conseil d'État qu'il puisse en connaître sans opérer de renvoi préjudiciel au juge judiciaire (CE Sect., 23 mars 2012, *Fédération SUD Santé Sociaux*). Ce recours à la norme négociée privée pour atteindre les objectifs poursuivis par le législateur confirme l'acceptation du processus de négociation et son inscription dans les modalités contemporaines de détermination des conditions de la vie collective.

2. Le contrôle de légalité ou la recherche de la solution négociée

Outre le cas précédent, la solution négociée constitue également un moyen de résoudre les différends entre personnes publiques. Le contrôle de légalité illustre ce point et montre que la solution négociée participe d'une certaine régulation politique de l'activité administrative.

La loi du 2 mars 1982 introduit le contrôle de légalité des actes locaux par le préfet. Rien dans le texte ne prévoit que ce dernier puisse négocier avec les édiles s'il constate une illégalité (la loi ne prévoit que la saisine du juge administratif). Cette juridictionnalisation du contrôle des actes locaux est censée rompre avec la régulation croisée alors à l'œuvre entre le Préfet et ses notables. Cette régulation croisée était déjà caractérisée par une forte négociation entre le préfet et les élus locaux, mais une négociation non prévue par le droit. Alors que la loi semblait mettre un terme à ces arrangements administratifs, le Conseil d'État les a réintroduits en acceptant que la demande d'information complémentaire⁴ et/ou les observations préalables du préfet aux collectivités territoriales⁵ prorogent le délai de déféré (jusqu'à 4 mois puisque les deux causes se cumulent⁶). Le juge a complété ce dispositif en conférant une grande liberté au préfet en cas de déféré sur demande⁷ et en acceptant que le Préfet puisse se désister à tout moment⁸.

La jurisprudence conduit ainsi à réintégrer la phase de négociation dans le contrôle de légalité. Deux motifs peuvent l'expliquer. La négociation est un facteur de souplesse dans la résolution des différends verticaux. Elle évite que l'État français se dirige trop fortement vers une décentralisation de type politique puisqu'elle participe d'une politique administrative ancienne et cohérente. À l'instar d'autres types de négociations entre l'État et les personnes publiques territoriales, le premier obtient souvent gain de cause (la faiblesse du nombre de déférés [environ 5000] au regard des observations préfectorales [entre 180 000 et 200 000] confirme cela).

Pour conclure, il ressort de ces rapides propos les éléments suivants :

- technique de régulation et de conciliation des intérêts en présence, la solution négociée est une composante de la gouvernance moderne ; son caractère incomplet dans le cadre français confirme le maintien de la préséance étatique dans la détermination de l'intérêt collectif légitime.

- en ce sens, l'État négociateur est une figure symbolique que la pratique permet de nuancer. L'État est moins un négociateur qu'un chef d'orchestre (d'où le caractère asymétrique de l'horizontalité) qui recherche l'adhésion des parties prenantes à l'action publique. La notion de droit dialogique rend ainsi mieux compte de la réalité de la pratique administrative que le droit

⁴ CE Sect., 13 janv. 1988, *Mutuelle générale des personnels des collectivités locales*, *Leb.* p. 7.

⁵ CE, 18 avril 1986, *Com. de la Rép. d'Ille-et-Vilaine*, *Leb.* p. 658.

⁶ CE Sect., 18 nov. 2005, *Sté fermière de Campoloro*, *Leb.* p. 515.

⁷ CE Sect., 25 janv. 1991, *M. Brasseur*, *Leb.* p. 23.

⁸ CE, 16 juin 1989, *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Cne de Belcodène*, *Leb.* p. 855.

négocié (ainsi que le confirment les études de sciences administrative et politique). L'État négociateur est en cela un État dialogique, un État qui accepte de dialoguer avec les parties prenantes. Cette acceptation n'obère toutefois en rien le fait qu'il ait le dernier mot. Là encore, il faut que tout change pour que rien ne change...