

Le droit de l'externalisation des activités publiques dans les principaux systèmes européens

Philippe COSSALTER
Maître de conférences
Université Panthéon-Assas (Paris II)

I. Les domaines d'application de l'externalisation.....	6
A./ Les activités non déléguables.....	6
1) Les activités non déléguables en raison d'une attribution de compétences.	6
2) Les activités non déléguables par leur nature	8
B./ Les activités externalisables	11
II. Les modalités de mise en œuvre.....	14
A/ La réception par inspiration.....	15
B/ La réception par transposition	16
III. Les contrôles sur les activités externalisées	17

La délégation des activités publiques n'est pas un phénomène nouveau en Europe. Des études historiques¹ montrent que le phénomène concessif a permis la réalisation de nombreux équipements publics et, à partir du XIX^e siècle, l'établissement de tous les services publics urbains².

La construction théorique de la concession de travaux et de services publics en France a eu une grande influence sur les États membres de l'Union européenne. Mais l'institution juridique n'a pas précédé la pratique : elle a pérennisé ses principales caractéristiques. Il est erroné à cet égard de croire que la « concession de service public » soit un phénomène français. Tout au plus la théorie en est-elle mieux développée ici qu'ailleurs.

Si l'on excepte quelques expériences ponctuelles³, le phénomène d'externalisation des activités publiques en Europe, au contraire, a fait précéder l'institution juridique à la pratique. Ses principaux caractères étaient théorisés en Royaume-Uni en 1997⁴, avant même qu'ait été signé le premier contrat d'externalisation. Ceci explique que certains mécanismes se

¹ Bezançon (Xavier), *Essai sur les contrats de travaux et de services publics*, Paris, LGDJ (coll. « Bibliothèque de droit public »), tome 206, 1999.

² V., parmi une abondante littérature : Forsthoef (Ernst), *Die Verwaltung als Leistungsträger*, Berlin, 1938, p. 42. Garcia de Enterría (Eduardo), « La actividad industrial y mercantil de los municipios », *RAP*, 1955, n° 17, pp. 87-138. Pototschnig (Umberto), *I pubblici servizi*, Padoue, CEDAM, 1964, p. 427. Villar Palasi (José Luis), voce « Concesiones administrativas » in : enciclopedia SEIX, tome IV, 1981, pp. 684 s. V. en outre les nombreux développements historiques de Muñoz Machado (Santiago), *Servicio público y mercado - I. Los fundamentos*, Madrid, Civitas, 1998.

³ Loi n° 87-432 du 22 juin 1987, relative au service public pénitentiaire, dite « loi Chalandon », *JORF* du 23 juin 1987, p. 6775, à laquelle il convient d'ajouter l'expérience des « faux METP » des lycées d'Ile-de-France. Avant cela : Mestre (Jean-Louis), « Historique du recours à « l'initiative privée » en matière pénitentiaire » in : *Les prisons dites « privées »*, Actes du colloque organisé à Aix-en-Provence les 23 et 24 janvier 1987, PUAM et Economica, 1987.

⁴ Élaboration théorique qui a certes connu des évolutions notables, mais qui était établie dans ses grandes lignes.

retrouvent dans la législation de nombreux États, alors qu'ils n'ont jamais été mis en œuvre et ne le seront sans doute jamais ⁵.

L'externalisation, que nous définirons dans un sens restreint, se distingue de la délégation, ou concession, principalement par l'objet sur lequel elle porte.

L'externalisation ou *outsourcing* désigne un courant majeur dans le secteur industriel, consistant en la délégation de fonctions non essentielles. Dans ce secteur, l'analyse managériale distingue les fonctions essentielles d'une entreprise de ses fonctions annexes. La problématique est alors assez similaire aux réflexions sur les fonctions essentielles (*core functions*) et non essentielles de l'État.

Le terme est désormais courant dans le langage même du droit public, sans correspondre à une notion juridique définie ⁶.

Le terme souffre de l'usage polysémique dont il fait l'objet, à deux égards. La polysémie du terme « externalisation » provient d'une part de la diversité des objets auxquels il semble susceptible de s'appliquer : gestion de patrimoine immobilier ⁷, financement, maintenance ⁸ en particulier informatique ⁹, productions industrielles etc., entraînant dans son sillage un usage doctrinal en droit social ¹⁰ ou en droit fiscal. La seconde faiblesse, corrélative, du terme est son caractère transversal : il provient de la gestion ¹¹, mais constitue une notion valide en économie ¹², en finance ¹³ et d'une certaine manière en comptabilité ¹⁴.

L'externalisation est un « puissant dissolvant » des structures administratives ¹⁵. L'administration n'a pas encore été réduite, comme certaines entreprises, à un simple « nœud de contrats » ¹⁶, un « long *continuum* oscillant entre la hiérarchie et le marché » ¹⁷. Mais la

⁵ Tel est le cas des clauses de *step-in*, mécanisme consistant à accorder aux créanciers du partenaire privé, lorsque l'inexécution contractuelle pourrait entraîner une résiliation pour faute, la possibilité de proposer un nouveau cocontractant à l'administration. Ce mécanisme, présent dans tous les contrats de *PFI*, prévu dans les législations française, italienne et espagnole, n'a jamais été utilisé dans le monde pour des projets publics.

⁶ V. Dreyfus (Jean-David), « L'externalisation, éléments de droit public », *AJDA* 2002, n° 19, pp. 1214-1218. Babin (L.) et Lignières (Paul), « L'externalisation : au cœur des préoccupations de l'État », *DA* mai 2002 p. 37. Cour des comptes, *Rapport public pour 1998*, « La gestion déléguée du service public communal de la restauration collective en Ile-de-France ».

⁷ Lacouture (Thierry) et Bus (Jean-Pascal), « Comment externaliser son patrimoine immobilier ? », *Décideurs juridiques et financiers*, décembre 2002, n° 39, pp. 74-75. Donnadiou (Alain) et autres, « Externaliser son patrimoine immobilier », *Option Finance*, octobre 2002, n° 707, pp. 42-49.

⁸ Martin (Sylvain), « Entreprises : ne sous-estimez pas les enjeux juridiques et financiers des contrats de maintenance », octobre 2002, n° 709, p. 37.

⁹ D'Haultfeuille (Marc), « Quel cadre juridique pour externaliser vos ressources informatiques et télécoms ? », *Option Finance*, novembre 2002, n° 712, pp. 38-45. Naftalski (Fabrice), « Quelle précaution juridique prendre pour sécuriser un projet d'externalisation informatique », *Option Finance*, novembre 2002, n° 713 p. 41.

¹⁰ Brunel (Jacques), « Externalisation et droit social : Des principes juridiques encore plus stricts », *Banque Magazine*, avril 2003, n° 646, pp. 65-66.

¹¹ Marmuse (Christian), « Les enjeux de l'externalisation », in : *Les enjeux de l'externalisation*, PA n° 147, 9 décembre 1998, pp. 3 s. Petrovic (Alexandra) et autres, « Externalisation : une mode indémodable », *Management & Finance*, novembre 2000, n° 121, pp. 17-27

¹² Brousseau (Éric), « Analyse économique des pratiques liées à l'externalisation », in : *Les enjeux de l'externalisation*, PA n° 147, 9 décembre 1998, pp. 22 s.

¹³ Recoules (Alain) et More (Patricia), « Gestion administrative et comptable des FCP : l'externalisation favorisée », *Option Finance*, novembre 2000, n° 616, p. 25.

¹⁴ Lebrun (Benoît), « L'externalisation des comptes consolidés : une solution pour passer aux normes IAS », *Option Finance*, janvier 2003, n° 719 p. 29.

¹⁵ Linditch (Florian), « Droit administratif, l'éternel retour : l'illustration des marchés publics », *Revue administrative*, juillet 2002, n° 328, pp. 358-372..

¹⁶ *Ibid.*

possibilité de « démanteler » les structures administratives traditionnelles par la voie contractuelle indique assez que doit exister une catégorie particulière de contrats qui ne peuvent être réduits à la simple fonction « achat » de l'administration. Les techniques d'externalisation constituent plus que l'accumulation de marchés publics ponctuels.

Les définitions doctrinales des contrats d'externalisation dans le secteur industriel rappellent directement les définitions fonctionnelles des « faux METP ». L'externalisation « privée » peut être définie comme un contrat d'objectifs pluriannuel, attribuant au client un rôle de définition et de contrôle, et au prestataire un rôle de maîtrise d'œuvre¹⁸.

Quant à l'externalisation des fonctions administratives, nous l'avons définie ailleurs¹⁹ comme l'acte consistant « à confier de manière temporaire et contre rémunération, à une entité juridiquement distincte, l'exploitation d'une activité globale, annexe mais indispensable à son activité principale, en fonction de besoins définis ». D'autres définitions ont été proposées²⁰, qui rappellent toutes que l'externalisation consiste à confier à un tiers une partie d'une mission globale.

Les contrats confiant l'exécution de services annexes sans lien direct avec l'utilisateur ou de simples travaux d'entretien sont traditionnellement analysés comme des marchés publics. Cependant, l'on peut considérer que le statut de ces activités annexes change de nature lorsqu'elles recouvrent un grand nombre d'activités, ou que l'activité exercée est d'une importance économique et matérielle primordiale pour l'exécution du service.

C'est l'une des idées sous-tendant l'ordonnance sur les contrats de partenariat²¹ : les missions faisant l'objet de ces contrats peuvent concourir « à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée ». Si la notion de missions « concourant » à l'exercice des attributions est loin d'être claire, l'idée sous-jacente est aisément perceptible : les contrats de partenariat, exemples typiques de contrats d'externalisation, portent sur un ensemble de missions qui, sans forcément constituer le service public lui-même (à défaut de lien juridique direct avec l'utilisateur), en assurent le fonctionnement. Le partenariat ainsi constitué est plus qu'un simple marché portant sur une prestation ponctuelle ; il peut être moins que le service public.

¹⁷ Jamin (Christophe), « Propos introductifs », in : *Les enjeux de l'externalisation*, PA n° 147, 9 décembre 1998, p. 3. L'on retrouve dans les propos de l'auteur une référence indiscutable aux nouvelles théories économiques de la firme.

¹⁸ V. Charte de l'externalisation du Comité de Liaison des Services du MEDEF et de l'Institut Esprit Service. V. *Management de l'externalisation – Guide européen*, Paris, MEDEF, Institut Esprit Services, Commission européenne, 2001, p. 15.

L'*outsourcing* a également été défini comme un « rapport contractuel complexe destiné à l'acquisition auprès d'un « fournisseur extérieur », à travers une contractualisation de moyen terme, de services qui ... étaient auparavant produits par les moyens internes de l'entité, et ayant une valeur ajoutée ». De Blasiis (Anna), *Outsourcing e Global service*, Province de Potenza (Italie), Bureau des études, non daté.

¹⁹ Cossalter (Philippe), *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, Paris, LGDJ, (coll. « Bibliothèque de droit public »), 2007, à paraître.

²⁰ V. Dupouey (Jacques), « Propos sur l'externalisation », *Droit et patrimoine*, n°59 avril 1998, p.42, pour qui l'externalisation peut être analysée comme l'abandon d'une branche d'activité par une entreprise qui la cède à une autre entreprise afin que cette dernière lui assure, en retour, la production ou le service pour laquelle ou lequel ladite branche d'activité était dédiée.

Cette définition s'adapte mal à la matière des activités publiques, en raison de l'idée « d'abandon » sur laquelle elle s'appuie.

V. également Lignières (Paul) et Babin (L.), « L'externalisation : au cœur des préoccupations de l'Etat », *DA*, mai 2002, p. 37, pour qui l'externalisation est « un outil de gestion qui permet à une organisation de déléguer certaines fonctions non stratégiques, précédemment exercées par elle, à des prestataires de services extérieurs ».

²¹ Ordonnance n° 2004-559, du 17 juin 2004, sur les contrats de partenariat, *JORF* n° 141 du 19 juin 2004, p. 10994, précitée.

L'idée n'est pas nouvelle. Elle a trouvé corps, en France, à l'occasion des débats sur le marché d'entreprise de travaux publics. Marie-Thérèse Sur le Liboux explique ainsi qu'un « bâtiment ... n'est pas seulement un « clos et couvert ». Un bâtiment est rempli aujourd'hui d'équipements plus ou moins sommaires ou plus ou moins sophistiqués.... Vous avez très souvent les ascenseurs, l'électricité, l'eau, le chauffage... ». La gestion de cet ensemble technique peut être appelée « exploitation technique » ou « maintenance et exploitation technique »²² ; elle représente une fonction annexe mais nécessaire à l'exploitation de la mission de service public principale²³.

Mais l'externalisation se distingue des premières expériences de « faux-METP » par l'étendue des missions confiées. La présentation des contrats de « commande publique » en trois catégories permet de saisir l'externalisation aussi bien en France qu'à l'étranger : marchés publics, contrats d'externalisation, concessions sont trois modèles fournissant à l'administration un *continuum*²⁴ d'instruments de gestion de ses activités. Seul le second nous intéressera ici.

* *
*

Si l'on a dit que la théorie de l'externalisation a précédé la pratique, c'est parce que le terme « d'externalisation » sera ici retenu dans un sens strict. Il ne s'agit pas d'examiner le phénomène des partenariats public-privé. Il ne faut pas non plus confondre l'externalisation des activités publiques et les simples marchés publics.

Le « partenariat public-privé » n'est pas une notion juridique²⁵ valide. Outre sa faiblesse sémantique²⁶, son usage est trop variable ; il sert à désigner, selon l'auteur et le contexte national, le phénomène concessif²⁷, les contrats de type *PFI*²⁸, les privatisations, l'économie

²² Sur Le Liboux (Marie-Thérèse), « L'utilité du METP selon les différents secteurs d'activités », in : *L'avenir du marché d'entreprise de travaux publics*, Actes du colloque organisé par l'Institut du Droit Economique Fiscal et Social le 8 mars 2001 à l'Université Paris Dauphine, *Revue générale des collectivités territoriales*, avril 2002, n° 22, pp. 156-162, p. 156.

²³ V. pour une analyse comparable : Mescheriakoff (Alain-Serge), *Droit des services publics*, Paris, PUF, 2^{ème} édition, 1997, pp. 278 s, qui distingue trois niveaux d'exécution du service public : la maîtrise du service, la gestion du service et la prestation de service public. La prestation du service public, « niveau trois » de son exécution, présente deux caractéristiques. D'une part elle ne porte que très rarement sur la fourniture de l'ensemble de la prestation de service public, mais plus souvent sur des éléments de cette prestation ou sur des prestations annexes. D'autre part elle n'implique aucun lien juridique avec l'usager.

²⁴ Pour reprendre l'expression de : Gaudemet (Yves), « Les contrats de partenariat public-privé : étude historique et critique », *BJCP* 2004, n° 36, pp. 331-339, p. 331

²⁵ V. Marcou (Gérard), « Le partenariat public-privé : retrait ou renouveau de l'intervention publique », précité, pp. 15 s. Gaudemet (Yves), « Les contrats de partenariat public-privé : étude historique et critique », *BJCP* 2004, n° 36, pp. 331-339, précité.

²⁶ Denoix de Saint Marc (Renaud), « La question de l'administration contractuelle », *AJDA* 2003, n° 19, p. 970. Cossalter (Philippe), *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, précité, introduction.

²⁷ Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit, *Public Private Partnership - Ein Leitfadens für öffentliche Verwaltung und Unternehmer*, 2003, p. 9.

²⁸ Commission des Communautés européennes, *Guidelines for successful Public-Private Partnerships*, mars 2003.

mixte ²⁹ et toute autre modalité permettant d'impliquer, à un quelconque niveau, une personne privée à la gestion d'une activité publique ³⁰.

Les contrats d'externalisation ne peuvent pas non plus être assimilés à des marchés publics. Ils ne portent pas sur des prestations ponctuelles, et supposent la plupart du temps un lien physique direct avec les usagers.

L'externalisation recouvrira ici exclusivement les contrats de type *PFI*, les contrats de partenariat du droit français et leurs équivalents du droit allemand, italien et espagnol. Seront ainsi examinés les trois principaux systèmes du droit européen : roman, germanique et de *common law*.

Dans ce sens strict, l'externalisation pose, dans l'Union européenne, des questions très comparables. Le cadre juridique commun qui se dessine porte sur les trois éléments que sont la détermination des formes contractuelles ou institutionnelles de gestion, l'élaboration d'un régime de mise en concurrence et d'exécution harmonisés. Ces trois domaines d'étude de l'externalisation sont bien trop vastes pour être ici abordés de manière systématique ³¹.

Dans le cadre de cette courte étude, nous avons été invité à traiter, de manière plus précise, de trois questions que sont : la détermination des activités externalisables, les formes de l'externalisation, les modalités de contrôle sur les activités externalisées. Ces trois questions laissent de côté celles, désormais plus classiques, que sont la détermination du contenu contractuel et des régimes de passation et d'exécution. Elles échappent par ailleurs très largement du champ du droit communautaire : elles intéressent en premier lieu le droit administratif comparé, moins le droit administratif européen.

Le point commun entre ces trois questions est la grande incertitude qui les caractérise.

Le développement de l'externalisation, dans les domaines régaliens que sont la défense ou la justice, repousse constamment les frontières de ce qui semblait relever, de manière indivisible, de l'exercice direct de la souveraineté par les organes et les agents de l'État. Il apparaît progressivement que ces frontières peuvent aisément être dépassées et que les bornes de ce développement sont aujourd'hui plus intuitives que véritablement juridiques (I). Les formes de l'externalisation sont également variables. Malgré la transposition parfois brutale du modèle de la *PFI*, certains systèmes juridiques sont rétifs à son intégration, qui se fait par tâtonnements, suivant des formes surprenantes (II). Enfin, le passage de l'administration directe à l'administration contractuelle pose la question des contrôles sur l'exécution des activités externalisées. Les outils traditionnels de contrôle sur l'action administrative sont parfois inadaptés à l'environnement des contrats d'externalisation. Mais ces difficultés ne doivent pas être exagérées, et faire oublier l'état antérieur de la question (III).

²⁹ Déom (Diane) et Vermeer (Johanne), *Vade mecum du partenariat public privé au niveau communal*, Cellule Politique des Grandes Villes (Belgique), janvier 2004.

³⁰ HM Treasury, *Public Private Partnerships – The Government's Approach*, Londres, The Stationery Office, 2000.

³¹ V. sur toutes ces questions Cossalter (Philippe), *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, précité.

I. LES DOMAINES D'APPLICATION DE L'EXTERNALISATION

Le domaine d'application de l'externalisation est complémentaire de celui, plus traditionnel, des contrats de type concessif. Il permet de confier à une société privée³² des missions techniques *accessoires* mais indispensables à l'accomplissement d'une mission plus vaste. Les caractéristiques de l'externalisation permettent ainsi d'assurer la « divisibilité » des missions techniques et des fonctions régaliennes de l'État. L'externalisation, telle que nous l'avons définie, est à cet égard un moyen d'augmenter le nombre des activités pouvant être confiées au secteur privé, dans une perspective de modernisation des administrations publiques³³. La question n'est plus alors de savoir dans quels domaines peut intervenir une délégation, mais de quelle intensité peut être l'externalisation. C'est, pour reprendre une célèbre distinction, plus une question de degré (B) que de nature (A).

A./ Les activités non déléguables

La détermination des activités publiques non déléguables pose, partout, des questions similaires : leur existence ne semble faire aucun doute, mais leur fondement aussi bien que leur étendue sont incertains.

Un grand nombre des activités qui sont traditionnellement présentées comme non déléguables sont en réalité tributaires d'attributions particulières de compétences³⁴. Le caractère non déléguable ne relève pas ainsi de leur nature, mais d'un texte, de niveau en principe législatif, qui en attribue la compétence à une personne déterminée. L'articulation des compétences explique ainsi la majeure partie des limites à la délégation (1).

L'autre limite est relative à la nature des activités concernées, qui sont afférentes aux missions régaliennes de l'État. C'est ici que les incertitudes sont les plus fortes. Il est *a priori* évident que la justice, la police, l'armée, toutes les fonctions impliquant l'exercice de la puissance souveraine, ne peuvent être exercées par le secteur privé. Il est *a posteriori* difficile d'en trouver un fondement constitutionnel (2).

1) Les activités non déléguables en raison d'une attribution de compétences

Les interdictions de déléguer en vertu d'un texte ne sont que l'expression du principe selon lequel le délégué ne peut déléguer. C'est en droit anglais que ce principe est le plus visible. Un auteur britannique résume une partie de l'architecture constitutionnelle britannique par l'adage « *delegatus non potest delegare* »³⁵ ou « *delegatio delegationis non datur* »³⁶. Cette

³² L'hypothèse d'une externalisation au profit d'une personne publique, qui n'est nulle part interdite, est cependant trop rare, voire anecdotique, pour être traitée ici.

³³ V. notamment Le Galès (Patrick), « Aspects idéologiques et politiques du partenariat public-privé », *Revue d'économie financière*, 1995, hors-série, pp. 51-63.

³⁴ La dichotomie élaborée par le Conseil d'État français, entre activités non déléguables en vertu d'un texte et activités non déléguables par nature, est à cet égard d'une grande pertinence, en France mais également à l'étranger : Conseil d'État, avis de la section de l'Intérieur, 7 octobre 1986, n° 340.609, *Grands Avis du Conseil d'État*, 1^{ère} éd., 1997, n° 24, p. 245.

³⁵ Craig (Paul), « The Contract State : Administrative Law Revisited », in : Fortin (Yvonne), *La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980*, Paris, L'Harmattan, 1999, pp. 359-374, p. 368

³⁶ Triantafyllou (Dimitris), « Les mutations de la notion de service public en droit comparé », in : Travaux de la CEDECE, Kovar (Robert) et Simon (Denys) (dir.), *Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt*

vision s'oppose à celle qui a été développée aux Etats-Unis, où le domaine des activités publiques non déléguables est plutôt appréhendé comme un ensemble de *core functions* ou fonctions centrales insusceptibles d'exercice par une personne privée.

Les personnes morales n'ont, en Angleterre, que les compétences qui leur sont expressément attribuées par la loi. En ce qui concerne les collectivités locales, l'article 111 du *Local Government Act 1972* leur confère la compétence de faire tout ce qui est destiné à faciliter, ou ce qui est la conséquence de l'accomplissement de leurs fonctions. Mais l'article 111, et les règles de la *Common Law* laissent subsister un doute sur la possibilité de confier, par contrat, une véritable délégation de fonctions, qui irait au-delà d'un simple aménagement des modalités de gestion. Le Parlement a pris, en 1994, la loi sur la déréglementation et la délégation (*Deregulation and Contracting Out Act 1994*)³⁷ : cette loi lève la plupart des obstacles légaux à la contractualisation des fonctions publiques³⁸. Cette loi n'autorise pas directement la contractualisation (*contracting out*) des activités publiques, mais habilite les ministres à prendre un acte réglementaire (*order*) autorisant leur délégation contractuelle.

L'interdiction des subdélégations explique, en dehors du Royaume-Uni un grand nombre d'interdictions de déléguer. Ainsi, l'interdiction pour les établissements hospitaliers publics français de déléguer l'activité d'hébergement médicalisé³⁹, pour ne reprendre que cet exemple, n'est que l'expression d'espèce d'une règle classique et fondamentale du droit public français : le titulaire d'une compétence n'en dispose pas comme d'un droit, mais doit l'exercer lui-même sans pouvoir la transmettre⁴⁰.

Les droits italien⁴¹ et espagnol⁴² établissent, quant à eux, des listes limitatives de modalités de gestion des services publics, ce qui implique nécessairement que seules les modalités énumérées puissent être employées et que la délégation d'une activité ne soit possible que dans les champs couverts par les lois « d'habilitation ».

Paul Orianne remarque que la Constitution belge s'oppose à la concession de certains services, confiés par elle à de hautes autorités qui ne peuvent déléguer à des particuliers les droits qui leur sont ainsi conférés. « Le Roi étant le chef de l'armée, il ne peut par exemple se concevoir que tout ou partie du service de la défense nationale soit assuré de façon autonome par des milices privées ou étrangères. A plus forte raison le service de la Justice ne pourrait-il être concédé »⁴³. Il n'existe pas d'autres services qui, dans l'opinion de Paul Orianne, ne pourraient pas être concédés. Le service de la police, en particulier, pourrait faire l'objet d'une

général et le marché, Actes du colloque de Strasbourg, 17-19 octobre 1996, La documentation française, 1998, tome I, p. 33-63, p. 55.

³⁷ *Current Law Statutes*, Londres, Sweet & Maxwell, 1994, vol. 3, chapitre 40.

³⁸ Sur cette loi, voir : Arrowsmith (Sue), *The Law of Public and Utilities Procurement*, op. cit., pp. 26-27 ; Freedland (Mark), "Privatising *Carltona* ; Part II of the Deregulation and Contracting Out Act 1994", *Public Law*, 1995, pp. 21 s. Voir en outre Craig (Paul), *Administrative Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 4^{ème} édition, 1999, pp. 125-133.

³⁹ CE, avis du 16 juin 1994, *EDCE*, 1994, p. 369.

⁴⁰ Laubadère (André de), *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, LGDJ, cinquième édition, 1970, tome 1, p. 254. V. aussi Maisl (Herbert), *Recherches sur la notion de délégations de compétence en droit public*, thèse, Paris 2, 1972, p. 144.

⁴¹ Le caractère limitatif des modalités de gestion déterminées par les articles 113 du TUEL* (Décret législatif n° 267, du 18 août 2000*, portant Texte Unique des lois sur l'organisation des entités locales (*Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*), dit « T.U.E.L. », *GURI* n° 227 du 28 septembre 2000, suppl. ord. n° 162) ne fait aucun doute.

⁴² Les modalités contractuelles établies par le décret législatif royal n° 2/2000 du 16 juin 2000*, refondant la loi des contrats des administrations publiques (LCAP), *BOE* n° 148 du 21 juin 2000, p. 21775° sont considérées par une majorité de la doctrine espagnole comme limitatives.

⁴³ Orianne (Paul), *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, Bruxelles, Larcier, 1961, p. 92.

loi autorisant la concession. L'auteur adopte, on le voit, une analyse fondée sur l'idée de transfert de compétences. Ce n'est pas la nature d'une activité qui interdirait sa délégation, mais l'attribution préalable de la compétence à un organe de l'État.

À cet égard, toute limite constitutionnelle à la délégation peut être envisagée comme une simple attribution de compétence, et non comme une référence à la « nature » de l'activité.

2) Les activités non déléguables par leur nature

Toute notion définie par sa « nature » intrinsèque peut sembler vouée à l'inutilité⁴⁴. Historiquement l'armée, la justice⁴⁵ et la police ont été exercées par des personnes privées, notamment à travers les concessions coloniales⁴⁶, et le recouvrement des impôts à travers les fermes fiscales.

Il semble pourtant impossible de vouloir systématiser une règle concernant l'indéléguabilité des activités publiques sans se référer aux fonctions indéléguables « par nature ». Il existe une constante dans tous les pays étudiés : l'existence d'un « noyau irréductible »⁴⁷, de *core functions* qui ne peuvent être exercées que par les organes de l'administration⁴⁸.

Mais ces références restent le plus souvent implicites⁴⁹, et la garantie de l'intégrité des fonctions participant à la souveraineté nationale n'est pas toujours assurée au niveau constitutionnel⁵⁰. En outre, autour de ce noyau dur viennent se greffer de nombreuses activités annexes, qui ne participent qu'indirectement à l'exercice de l'autorité publique et qui peuvent souvent faire l'objet d'une délégation, ce qui brouille considérablement toute vision d'ensemble. En Allemagne, certaines législations des *Länder* interdisent les délégations de fonctions de « bien-être social » comme l'assainissement ou le retraitement des déchets, mais l'État allemand a externalisé l'entier système de communications fixes (non militaires) du ministère de la Défense. Ainsi la question est variable selon la manière de définir les fonctions régaliennes, le contenu de ces fonctions, et le nombre et à l'intensité des inévitables exceptions. En ce domaine, ce sont les exceptions qui permettent le mieux de saisir le principe, et son caractère éminemment variable.

Pour reprendre l'exemple de la loi anglaise sur la délégation⁵¹, celle-ci exclut toute possibilité de contractualisation de certaines fonctions (*section 71*) : exercice d'une fonction

⁴⁴ Négrin (Jean-Paul), *L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative*, Paris, LGDJ (coll. « Bibliothèque de droit public », tome 52), 1971, p. 128. Bellescize (Ramu de), *Les services publics constitutionnels*, Paris, LGDJ (coll. « Bibliothèque de droit public », tome 244), 2005, spé. Conclusion générale.

⁴⁵ V. en France l'exemple des « prisons privées » : Mestre (Jean-Louis), « Historique du recours à « l'initiative privée » en matière pénitentiaire » in : *Les prisons dites « privées »*, Actes du colloque organisé à Aix-en-Provence les 23 et 24 janvier 1987, PUAM et Economica, 1987, pp. 25 s, précité.

⁴⁶ Ce qui n'est pas allé sans poser de sérieuses difficultés conceptuelles. V. notamment Cabasse (Albert-Lucien-Ernest), *Les Compagnies de colonisation délégataires de l'exercice du pouvoir souverain dans la seconde moitié du XIXe siècle et au début du XXe*, Université de Nancy, 1905.

⁴⁷ Blumann (Claude), *La renonciation en droit administratif français*, Paris, LGDJ 1974, p. 242.

⁴⁸ V. la liste « intuitive » proposée par Esplugas (Pierre), « Les apports du Conseil constitutionnel au service public », in : Colloque CEDECE, *Service public et construction européenne : entre l'intérêt général et le marché*, La Documentation française, 2 tomes, 1998, tome 2, pp. 39-47.

⁴⁹ Rodrigues (Stéphane), *La nouvelle régulation des services publics en Europe – Énergie, postes, télécommunications et transports*, Éditions Technique & Documentation, 2000, p. 51.

⁵⁰ Pour la France : Bellescize (Ramu de), *Les services publics constitutionnels*, Paris, LGDJ (coll. « Bibliothèque de droit public », tome 244), 2005, précité.

⁵¹ *Deregulation and Contracting Out Act 1994. Current Law Statutes*, Londres, Sweet & Maxwell, 1994, vol. 3, chapitre 40, précitée.

juridictionnelle, atteinte à une liberté individuelle, exercice du droit de propriété, fonctions législatives et réglementaires. Des quatre exceptions de la loi de 1994 ressortent les trois fonctions essentielles de l'État.

Mais l'énoncé de ces exceptions à la délégation montre très vite ses limites. Selon Mark Freedland⁵², rien n'empêche désormais de confier au secteur privé la gestion du registre du commerce ou de l'état civil. En termes français, l'auteur y voit une possibilité de dislocation de la puissance publique. En outre, les exclusions inscrites dans la loi de 1994 n'ont aucun caractère intangible. Un simple amendement suffirait à rendre déléguables toutes les fonctions juridictionnelles, y compris celles de la Chambre de Lords. Paul Craig aborde cette hypothèse, et évoque l'idée d'un refus d'application de la loi par le juge⁵³. Le caractère extrême de la solution s'accorde avec le caractère extrême de l'hypothèse. Elle illustre cependant bien le fait que s'il existe, dans l'esprit du législateur, du juge et de la doctrine, une idée immanente de *core functions*, leur protection relève principalement d'un « auto-contrôle », d'une discipline interne au système juridique et ne s'exprimant pas par des normes écrites contraignantes⁵⁴.

C'est en Italie et en Espagne que la distinction entre activités déléguables et indéléguables a le mieux été théorisée par la doctrine. Mais cette élaboration théorique trouve des applications éminemment variables.

La distinction entre fonctions publiques et services publics a été élaborée par la doctrine italienne, à partir des dispositions du code pénal italien qui distinguent, pour la qualification du délit de corruption, les personnes chargées d'une « fonction publique législative, administrative ou judiciaire » et celles qui ont en charge un service public⁵⁵. Au sens de ce code est assimilée à une fonction publique « la fonction administrative soumise à des normes de droit public et à des actes d'autorité et caractérisée par la formation et la manifestation de la volonté de l'administration publique au moyen de pouvoirs d'autorité et de certification ».

Ces dispositions, qui n'ont en elles-mêmes qu'une portée limitée, ont servi de base à une élaboration théorique autonome de la distinction entre fonctions publiques et service public, d'abord entreprise par la doctrine italienne, principalement les professeurs Zanobini puis Giannini, puis par la doctrine espagnole.

La notion de « fonction publique » peut adopter trois significations. Chez Giannini, la fonction est entendue dans un sens large, se référant à l'ensemble de l'activité de l'administration dans l'accomplissement de ses tâches⁵⁶. Dans une seconde acception, les fonctions publiques sont l'ensemble des activités destinées à l'accomplissement des fonctions essentielles de l'État (justice, sécurité publique, défense) tandis que les services seraient les activités que l'État assume dans sa fonction de bien-être social⁵⁷. Dans une troisième acception la « fonction publique », appelée « fonction emphatique » par Zanobini, est

⁵² Freedland (Mark), « Privatising *Carltona* ; Part II of the Deregulation and Contracting Out Act 1994 », *Public Law*, 1995, pp. 21 s, précité, p. 23.

⁵³ Craig (Paul), « The Contract State : Administrative Law Revisited », précité.

⁵⁴ L'absence de constitution au sens formel étant l'une des caractéristiques très fameuses du droit anglais. L'indéléguabilité par « auto-contrôle » n'est pas même une « convention de la constitution » c'est une règle de consensus.

⁵⁵ V. actuellement articles 357 et 358 du code pénal, modifiés par la loi du 26 avril 1990, n° 86, portant modifications en matière de délits des officiers publics contre l'administration publique (*Modifiche in tema di delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*), *GURI* n° 97 du 27 avril 1990.

⁵⁶ Dans le même sens, v. Mattarella (Bernardo Giorgio), voce « L'attività », in: Cassese (Sabino) (dir.), *Trattato di diritto amministrativo*, Milan, Giuffrè Editore, 2003, pp. 707-804. V. aussi (pour la doctrine espagnole) : Villar Palasí (José Luis), voce « Concesiones administrativas » in : *Nueva enciclopedia jurídica*, Barcelone, Francisco Seix, tome IV, 1981, pp. 684 s, p. 687.

⁵⁷ V. Pototschnig (Umberto), *I pubblici servizi*, Padoue, CEDAM, 1964, p. 169 et note 77.

l'expression du seul pouvoir d'autorité de l'administration⁵⁸. Cette distinction entre service public et fonctions publiques peut être comparée à ce que la doctrine allemande appelle *Hoheitverwaltung* et *Betriebsverwaltung*⁵⁹, administration de puissance et administration d'entreprise⁶⁰.

C'est dans un sens très proche de la troisième acception que le droit positif espagnol retient la notion de « fonctions publiques ». Ainsi, la loi des bases du régime local (RBRL⁶¹) réserve aux fonctionnaires de carrière l'exercice des fonctions publiques que sont les activités qui impliquent l'exercice de l'autorité, et les fonctions de contrôle budgétaire et de gestion, la comptabilité, la trésorerie, etc. Une doctrine majoritaire considère en outre qu'impliquent l'exercice de l'autorité : la sécurité des lieux publics, le bon ordre du trafic et des personnes sur les voies publiques, la protection et l'extinction des incendies, et la discipline de l'urbanisme⁶². Le Tribunal suprême espagnol⁶³, a confirmé l'impossibilité de gérer indirectement le service de perception des impôts, fonction publique impliquant l'exercice de l'autorité.

Si elle tire son origine des textes et de la doctrine italiens, la notion de fonction publique conserve en revanche peu d'intérêt en Italie ; elle se superpose à celle de service public, et s'y confond parfois dans les textes⁶⁴. Si elle trouve son expression principale dans le code pénal il n'existe pas, contrairement à l'Espagne, d'autre texte interdisant la délégation des fonctions publiques. Au contraire, le droit italien en fondant la notion de concession sur l'idée de transfert, par acte unilatéral, de pouvoirs propres à l'administration⁶⁵ admet implicitement que la délégation de fonctions publiques fasse partie intégrante de toute délégation. Le Texte unique concernant la gestion des services publics locaux se contente de définir des modalités privilégiées de gestion en distinguant, dans une optique concurrentielle, les activités à caractère industriel et les activités sans caractère industriel.

⁵⁸ Giannini (Massimo Severo), *Diritto amministrativo*, Milan, Giuffrè, 1993, 3^{ème} édition, vol 2, p. 16. V. en outre Irelli (Cerulli), *Corso di diritto amministrativo*, nuova ed., Turin, Giappichelli, 1997, p. 48 et pp. 56 s.

⁵⁹ Garrido Falla (Fernando), « El concepto de servicio público en derecho español », *RAP*, 1994, n° 135, pp. 7-36, p. 12.

⁶⁰ « Doctrine et jurisprudence ... se sont arrêtées sur ce concept : est fonction publique l'activité (fonctionnelle) qui est une manifestation directe de l'autorité, ... de la souveraineté de l'État. Ainsi concrètement l'activité des pouvoirs législatif et juridictionnel est toujours fonction publique alors que l'activité du pouvoir administratif n'est telle que dans ses manifestations qui ont, dans leur ensemble, un caractère d'autorité, comme les activités de police, militaires, fiscales ; les autres manifestations seraient des 'services publics' » Giannini (Massimo Severo), *Diritto amministrativo*, précité, p. 17.

⁶¹ Loi n° 7/1985, du 2 avril 1985, Réglementant les bases du régime local (*Reguladora de las bases del régimen local*), dite « RBRL », *BOE*, n° 80 du 3 avril 1985.

⁶² Koninckx Frasquet (Amparo), « La necessaria concreción del contrato de gestión de servicios públicos. Espacial referencia al ámbito municipal », *REALA*, n° 279, janvier-avril 1999, pp. 177-211.

⁶³ Décisions du 29 janvier 1990, *RJ*, n° 561 ; 5 mars 1993, *RJ*, n° 1555 ; 31 octobre 1997, *RJ*, n° 7242.

⁶⁴ Bezzi (Domenico) e. a., « Gli appalti di servizi sociali », in : *Appalti, concessioni et convenzioni tra Enti Pubblici e Terzo Settore, Il sole 24 ore*, 2005, pp. 65 s.

⁶⁵ En jurisprudence : Cass. it., 12 janvier 1910, *Riv. dir. comm.*, 1910, 248. Cass. it., 1^{ère} section, 11 décembre 1978, *Comune di Castelfranco Veneto c/ Soc. Officine gaz Butano*, *La Settimana Giuridica* 1979.II.509. Plus récemment, Cass. it., 3^{ème} sect. civ., 3 septembre 1998, *Soc. Compagnia Cauzioni ed altro c/ Comune di Barletta ed altri*, n° 8768, *Giust. Civ. Mass.* 1998, p. 1849. Cass. it., sect. civ. un., 13 novembre 1997, n° 11219, *Giust. Civ.* 1998.I.705 ; *Riv. Giur. Edilizia* 1998.I.568 ; *Giur. It.* 1998, 1720, cité in : Mengoli (Valerio), *Gli accordi amministrativi fra privati e pubbliche amministrazioni*, Milan, Giuffrè (coll. « Teoria e pratica del diritto »), 2003, p. 399.

En doctrine : Sorace (Domenico) et Marzuoli (Carlo), voce « Concessioni amministrative » in : *Digesto delle discipline Pubblicistiche*, Turin, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 4^{ème} édition, 1989, III, pp. 280-301, p. 284. Arsì (Massimiliano), voce « I beni pubblici », in : Cassese (Sabino) (dir.), *Trattato di diritto amministrativo*, Milan, Giuffrè Editore, tome 2, 2003, pp. 1705- 1788, p. 1725.

Ainsi, tandis que le Tribunal suprême espagnol interdit la délégation des fonctions de recouvrement des impôts, un décret législatif italien de 1999⁶⁶ ouvre la possibilité de déléguer par des concessions décennales les fonctions de recouvrement des impôts de toute nature à des sociétés. Celles-ci ne sont pas détenues par l'État mais par des banques privées. Une partie de l'activité régaliennne de l'État est donc réellement exercée par les concessionnaires, qui exercent le recouvrement de certains impôts directs et sont rémunérés par l'exploitation même de leur activité. Ces concessionnaires, en raison du caractère sensible de ces fonctions, sont simplement soumis à un contrôle renforcé de la part de l'État concédant. L'établissement des rôles relève encore de l'administration des finances. Les banques se contentent (et c'est déjà beaucoup) d'encaisser les paiements et de recourir à l'exécution forcée. Leur activité est juridiquement distincte de celle de l'administration fiscale, en ce que l'*imperium* s'exprime par l'émission de la norme et la liquidation de l'impôt, pas nécessairement dans son recouvrement.

B./ Les activités externalisables

Les frontières des activités déléguables et non déléguables sont incertaines. Elles ne prennent une certaine netteté que lorsqu'il y est porté atteinte. Au sein même des activités indéléguables existent de nombreuses fonctions externalisables. Tout est, en cette matière, question de divisibilité : si les *core functions* ne peuvent être *déléguées*, toutes les fonctions techniques qui en sont divisibles peuvent être *externalisées*.

L'exemple de la loi fondamentale allemande est topique. Elle interdit explicitement de confier l'exercice des pouvoirs de puissance publique à des tiers à l'administration. L'article 33 al. 4 de la Loi fondamentale (LF) établit qu'« en règle générale, l'exercice de pouvoirs de puissance publique doit être confié à titre permanent à des membres de la fonction publique placés dans un rapport de service et de fidélité de droit public »⁶⁷, dans une rédaction qui ne va pas sans rappeler la législation espagnole⁶⁸.

La question de l'articulation entre cette disposition constitutionnelle et la pratique de l'externalisation s'est posée concrètement lors des étapes préliminaires de l'élaboration du projet de la prison de Hünfeld en Hesse⁶⁹. Le groupe de travail chargé d'étudier cette question⁷⁰ a considéré que 40 % des fonctions d'une prison peuvent être confiées au secteur privé sans contrevenir aux dispositions de l'article 33 al. 4 LF. L'externalisation est licite tant qu'elle n'interfère pas avec les conditions d'exécution d'une sentence juridictionnelle (*Strafvollzug*). Le contenu des missions pouvant faire l'objet d'externalisation est ainsi plus

⁶⁶ Décret législatif n° 112, *G.U.* n° 97 du 27 avril 1999 pris sur délégation de la loi du 28 septembre 1998, n° 337, *G.U.* n° 228 du 30 septembre 1998. Modifié par le décret législatif n° 193 du 27 avril 2001, *GURI* du 25 mai 2001, n° 120. Complété par : Décret du ministère des finances du 11 septembre 2000, n° 289, *GURI* du 18 octobre 2000 n° 244, p. 6.

⁶⁷ « Die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse ist als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen ». Traduction Office de presse et d'information du gouvernement fédéral, revues et corrigées par Chr. Autexier, J.-F. Flauss, M. Fromont, C. Grewe, O. Jouanjan, P. König, établies par le Centre juridique franco-allemand de l'Université de la Sarre. Version en vigueur au 19 décembre 2000 (48^{ème} loi de modification).

⁶⁸ Loi n° 7/1985, du 2 avril 1985, Réglementant les bases du régime local (*Reguladora de las bases del régimen local*), dite « RBRL », *BOE*, n° 80 du 3 avril 1985.

⁶⁹ Sur ce projet, inauguré en 2005, v. Wagoner (Christean), „Privatisierung im Justizvollzug - Ein Konzept für die Zukunft“ *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2000, pp. 169-216.

⁷⁰ Arbeitsgruppe « Modellprojekte zur Privatisierung im Strafvollzug », qui a rendu son rapport en décembre 1999.

proche de ce qu'il est en droit français en vertu de la loi du 22 juin 1987 modifiée ⁷¹, que du droit anglais qui permet de déléguer toutes les fonctions, à la seule exception de la direction de l'établissement pénitentiaire.

Les contours des activités déléguables et indéléguables est aussi insaisissable en droit allemand qu'en droit français. Il est possible de tracer une frontière, au sein des activités de puissance publique, entre l'exercice de la puissance et les activités techniques qui en sont détachables ; mais cette frontière ne peut être déterminée qu'au cas par cas.

La question de la déléguabilité des fonctions régaliennes a été abordée, par la doctrine française ⁷², principalement sous l'angle de l'incompatibilité du procédé contractuel avec les activités de police administrative ⁷³. Les deux questions, du recours au procédé contractuel et de la délégation, sont liées. En effet, le contrat synallagmatique supposant le dessaisissement d'une partie de la liberté d'action de chacune des parties, l'administration partie au contrat aliènerait une compétence dont elle ne pourrait se défaire ⁷⁴. Le contrat supposant dessaisissement, le procédé contractuel serait exclu, non en lui-même, mais par les conséquences qu'il emporterait sur l'exercice de ses compétences par l'administration.

Il est pourtant nécessaire de bien distinguer la question du procédé contractuel de celle de la délégation ; les activités de police qui ne peuvent être déléguées, ne le peuvent pas plus par le procédé unilatéral que contractuel. Inversement, certaines activités de police déléguables par voie unilatérale le sont également par contrat ⁷⁵.

Sont en réalité déléguables toutes les fonctions de police que l'on peut juger *détachables* des fonctions de police du maire, et les fonctions de police qui n'impliquent pas l'exercice de l'autorité ⁷⁶. De même les fonctions de police administrative relatives à la sécurité et la salubrité peuvent faire l'objet d'un exercice par des personnes privées. Au sein de la police administrative doivent être distinguées les fonctions de prescription, et les fonctions d'action. Si les premières sont toujours indéléguables, les secondes, lorsqu'elles n'impliquent pas l'exercice de la puissance ⁷⁷, font l'objet de nombreux contrats de délégation ⁷⁸.

La question de la déléguabilité a été renouvelée au niveau constitutionnel. De la jurisprudence du Conseil constitutionnel il ressort qu'au sein des services publics nationaux, seuls les

⁷¹ Loi n° 87-432 du 22 juin 1987, relative au service public pénitentiaire*, dite « loi Chalandon », *JORF* du 23 juin 1987, p. 6775, modifiée.

⁷² V. pour une analyse récente Delvolvé (Pierre), « Constitution et contrats publics », in : *Mouvements du droit public - Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 469-499, spé. pp. 476 s.

⁷³ Moreau (Jacques), « De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel », *AJDA*, 1965, pp. 3-17.

⁷⁴ Moreau (Jacques), « De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel », précité.

⁷⁵ V. l'autorisation accordée par le préfet aux entreprises de dépannage et d'évacuation sur les autoroutes, prévue à l'art. R. 432-7 du code de la route ; CE, 22 mars 2000, *M. et Mme Lasaulce*, *RFDA* 2001, p. 357 et étude Gilles J. Guglielmi, p. 353.

⁷⁶ Terneyre (Philippe), « Les conventions de délégation globale de stationnement payant », *BJCP* 1999, n° 5, pp. 402-408, spé. p. 404. CE, 20 mars 1998, *SEM de sécurité active et de télématique*, req. n° 157586. V. *Droit des services publics locaux*, Paris, Le Moniteur, IV.100.1, p. 2, mars 2000. CE, 29 décembre 1997, *Commune d'Ostricourt*, *DA.*, 1998, n° 44.

⁷⁷ Qui comprend l'organisation du service : CE, Sect., *Consort Amoudruz*, 23 mai 1958, rec. p. 301 ; CE, 4 octobre 1961, *Dame Verneuil*, rec. p. 533.

⁷⁸ V. pour le service de secours et de sauvetage en montagne : CE, 12 mai 1978, *Consorts Lesigne*, rec. p. 725 ; CE 12 juillet 1983, *Dlle Roques*, rec. p. 914 ; CE, 28 avril 1967, *Lafour*, rec. p. 182. CAA Lyon, 24 octobre 2000, *Société Service Aérien Français et Commune de Val-d'Isère*, *RFDA*, 2001, n° 3, p. 756.

Sur les missions de salubrité et de sécurité sur une plage : CE, 21 juin 2000, *SARL plage « Chez Joseph » et fédération nationale des plages restaurants*, *RFDA*, 2000, p. 797 ; *BJCP*, 2000, n° 12, p. 355, concl. Bergeal, obs. Schwartz.

services dont l'existence découle d'exigences constitutionnelles (les « services publics constitutionnels ») sont insusceptibles de privatisation ; ces services publics sont, selon les expressions du Conseil constitutionnel, ceux « ayant [leur] fondement dans des dispositions de nature constitutionnelle »⁷⁹, « exigé[s] par la Constitution »⁸⁰ ou « dont l'existence et le fonctionnement seraient exigés par la Constitution »⁸¹. Nous l'avons dit, les frontières de ces services sont incertaines. Et encore les frontières de ces services publics régaliens ne sont-elles pas intangibles. Le Conseil constitutionnel reconnaît ainsi que l'article 49 de la loi d'orientation et de programmation pour la justice (LOPJ)⁸², qui permet de confier à des personnes privées les tâches de surveillance électronique des personnes mises en examen dans le cadre d'un contrôle judiciaire, ne porte que sur des « prestations techniques détachables des fonctions de souveraineté »⁸³. Par cette décision, le Conseil constitutionnel indique qu'existent des « fonctions de souveraineté » correspondant à une hypothétique catégorie de services publics constitutionnels, qui peuvent être décomposés en fonctions de base (*core functions*) et fonctions annexes, purement techniques, susceptibles d'être confiées à des personnes privées. La même analyse est développée à propos de la loi relative à la maîtrise de l'immigration⁸⁴, qui permet de confier à des personnes privées le transport (armé) de personnes retenues en centres de rétention ou maintenues en zones d'attente⁸⁵.

Aux termes de cette courte évocation, l'on constate que l'identification des activités indélégalables *par nature* ne peut se défaire d'une certaine approximation, et qu'il n'est guère possible de définir ces fonctions autrement que par une référence intuitive aux fonctions de base, aux *core functions* de l'État : police, justice, armée, activité normative. Telles sont les limites, indéfinies mais virtuellement infranchissables, de la délégation.

Mais il est bien difficile de tracer la frontière entre l'exercice privé d'une fonction régaliennne, et l'externalisation de fonctions annexes. En identifiant les « prestations techniques détachables des fonctions de souveraineté », le Conseil constitutionnel français porte une analyse guère différente de celle des autres juridictions et autorités nationales. Les activités non externalisables sont ainsi une catégorie introuvable qui ne pourra être définie que par l'exemple.

⁷⁹ CC, 18 septembre 1986, n° 86-217 DC, *Loi relative à la liberté de communication*, cons. 9.

⁸⁰ CC, 7 janvier 1988, n° 87-232 DC, *Loi relative à la mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole*, cons.30.

⁸¹ CC, 9 avril 1996, n° 96-375, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, cons. 5.

⁸² Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice, dite « LOPJ », *JORF* n° 211 du 10 septembre 2002, p. 14934.

⁸³ Conseil constitutionnel, 29 août 2002, décision n° 2002-461 DC, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, cons. 87.

⁸⁴ Loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003, relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, *JORF* n° 274 du 27 novembre 2003, p. 20136 (art. 53).

⁸⁵ CC, 20 novembre 2003, décision n° 2003-484 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité* ; *Revue française de droit constitutionnel*, 2004 n° 57, pp. 96-113, note Domingo (Laurent).

II. LES MODALITES DE MISE EN ŒUVRE

Le développement des formes d'externalisation représente, plus que tout autre, un puissant phénomène d'acculturation pour les systèmes juridiques européens. Il n'existe guère d'autre institution qui ait fait l'objet d'une transposition, voire d'une transplantation⁸⁶ aussi brutale d'un système à l'autre.

La lecture des dispositions de l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat et du projet de loi espagnol sur les « contrats de partenariat entre le secteur public et le secteur privé » (*contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado*)⁸⁷ ne laisse guère de doute sur la volonté des autorités nationales d'adopter un « système contractuel » entier.

Cette transposition a été facilitée par le formidable travail rhétorique des autorités britanniques, qui ont théorisé puis promu le système de la *PFI*⁸⁸. Elle concerne principalement le contenu contractuel, sujet qui n'entre pas dans notre propos.

Cette focalisation sur le modèle de l'externalisation a cependant occulté deux réalités : l'évolution du modèle initial, les variations des modèles de réception. En effet, le modèle de la *PFI* est en constante évolution. L'observation de ses expressions les plus connues n'épuise aucunement une réalité mouvante.

L'évolution du modèle initial est remarquable à deux égards : les modalités de conception et de financement des ouvrages. D'une part, dans le cadre du programme *BSF*⁸⁹, relatif aux écoles, les bâtiments sont conçus selon des modèles basés sur des projets architecturaux standardisés⁹⁰. L'élaboration de ces modèles rappelle la standardisation des « piscines Tournesol » ou des CES, forme de tutelle technique imposée par le gouvernement français aux collectivités locales dans les années 1970, et qui consistait à soumettre l'octroi de crédits d'investissement à l'adoption de modèles industrialisés de piscines (programme « Mille piscines ») ou de collèges⁹¹. L'objectif d'économie d'un tel programme est évident. Il n'en reste pas moins qu'il remet en cause l'un des principaux arguments en faveur de la « globalité » des contrats d'externalisation : confier la conception, la construction et l'exploitation des équipements en vue de réaliser des économies « d'efficience » compensant le surcoût d'un emprunt par le secteur privé.

D'autre part sont élaborées de nouvelles modalités de financement, connues sous le nom de *Credit Guarantee Finance (CGF)*⁹². Un *CGF* est un prêt accordé *par le Gouvernement* à la société de projet, remboursé au cours de l'exécution du contrat et appuyé sur une garantie inconditionnelle d'une banque partenaire de la société de projet. La technique du *CGF* peut sembler étonnante, pour un programme dont le nom même est fondé sur l'idée de « financement privé ». Elle indique cependant que le gouvernement britannique abandonne

⁸⁶ Pour reprendre la notion popularisée par Watson (A.), *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. University of Georgia Press, 1993, 2de édition.

⁸⁷ Chinchilla Marín (Carmen), "El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado", *Revista española de Derecho Administrativo*, octobre-décembre 2006, n° 132, pp. 609-644.

⁸⁸ V. notamment Cossalter (Philippe), « Introduction à la Private Finance Initiative », in : Cossalter (Philippe) et du Marais (Bertrand), *La Private Finance Initiative*, Paris, Institut de la gestion déléguée, 2001, pp. 11-74.

⁸⁹ V. Department for Education and Skills, *Press Release*, 12 février 2004. Toohey (Chris) et Yunis (Hamid), « Local Education Partnerships », *The PFI Journal*, n° 46, septembre 2004, pp. 45-46.

⁹⁰ Departement for Education and Skills, *Schools for the Future - Exemplar Designs, concepts and ideas*, 2004.

⁹¹ Nemery (Jean-Claude), *De la liberté des communes dans l'aménagement du territoire*, Paris, LGDJ (coll. « Bibliothèque de droit public », tome 141), 1981, pp. 204 s.

⁹² HM Treasury, *Credit Guarantee Finance Technical Note 1*, 17 février 2004.

parfois, dans le cadre du programme *PFI*, certains présupposés idéologiques ou juridiques, et recherche simplement la meilleure modalité de gestion, sans se préoccuper des apparentes incohérences théoriques auxquelles il aboutit.

Si le modèle initial est soumis à d'incessantes variations, les modèles de réception connaissent des formes non moins évolutives. Le développement de l'externalisation s'est fait de deux manières : par voie d'inspiration, et par voie de transposition.

Le développement par inspiration est surtout observable en Allemagne, où le système juridique était le moins adapté à une transposition brutale de la *PFI*. Aucun modèle contractuel ni *a fortiori* aucune théorie d'ensemble n'ont été élaborés (A).

Le développement par la transposition est pratiqué en Espagne et en Italie (nous laisserons la France de côté). Il a touché deux domaines, de manière inégale. Le premier a été celui des contrats de type concessif, dont le régime a été modelé pour permettre le financement de projet⁹³. Le second est celui de l'externalisation. Mais ce développement s'est fait par l'utilisation des modèles contractuels en place et principalement la concession de travaux. Celle-ci, dont le régime a été ravivé par le droit communautaire, a été utilisée à contre-emploi, pour permettre la gestion des activités internes à l'administration (B).

A/ La réception par inspiration

Plusieurs facteurs expliquent que la transposition du modèle britannique n'ait pas été aussi globale, complète et brutale en Allemagne qu'ailleurs. Le principal a évidemment trait à l'organisation fédérale des pouvoirs publics. Contrairement à l'Espagne, où la législation sur les contrats relève des autorités centrales, l'organisation et la gestion des services publics relève quasi exclusivement des *Länder*. Ainsi, bien que le gouvernement fédéral ait exprimé à plusieurs reprises son grand intérêt pour le modèle, de nombreux *Länder* y sont rétifs.

Tout du moins, l'introduction de l'externalisation s'y est faite de manière détournée. L'évocation de toutes les expériences, non coordonnées, est évidemment hors de propos. Mais une de ces formes est particulièrement intéressante : celle de l'économie mixte.

Le rapprochement entre externalisation et économie mixte pourrait paraître surprenant. Il s'explique par quatre facteurs alternatifs ou cumulatifs. Le premier est l'interdiction, posée par certaines législations, de confier au secteur privé des activités sanitaires et sociales telles que la distribution de l'eau. Le second est d'ordre politique, et tient à la volonté de garder au moins l'apparence d'une gestion publique des services urbains. Le troisième est financier, et tient à la volonté de constituer des *holdings* locales permettant la compensation financière et fiscale (le *Querverbund*) des activités de service public rentables et non rentables⁹⁴. Le quatrième facteur est la volonté d'exercer un contrôle renforcé sur l'opérateur privé, en intervenant dans les organes de direction de la société.

Le secteur privé se retrouve ainsi dans de nombreux cas dans une situation d'exploitant, sans lien juridique direct avec l'usager, étant lié à la collectivité par un contrat de *Betriebsführungsmodell* ou de *Betreibermodell*. Ces derniers contrats ont beaucoup de points

⁹³ En Espagne : loi n° 13/2003, du 23 mai 2003, réglementant le contrat de concession de travaux publics, *BOE* n° 124 du 24 mai 2003, p. 19932. En Italie : loi du 18 novembre 1998, n° 415, modifiant la loi du 11 février 1994, n° 109 et les dispositions ultérieures en matière de travaux publics, dite « Merloni ter », *GURI* n° 284 du 4 décembre 1998, Suppl. ord.

⁹⁴ Marcou (Gérard), « Les modes de gestion des services publics locaux en Allemagne et le problème de l'ouverture à la concurrence », *RFDA* 1995, pp. 462-496, p. 476.

communs avec la régie intéressée, qui peut être envisagée à certains égards comme l'ancêtre de l'externalisation.

Cette approche de l'économie mixte permet de mieux comprendre son importance en Allemagne, qui est renforcée par la position historique des *Stadtwerke*. Elle permet en outre de nourrir les réflexions, actuellement trop simplistes de la part de la CJCE, concernant les relations *in-house*, en expliquant la nécessité de procéder à une mise en concurrence en deux étapes (*Zweistufen*), les sociétés mixtes étant attributaires directes de compétences, qu'elles externalisent ensuite.

B/ La réception par transposition

La réception par transposition s'est faite, en Italie et en Espagne, d'abord par l'adoption de lois relatives aux concessions de travaux. Ces lois ont permis de mettre en place des sociétés de projet et de sécuriser les investissements en financement de projet.

C'est sur le fondement de ces nouvelles législations qu'ont ensuite été réalisés les premiers hôpitaux de « type *PFI* ». Cette utilisation peut surprendre.

La définition classique des concessions de travaux est éminemment comparable à celle que connaissait le droit français et suppose que soient remplis trois conditions : la réalisation de travaux, un lien direct avec l'utilisateur et une rémunération assurée par des redevances⁹⁵.

Mais, et c'est là que se trouve l'évolution fondamentale, l'administration n'est plus envisagée dans le cadre de ces concessions comme un simple cocontractant, mais comme l'utilisateur du service dont l'ouvrage est le support. Deux critères, celui du destinataire et de la rémunération, sont donc remplis.

Cette utilisation n'a pas été remise en cause en Italie. Elle a permis de recourir à la concession de travaux en lieu et place des formes plus classiques d'externalisation, bien que le législateur ait créé spécialement la forme nouvelle de la « concession de travaux à destination de l'administration »⁹⁶. La disposition relative à ces nouvelles « concessions » mérite d'être citée, en comparaison avec la définition du contrat de partenariat : les « administrations adjudicatrices peuvent confier en concession des ouvrages destinés à l'utilisation directe par l'administration publique, lorsqu'ils représentent une utilité fonctionnelle pour la gestion des services publics, à condition que subsiste à la charge du concessionnaire l'aléa économique-financier de la gestion de l'ouvrage ».

La même utilisation du contrat de concession a été faite en Espagne, principalement pour les hôpitaux de la Communauté de Madrid⁹⁷. Mais la légalité du recours à ce contrat paraît trop

⁹⁵ Pour l'Italie, v. notamment Fracchia (Fabrizio), « La distinzione fra concessione di servizio pubblico e di opera pubblica », in : Giuseppe Pericu, Alberto Romano, Vincenzo Spagnuolo Vigorita, *La concessione di pubblico servizio*; Milan, Giuffrè, 1995, pp. 201-235.

⁹⁶ V. article 19-2-ter de la grande loi sur les travaux du 11 février 1994, modifiée, *GURI* du 19 février 1994, n° 41, Suppl. ord.

⁹⁷ V. avis de mise en concurrence selon la procédure de la concession de travaux de la concession d'ouvrage public pour la construction et l'exploitation de l'hôpital Puerta de Hierro Majadahonda, *JOUE* du 25 septembre 2004, série S, p. 188. Avis de mise en concurrence selon la procédure de la concession de travaux de la concession d'ouvrage public pour la construction et l'exploitation de l'hôpital de Parla, Communauté de Madrid. *JOUE* du 3 décembre 2004, série S, p. 236.

incertaine⁹⁸. Ceci explique principalement l'introduction, dans un projet de loi refondant la législation nationale sur les contrats des administrations publiques, d'une forme de « partenariat entre le secteur public et le secteur privé »⁹⁹ dont les caractéristiques principales rappellent celles du contrat de partenariat du droit français, sorte de *PFI* passée par le filtre du droit administratif continental.

* *
*

Ces quelques développements montrent combien la prudence est de mise lorsque doivent être classifiés les contrats de l'administration. L'approche de la Commission européenne destinée à saisir sous une bannière unique l'ensemble des « partenariats public-privé » contractuels et institutionnels doit respecter cette diversité. Notion conceptuelle, l'externalisation est une expression permettant de saisir plusieurs institutions juridiques distinctes.

III. LES CONTROLES SUR LES ACTIVITES EXTERNALISEES

L'externalisation pose, avec une acuité particulière, la question du contrôle sur les activités « contractualisées »¹⁰⁰.

L'émergence de la question de la responsabilité (*accountability*) peut paraître surprenante. L'histoire ancienne des contrats de type concessif en Europe a laissé tout le temps aux autorités publiques d'élaborer et de mettre en œuvre des mécanismes permettant de contrôler l'exécution des activités concédées. Les théories de la mutabilité¹⁰¹ et même du fait du principe démontrent s'il en était besoin que l'adaptation des conditions d'exécution des contrats de longue durée aux besoins de l'utilisateur est au cœur du droit des concessions.

Pourtant, la lecture des propos introductifs du Guide du *BOT* de l'ONUDI¹⁰² soumet au lecteur français une approche brutale de la question. Il y est soutenu en substance que la concession traditionnelle correspond à un abandon, par les pouvoirs publics, d'une activité au secteur privé qui peut l'exploiter sans contrôle.

L'on peut opposer à cette analyse la rhétorique du choc des cultures, et ranger le guide de l'ONUDI avec les rapports *Doing Business*, au rang des études approximatives stigmatisant le « modèle continental » au profit de la *common law*. Sans être tout à fait erronée, l'analyse serait trop rapide.

Elle met en valeur un déficit propre au système concessif : le contrôle du cocontractant s'est trop longtemps réduit à sa forme « pathologique », à la mise en œuvre dans des cas extrêmes

⁹⁸ Junta consultiva de contratación administrativa, avis 61/03, du 12 mars 2004, *Posibilidad de aplicación de la concesión de obras públicas respecto de la construcción y explotación de edificios destinados a albergar los servicios de una entidad pública*.

⁹⁹ Chinchilla Marín (Carmen), "El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado", *Revista española de Derecho Administrativo*, octobre-décembre 2006, n° 132, pp. 609-644, précité.

¹⁰⁰ Auby (Jean-Bernard), "Accountability and Contracting Out by Global Administrative Bodies. The Case of Externalization Contracts made by European Community Institutions", 9 février 2007, p. 8 s (<http://chairemadp.sciences-po.fr/>). "Les problèmes posés par le développement du contrat en droit administratif comparé", *Mélanges Guibal*, t. 1, pp. 411-426, spé. pp. 423-425.

¹⁰¹ V. en Espagne la théorie de la « *clausula de progreso* » ou d'adaptation constante. Meilán Gil (José Luis), *La « clausula de progreso » en los servicios públicos*, Madrid, Instituto de estudios administrativos, 1968.

¹⁰² Organisation des Nations Unies pour le développement industriel, *BOT Guidelines*, ONUDI, General Studies Series, Vienne, 1996.

des pouvoirs de modification et de résiliation unilatéraux. Le délai exorbitant nécessaire à la publication du décret relatif au rapport annuel du délégataire de service en est, en France, l'exemple le plus récent ¹⁰³.

Par opposition au régime de la concession, les nouveaux contrats de type concessif que constituent le *BOT*, puis les contrats d'externalisation de type *PFI*, fondés sur le modèle du contrat complet, proposeraient une solution contractuelle adaptée. Tous les risques étant prévus, et des sanctions pour inexécution étant fixées, le partenaire privé gérerait nécessairement l'activité dans des conditions optimales.

Cette vision, très bien théorisée, relève pour l'instant de l'utopie. Elle laisse notamment en suspens la question du recours des usagers, tiers au contrat, contre l'inaction de l'administration contractante ¹⁰⁴. Pour répondre immédiatement à cette question, il n'existe pas d'équivalent, en *common law*, de mécanisme de *judicial review* reproduisant ceux de la jurisprudence *Croix de Seguey-Tivoli*, qui permet en France à l'utilisateur d'un service public d'imposer le respect des dispositions à caractère réglementaire d'une concession de service public. Par ailleurs, l'étude comparée des voies de recours des usagers des services publics chez nos voisins à tradition « latine » (Espagne et Italie) reste à entreprendre.

Mais, cette question ne doit pas occulter les progrès considérables qu'ont permis les formes d'externalisation. Ils sont inhérents à la contractualisation des fonctions administratives, que ces fonctions soient ensuite maintenues dans le secteur public ou confiées au secteur privé. La question de la transparence et de la responsabilité posent en réalité deux problèmes distincts : comment contrôler les conditions de l'externalisation ; comment assurer la mise en œuvre (*enforcement*) effective des conditions d'exécution stipulées ¹⁰⁵.

Si les études de fonds manquent encore sur la seconde question, la première est au cœur même des mécanismes (et de la rhétorique ¹⁰⁶) de l'externalisation.

Mais il semble que l'approche critique de cette question, tout à fait justifiée, doive être matée d'une dose d'optimisme. Autrement dit, l'option polémique justifiée par certaines inquiétudes face à l'opacité des complexes mécanismes contractuels ¹⁰⁷ ne doit pas faire oublier ce qu'est ou était la gestion publique. S'il est regrettable que certains objectifs contractuels ne puissent être observés, il est encore plus regrettable que n'existent pas d'objectifs ¹⁰⁸.

C'est donc avec un scepticisme mesuré que nous évoquerons certains déficits du contrôle sur les choix de gestion.

¹⁰³ Rappelons que ce rapport est prévu par l'article 2 de la loi n° 95-127 du 8 février 1995. Ce n'est que le décret n° 2005-236 du 14 mars 2005 qui en a défini le contenu. Pendant dix ans, seules les publications de l'Ordre national des experts comptables et de l'Institut de la gestion déléguée ont proposé des modèles de rapport.

¹⁰⁴ Auby (Jean-Bernard), articles précités.

¹⁰⁵ V. notamment les nombreux développements de Birkinshaw (Patrick), « Contrats publics et contractualisation de l'action publique : un point de vue anglais », *RFDA* 2006 n° 5, pp. 1015-1038.

¹⁰⁶ Fourches (Marc), « Citoyen ou consommateur face à la PFI : des questions en suspens », in : Espiet-Kilty (Raphaële) et Whitton (Timothy) (éd.), *Citoyens ou consommateurs ? Les mutations rhétoriques et politiques au Royaume-Uni*, Presses Universitaires Blaise Pascal, février 2007, pp. 171-186.

¹⁰⁷ *Op. cit.*, p. 178.

¹⁰⁸ Les difficultés actuellement rencontrées dans la mise en œuvre de la LOLF en France, ne viennent pas démentir notre propos.

La tendance des droits nationaux est de manière évidente à la neutralité du choix¹⁰⁹ entre gestion directe et externalisation par le recours à des critères objectifs d'évaluation des mérites de chaque mode de gestion.

Mais aucune méthode d'évaluation ne permet de réduire tout-à-fait la part de subjectivité qui commande nécessairement tout choix, face à une part irréductible d'incertitude. Le choix du mode de gestion ne peut être réduit en équations, quel que soit le niveau d'élaboration de ses méthodes. Certains auteurs revendiquent une part de subjectivité, lorsque les conditions futures sont imprévues ou imprévisibles¹¹⁰.

Il n'existe, à l'heure actuelle, aucune technique fiable d'évaluation permettant de justifier, *a priori*, le meilleur mode possible de gestion pour une activité publique déterminée. L'évaluation est une « activité hybride, à la fois discipline, profession et pratique institutionnalisée, elle est encore en devenir, vaste champ d'expérimentations et de controverses »¹¹¹.

L'évaluation *ex ante* des modes de gestion des activités publiques est porteuse d'incertitudes et de menaces. Les incertitudes proviennent du caractère encore expérimental des techniques d'évaluation, qui se nourrissent à trois sources principales : l'évaluation procédurale, l'évaluation technique et financière, l'évaluation économique. Chacune de ces techniques est incomplète. Les menaces proviennent du rôle et de la complexité de l'évaluation, qui ne doit pas être un « rêve prométhéen »¹¹². La complexité est porteuse d'un risque « endogène » : elle peut décourager l'analyse, n'être qu'un cadre théorique abstrait utilisé par les décideurs publics comme faire-valoir à une décision politique préalable. Par ailleurs, le caractère très scientifique des modèles proposés par l'analyse comptable, financière et économique ne doit pas avoir pour fonction de « faire taire » les critiques en opposant au bon sens le pouvoir des « savants »¹¹³ ou d'établir des modèles « justificatifs » volontairement erronés comme ce fut le cas des premières expériences de *Public sector comparator* en Angleterre. C'est le risque « exogène » de contournement des techniques d'évaluation.

Le professeur Chevallier note le rôle accru que le fonctionnaire (et plus généralement le technicien) joue face au politique dans le processus de décision. L'analyse est appliquée à la Rationalisation des choix budgétaires, mais vaut pour toutes les « techniques » d'évaluation préalable¹¹⁴.

¹⁰⁹ Sanchez Isac (Jaime), *Teoria e práctica de las concesiones de servicios locales*, Barcelone, Bayer, 1992, introduction, p. 19. Uhaldeborde (Jean-Michel), « Partenariat public-privé et efficacité économique : les aléas d'une complémentarité antagonique », *Revue d'économie financière*, 1995, hors-série, pp. 65-79, p. 65 : « Le temps des opinions tranchées soutenant la supériorité quasiment par nature d'un modèle sur l'autre paraît dépassée »

¹¹⁰ V. Hartley (Keith), « Problems of Using Partnering and Similar Private Sector Practice in the Public Sector Environment : The Example of PPPs/PFI », in : Arrowsmith (Sue) et Trybus (Martin), *Public Procurement – The Continuing Revolution*, La Haye/Londres/New York, Kluwer Law International (International Economic Development Law Series), 2003, pp. 187-195, p. 189.

V. également, sur « L'illusion d'un choix optimal », Chevallier (Jacques), *Science administrative*, Paris, PUF (coll. « Thémis – Science politique »), 2002, 3^{ème} édition refondue, pp. 499-500.

¹¹¹ Perret (Bernard), *L'évaluation des politiques publiques*, Paris, La Découverte (coll. « Repères »), 2001, introduction, pp. 4-5.

¹¹² Tallineau (Lucile), « La loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances », *RFDA* 2001, n° 6, pp. 1205-1217, p. 1208. L'expression est utilisée par l'auteur à propos de la Rationalisation des choix budgétaires (RCB). C'est un risque pesant sur toute technique d'évaluation.

¹¹³ Stengers (Isabelle), *Sciences et pouvoirs – La démocratie face à la technoscience*, Paris, La Découverte (coll. « Essais »), 2002, pp. 28 s.

¹¹⁴ Chevallier (Jacques), *Science administrative*, précité, p. 491.

Malgré l'existence de risques de contournement, avérés en Angleterre durant la première phase de la *PFI* (1992-1997), l'évaluation *ex ante* des modalités de gestion s'appuie sur des outils permettant, en raison ou en dépit de leur sophistication, de « sortir » des cadres du choix purement politique ou idéologique. Cette évolution de la décision de choix vers les méthodes scientifiques de l'analyse économique et financière répond d'ailleurs à la préoccupation de justification du contenu et des modalités de l'intervention publique lorsqu'elle porte atteinte aux principes concurrentiels communautaires. Il est nécessaire, sur le fondement de la « jurisprudence *Altmark* »¹¹⁵, de justifier les régimes d'aides lorsque l'équivalence entre contraintes de service public et compensations ne sont pas assurées par la mise en concurrence. Cette justification ne peut prendre pour fondement que les outils d'analyse existants, permettant de démontrer l'opportunité d'une gestion directe par rapport à la délégation ou à l'externalisation.

Ces méthodes scientifiques de choix ne peuvent être longuement exposées. Qu'il nous soit permis d'en citer quelques-unes : le *Compulsory competitive tendering* (CCT), créé en Angleterre en 1980 et destiné à organiser une mise en concurrence obligatoire (*compulsory*) des services administratifs internes avec le secteur privé¹¹⁶ ; l'évaluation préalable au moyen du *Public Sector Comparator*¹¹⁷, destiné à assurer la *Value for Money* ; les outils nouveaux de l'analyse économique du droit.

Si ces diverses expériences sont parfois peu concluantes, l'introduction de l'usager dans le processus n'est pas nécessairement un facteur d'accroissement de l'efficacité ou de la transparence.

La question du contrôle de l'usager n'est pas propre aux activités externalisées. Elle transcende les formes contractuelles et concerne toutes les activités de prestations rendues au public. Or le tropisme de la transparence aboutit à intéresser l'usager, ou le citoyen, ou encore le consommateur selon le vocabulaire retenu¹¹⁸, non plus seulement à la consistance des services rendus¹¹⁹, mais également à l'élaboration des conditions du service, et à la détermination de ses modalités de gestion.

Le cas des commissions consultatives des services publics locaux en France¹²⁰ est caractéristique de l'instauration d'une rhétorique de la participation. Ni techniciennes, ni « citoyennes », ni représentatives des usagers, ces commissions interviennent avant que ne se prononcent les assemblées délibérantes sur des questions aussi techniques que l'opportunité du choix entre une délégation de service public et un contrat de partenariat ou l'établissement d'une clause de redistribution des super-bénéfices. L'intérêt d'une telle participation laisse dubitatif.

¹¹⁵ CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH*, aff. C-280/00, non encore publié au Recueil, concl. Philippe Léger.

¹¹⁶ V. *Local Government Planning and Land Act 1980. Local Government Act 1988* (1998 c 9), *Halsbury's Statutes of England and Wales*, volume 25 (*Local Government*), 4^{ème} édition, Londres, Butterworths, 1996, pp. 869-919. *Local Government Act 1992* (c. 19), Section 8.

¹¹⁷ H.M Treasury, *Value for Money Assessment Guidance*, août 2004.

¹¹⁸ Espiet-Kilty (Raphaële), Introduction à : Espiet-Kilty (Raphaële) et Whitton (Timothy) (éd.), *Citoyens ou consommateurs ? Les mutations rhétoriques et politiques au Royaume-Uni*, Presses Universitaires Blaise Pascal, février 2007, pp. 11-31.

¹¹⁹ Les *Citizen Charters* initiés au Royaume-Uni par John Major, ou la forme plus platonique des Chartes Marianne en France.

¹²⁰ Cossalter (Philippe), « La nouvelle commission consultative des services publics locaux : débuts de mise en oeuvre », *Bulletin des contrats et marchés publics*, n° 22, juillet 2003.

D'une manière plus générale, la prise de pouvoir du « citoyen-consommateur » pose la question de la démocratie participative, et même de la légitimité des organes politiques.