

Paris, le 14 mars 2007



SCIENCES PO

**Chaire Mutations de l'Action publique
et du Droit Public**

Deuxième session du séminaire « Droit Administratif Comparé, Européen et Global » :

L'externalisation des activités publiques en droit comparé

**Réflexions sur la distinction des activités externalisables et des activités
non externalisables, et sur la manière de l'établir**

par

Paul Lignières¹
Avocat à la Cour,
Associé, Linklaters

« L'acte de produire relève par essence d'une logique qui n'est pas de puissance publique. Si, donc, il ne fait naturellement pas partie des fonctions de l'État, celui-ci doit en revanche se concentrer sur les tâches qu'il est seul à pouvoir assurer ». (Michel Rocard, A l'épreuve des faits, 1986, l'État moderne, Le Seuil)

1. L'externalisation des activités publiques est une parfaite illustration de la nécessité de comparer les droits administratifs aux niveaux européen et global. Réciproquement, il n'est pas sérieusement envisageable d'étudier l'externalisation des activités publiques sans procéder à une analyse de droit comparé.

En effet, si l'externalisation dans le secteur privé est en principe liée à des questions de gestion (ou de *management*), elle soulève, dans le secteur public, essentiellement des questions en termes de blocages juridiques. En outre, l'analyse de droit comparé est indispensable, dans la mesure où la France a accumulé un retard important en matière d'externalisation par rapport à d'autres pays, du fait de sa tradition administrative.

¹ L'auteur remercie Roland Dana pour son aide précieuse dans la préparation de ce *discussion paper*.

2. Nous supposons acquis pour le lecteur, en particulier pour les besoins de cette intervention, que l'externalisation est un système vertueux dans la mesure où il permet à chaque opérateur de se concentrer sur son cœur de métier. Appliqué à l'État, l'externalisation est la déclinaison du principe, affirmé depuis plusieurs dizaines d'années par les gouvernements successifs, selon lequel l'État doit se recentrer sur ses fonctions essentielles.

3. Dans un contexte budgétaire contraint, l'externalisation permet la réduction des coûts due aux économies d'échelle et à la spécialisation des intervenants. L'externalisation permet une meilleure efficacité des services et un accès facilité aux technologies de pointe. Enfin, elle est un instrument de gestion des ressources humaines en ce qu'elle permet une réallocation des postes : les personnels peuvent être réaffectés à des activités au cœur des métiers des organisations (*front office*) et déléguer ainsi les tâches « de soutien » (*back office*), ces dernières n'offrant, de surcroît, que peu d'opportunité de carrière (comptabilité, ventes, activités de gestion d'actifs, informatique, ...).

L'externalisation participe ainsi des techniques de modernisation de l'administration au même titre que d'autres méthodes appliquées par les entreprises privées et récemment transposées dans le secteur public (démarche qualité, certification ISO, etc.)².

L'externalisation peut trouver application dans de nombreux domaines (gestion de l'immobilier, des véhicules, informatique, logistique, ressources humaines, ...). A ce titre, la gestion et la valorisation de l'immobilier seront vraisemblablement, au sein des administrations françaises, un terrain d'éclosion de l'externalisation, déjà expérimentées avec succès par de grandes entreprises publiques pour des raisons financières.

4. L'objectif n'est donc pas de savoir s'il faut externaliser mais plutôt de savoir comment le faire. Au-delà, la problématique fondamentale de mon intervention n'est pas tant de connaître les instruments juridiques de l'externalisation (les contrats permettant d'externaliser sont à présent bien connus, voir ci-après §IV), mais de distinguer ce qui est externalisable de ce qui ne l'est pas. Notre expérience pratique montre que c'est bien là que se situent désormais les blocages : une fois cet obstacle surmonté, le processus d'externalisation ne pourra que s'imposer.

Trouver la bonne manière d'établir la distinction entre activités externalisables et activités non externalisables est ainsi, à notre sens, l'étape nécessaire la plus déterminante pour mettre en œuvre un large processus d'externalisation. En effet, mettre en lumière le fait que certaines activités peuvent être exercées à un coût et à une qualité optimisés par le secteur privé est le plus souvent un facteur de prise

² P. Lignièrès, L. Bablin, *L'externalisation : au cœur des préoccupations de l'Etat*, Droit administratif, mai 2002

de conscience en faveur de l'externalisation. Le droit, qui était jusqu'alors en France une contrainte, devient alors un levier de l'externalisation et par la même un *instrument juridique de la réforme de l'État*³.

5. Notre intervention a pour objectif de susciter des commentaires sur les sujets suivants :

- l'externalisation, l'étape faisant suite au processus de privatisation (I) ;
- un héritage français : le principe de la liberté de choix de l'administration (II) ;
- l'influence déterminante du droit communautaire dans l'évolution de la définition d'activité régaliennne (III) ;
- les évolutions juridiques récentes qui permettent de rappeler que les instruments juridiques de l'externalisation sont désormais disponibles en France (IV) ;
- un modèle de législation aboutit : l'exemple américain (V) ;
- les premiers pas d'une évolution en France (VI).

I L'externalisation, l'étape faisant suite aux privatisations

6. Pour définir le champ des activités privatisables, la notion de service public constitutionnel retient une approche verticale, c'est-à-dire sectorielle (justice, sécurité, éducation, santé, ...). Notre objectif est ici d'appréhender le champ des activités externalisables de façon horizontale, c'est-à-dire fonctionnelle (voir tableau infra). Il s'agit d'appréhender de façon horizontale au sein des services publics qui sont en tant que tels admis par tous (c'est-à-dire ceux qui ne seront ni libéralisés, ni privatisés), la distinction entre les fonctions qui sont régaliennes et celles qui ne le sont pas. En effet, si la qualification de service public constitutionnel interdit la privatisation du service public, elle permet toutefois la gestion du service par le secteur privé. S'il ne fait ainsi aucun doute que la défense nationale est un service public constitutionnel, il n'en est pas moins vrai que, par exemple, la fonction d'entretien de véhicules civils de l'armée peut être exécutée par le secteur privé.

7. Lorsque l'État privatise, il se retire des fonctions d'opérateur d'un secteur pour n'y exercer en principe que des fonctions de réglementation et de régulation. La privatisation déplace donc la frontière entre les activités de service public et les activités qui relèvent de la liberté du commerce et de l'industrie.

L'externalisation a, au contraire, pour objet de permettre à l'État d'utiliser le secteur privé afin de l'assister à mettre en œuvre ses activités régaliennes (que l'on assimile souvent en France aux activités de service public).

³ Voir J.-B. Auby, *Les ingrédients juridiques de la réforme de l'État*, éditorial, Droit administratif, n°5, mai 2002

8. Après avoir réalisé les principales privatisations, les États ont donc mis en œuvre de nouveaux types de réformes fondées sur l'amélioration du fonctionnement des administrations, par exemple en externalisant certains services.

| | | | | |
|--|------------|--------------------|---|---|
| Activités industrielles et commerciales | | | | Activités régaliennes (services publics constitutionnels : armée, police, justice, prisons...) |
| Banque | Automobile | Télécommunications | ⋮ | Fonctions régaliennes : |
| | | | | « Noyau dur » non-externalisable |
| | | | | Fonctions non-régaliennes : |
| | | | | Fonctions d'entretien et de maintenance |
| | | | | Fonction de restauration |
| | | | | Fonctions d'accueil et de gardiennage |
| Approche sectorielle (privatisations) | | | | Approche fonctionnelle (externalisations) |

II Un héritage français : le principe de la liberté de choix de l'administration

9. L'externalisation des activités publiques en France est encore très peu développée, en raison d'une culture administrative affirmant le principe du libre choix de l'administration quant à la possibilité d'externaliser.

L'externalisation des activités publiques s'inscrit donc dans un contexte *a priori* défavorable en France, dans la mesure où la culture administrative tend plutôt à privilégier la réalisation de toutes les fonctions en interne : une administration qui possède en interne tous les métiers était, il y a peu de temps encore, présentée, dans les universités, comme un modèle⁴, tel que la mairie de Paris qui était réputée contenir en interne l'ensemble des métiers.

10. Il est généralement admis en droit administratif français que l'activité commerciale et industrielle des personnes publiques peut se développer dès lors qu'elles visent à satisfaire, pour des raisons d'économie, en circuit fermé leurs propres besoins.

⁴ P. Lignières, *Partenariats public-privé*, Lexisnexis, 2005, § 211

Ainsi dans sa fameuse jurisprudence *Unipain*, le Conseil d'État indique « *que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ne fait pas obstacle à ce que l'État satisfasse, par ses propres moyens, aux besoins de ses services que l'extension des fournitures de pain par la boulangerie militaire à des établissements pénitentiaires, motivée par des raisons d'économie* »⁵.

11. La nécessaire motivation « par des raisons d'économie » semble avoir été oubliée et les commentateurs ont retenu que cet arrêt autorisait l'administration à choisir, de façon discrétionnaire, ce qu'elle souhaite externaliser.

12. Le premier commentateur de l'arrêt présentait ainsi cette décision : « *il est normal que l'État fabrique les armes de son armée. Il est vrai qu'ici, l'armée ne se contente pas de faire le pain de ses troupes, mais alimente un service qui, pour être rattaché, sans personnalité propre, à la même collectivité publique, n'en est pas moins, un service bien différent, par son objet, du service fournisseur. Mais on pourrait se référer à d'autres cas : un service comme l'INSEE a pour vocation de travailler pour les autres services. Une collectivité publique peut avoir ses propres services d'imprimerie ou de multigraphie, et il arrive que de tels services travaillent « à la commande » pour d'autres services publics* »⁶.

13. Par la suite, l'utilisation par l'administration du secteur privé a fait l'objet de très fortes résistances lorsqu'il s'est récemment agi de modifier la loi afin d'autoriser les partenariats public-privé (PPP). Les opposants aux PPP ont d'ailleurs obtenu que ces contrats ne soient utilisés que de façon subsidiaire lorsque les marchés publics et les délégations de service public ne sont pas adaptés.

14. Il résulte de cet héritage que la frontière entre les activités externalisables et les activités non externalisables est difficile à tracer.

Une position a été définie par le Conseil d'État à propos des cantines scolaires : « *le caractère administratif d'un service public n'interdit pas (...) d'en confier l'exécution à des personnes privées, sous réserve toutefois que le service ne soit pas au nombre de ceux qui, par leur nature ou la volonté du législateur, ne peuvent être assurés que par la collectivité territoriale elle-même* »⁷. Les tâches pouvant être contractuellement confiées à un prestataire privé couvrent l'essentiel du fonctionnement opérationnel (construction et la mise en service des cantines et de leurs équipements, l'entretien des locaux, l'élaboration des menus, la confection des repas, le contrôle de l'hygiène et de la sécurité, etc.). D'une manière générale, il est admis que la compétence même d'organisation des

⁵ Conseil d'État 25 avril 1970, *Société Unipain*, conclusions G. Braibant sur l'arrêt, AJ 1970. 430.

⁶ M. Waline, *Les fournitures entres services publics constituent-elles des atteintes à la liberté du commerce ?*, RDP 1970, pp. 1423-1430.

⁷ Avis du Conseil d'État du 7 octobre 1986, cité in circulaire du 7 août 1987, relative à la gestion par les collectivités locales de leurs services publics locaux, JO 20 décembre 1987.

services publics ne peut être déléguée à un partenaire privé. Cette interdiction vise l'ensemble des responsabilités décisionnelles impliquant l'édiction de mesures réglementaires destinées à fixer les conditions de fonctionnement du service public. En revanche, le Conseil d'État a précisé que les responsabilités de surveillance des élèves ne sont pas susceptibles d'être transférées à un exploitant privé.

Il en est de même concernant l'affirmation par le législateur du principe selon lequel la surveillance des prisonniers n'est pas une activité externalisable⁸.

III L'influence déterminante du droit communautaire dans l'évolution de la définition des activités régaliennes

15. Si, comme nous venons de le rappeler, la tradition administrative française est un frein à l'externalisation de certaines de ses activités, l'intrusion grandissante du droit communautaire dans le droit interne devrait permettre une évolution favorable dans l'évolution de la définition des activités régaliennes⁹.

16. L'observation du droit communautaire et du droit administratif français impose un constat : alors que le principe de liberté du commerce et de l'industrie a été forgé par le Conseil d'État comme un rempart contre l'interventionnisme des pouvoirs publics, il apparaît paradoxalement que c'est d'abord vers le droit communautaire que se tournent aujourd'hui les entreprises afin de faire respecter leurs droits face aux interventions de l'État.

17. Le droit communautaire se construit dans une logique économique et libérale affirmant les droits du marché et des entreprises, alors que le droit administratif français reflète une tradition plus interventionniste. Il est vrai que ce dernier autorise avec une certaine souplesse des interventions économiques des collectivités publiques. La réflexion de nombreux publicistes français a ainsi été orientée autour de la justification de l'intervention des pouvoirs publics que le droit communautaire cherchait à remettre en cause. Il s'agissait d'expliquer par exemple la mutation de la notion de liberté du commerce et de l'industrie qui ne signifiait plus que les pouvoirs publics ne devaient pas intervenir dans certains secteurs mais que leurs interventions étaient toujours possible dès lors qu'elles respectaient un principe de saine concurrence. Il s'agissait également de justifier la non-application de règles de mise en concurrence pour tel ou tel type de contrat en raison de leur spécificité (par exemple pour les conventions publiques d'aménagement, les mandats ou les emprunts).

⁸ Voir notamment P. Lignières, R. Lazar, *Les contrats complexes dans la sécurité et la justice, Contrats publics – l'actualité de la commande et des contrats publics*, n°34, juin 2004, p. 65

⁹ Les développements de ces paragraphes sont extraits de P. Lignières, *Le droit communautaire et la définition des activités régaliennes et non régaliennes*, in J.-B. Auby et J. Dutheil de la Rochère (dir.), *Droit administratif européen*, Bruylant, Bruxelles, 2007 (à paraître)

18. Force est aujourd'hui de constater que le réflexe du praticien est de se tourner du côté du droit communautaire lorsqu'il cherche à faire prévaloir un droit pour une entreprise contre un État et, réciproquement, c'est dans le droit administratif qu'il cherchera d'abord des arguments s'il doit défendre l'État contre une entreprise. Si l'on souhaite par exemple justifier une restriction à la liberté de circulation des capitaux, c'est dans le droit administratif que l'on ira puiser des idées afin de justifier la restriction. Il en ira de même lorsque l'on désire ne pas faire application des règles relatives aux marchés publics, la justification étant en principe plus facile à trouver en droit administratif qu'en droit communautaire même si l'on doit s'assurer ensuite que la justification est acceptable en droit communautaire.

19. Au fond, il n'est guère étonnant de constater que le droit communautaire est plus favorable au secteur privé que ne l'est le droit administratif. L'objectif droit communautaire et de ses promoteurs était d'abord de mettre en place le Marché Unique et d'harmoniser les législations nationales : sa priorité n'a pas été de défendre les droits des États mais au contraire de réduire ces droits au profit des institutions communautaires et parfois au profit de la société civile ou des collectivités locales.

20. Le droit communautaire se réfère aux activités qui participent de « *l'exercice de l'autorité publique* » par exemple afin de limiter le champ de la liberté d'établissement (art. 45 du Traité CE) ; il renvoie aussi à des prérogatives exclusivement étatiques (liées aux notions d'ordre public ou de sécurité publique) afin de justifier la non soumission de certaines activités à la libre circulation des capitaux (art. 58 du Traité CE) ou à l'ensemble des règles du Traité (art. 296 du Traité CE).

La Cour de justice rappelle que les exceptions au Traité doivent être limitées aux activités comportant une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique ; dans le domaine de la concurrence par exemple, la Cour rejette la qualification d'entreprise à Eurocontrol en raison de l'objet de sa mission (garantir la sécurité des passagers, assurer une coordination avec les besoins de la défense nationale)¹⁰ : « *les activités d'Eurocontrol, par leur nature, par leur objet et par les règles auxquelles elles sont soumises, se rattachent à l'exercice de prérogatives, relatives au contrôle et à la police de l'espace aérien, qui sont typiquement des prérogatives de puissance publique. Elles ne présentent pas un caractère économique justifiant l'application des règles de concurrence du traité* ».

¹⁰ CJCE 19 janvier 1994, *SAT Fluggesellschaft GmbH c/ Eurocontrol*, C-364/92, Rec I-43.

IV Des évolutions juridiques récentes mettant à disposition des instruments juridiques d'externalisation

21. Nous constatons que malgré une réticence culturelle de l'administration à l'externalisation, la France dispose aujourd'hui de l'ensemble des outils lui permettant de recourir à l'externalisation. La question de la distinction entre les activités externalisables et les activités non externalisables se pose donc avec d'autant plus de pertinence (voir le §4 ci-dessus de l'introduction).

22. La réforme du Code des marchés publics, à travers de nouvelles procédures telles que les accords-cadres, le système de qualification des opérateurs économiques et le système d'acquisition dynamique, promeut une approche plus économique de la procédure d'achat public, en y apportant souplesse, rapidité et clarté.

23. De même, le contrat de partenariat public-privé, introduit par l'Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 *sur les contrats de partenariat*, est un nouvel outil d'externalisation particulièrement efficace, dont la principale caractéristique est d'être un contrat global comprenant le financement, la construction et l'entretien. De manière facultative, il peut contenir des prestations de service concourant à l'exercice d'une mission de service public étant de la compétence de la personne publique contractante.

Ainsi que le présentait le rapport au Président de la République lors du Conseil des ministres du 16 juin 2004, « *La philosophie de ces contrats est de permettre à l'Administration de tirer profit des capacités de gestion d'une entreprise privée, tenue de trouver les financements les mieux adaptés à son activité, voire d'assurer aux équipements en cause des débouchés autres que ceux qui répondent strictement aux besoins de l'Administration contractante. C'est ce qui permet aux autorités administratives d'exiger que la rémunération soit étroitement liée à des critères de performance dans l'exécution de la prestation et calculée sur l'ensemble de la durée du contrat. C'est aussi ce qui conduit à donner à ces contrats un caractère global* ».

Les avantages de ce contrat sont très divers : l'accélération de la réalisation des projets grâce au préfinancement ; une innovation qui bénéficie à la collectivité grâce au dynamisme et la créativité du privé ; une approche en coût global ; une garantie de performance dans le temps ; une répartition optimale du risque entre secteur public et privé, chacun supportant les risques qu'il maîtrise le mieux. À ce titre, le contrat de partenariat vient compléter et enrichir la panoplie des outils de la commande publique en France.

24. Enfin, la loi organique relative aux lois de finances (LOLF) devrait favoriser une externalisation croissante. La plupart des ministères, dans le cadre de la mise

en place de cette *constitution financière*, devraient être conduits à recentrer leurs activités sur leurs missions régaliennes.

V Un modèle de législation aboutit : l'exemple américain

25. Pour déterminer la frontière entre les activités externalisables et les activités non-externalisables, le modèle américain est théoriquement le plus abouti. Il convient de le présenter car il permet de montrer l'écart qui sépare la France du modèle américain, beaucoup plus encadré, particulièrement depuis l'adoption du *Federal Activities Inventory Act (Fair Act)*, adopté en 1998. Son objectif est d'obliger les administrations fédérales à publier la liste des fonctions susceptibles d'être externalisées, d'établir et de donner des outils aux sociétés contestant les choix de l'administration concernant le recours ou non à l'externalisation.

26. Le *Fair Act* donne la définition des activités inhérentes aux fonctions gouvernementales. Cela vise les fonctions si *intimement liées à l'intérêt public qu'elles requièrent une mise en œuvre par des fonctionnaires du gouvernement*. De telles activités impliquent notamment l'interprétation et l'exécution des lois des États-Unis telles que :

- lier les États-Unis par un contrat, une politique, un règlement, une autorisation, un ordre ou autrement ;
- déterminer, protéger et présenter les intérêts économiques, politiques, territoriaux ou la propriété des États-Unis ou autres intérêts par une action militaire ou diplomatique, par des procédures judiciaires civiles ou pénales, par contrat ou autrement ;
- affecter de façon significative, la vie, la liberté ou la propriété des personnes privées ;
- donner une mission, nommer, diriger ou contrôler des officiers ou des employés des États-Unis ; ou,
- exercer le contrôle final sur l'acquisition, l'usage, ou la disposition de la propriété des États-Unis y compris la collecte, le contrôle et la dépense des fonds fédéraux.

Au contraire, le terme *inhérentes* aux fonctions gouvernementales ne comprend pas :

- la collecte d'informations ou la fourniture de conseils, opinions, recommandations ou idées aux représentants du gouvernement fédéral ;
- toute fonction qui est par nature interne (comme la sécurité des immeubles, le courrier, les cafétérias, les ménages, la maintenance, le stockage, la gestion du parc automobile ou les autres services électriques et mécaniques).

27. Le *Fair Act* met en place un processus en trois étapes :

- chaque administration doit soumettre chaque année au Budget une liste d'activités non-inhérentes aux fonctions gouvernementales mises en œuvre par le gouvernement fédéral, en précisant le nombre de postes de travail nécessaires ;
- les administrations sont tenues de comparer le coût de ces services par rapport au coût auquel le secteur privé pourrait les délivrer ;
- chaque fois que le coût prévisionnel du secteur privé est inférieur au coût constaté dans le secteur public, les administrations doivent mettre en œuvre une procédure de mise en concurrence afin de sélectionner le prestataire privé.

28. Le secteur privé joue un rôle déterminant dans la mise en œuvre de la loi. Les entreprises disposent en effet de deux principaux moyens pour faire respecter le champ de leurs interventions face à celles de l'État :

- d'une part, un tiers intéressé peut remettre en cause la liste initiale, dans les 30 jours de sa publication, pour demander à voir figurer sur la liste une activité qui n'y est pas mentionnée ; si l'administration concernée rejette la demande, le demandeur peut alors saisir le juge ;
- d'autre part, les tiers peuvent également chercher à remettre en cause devant le juge la deuxième étape lorsque l'administration soutient que le coût de ses services est moins élevé que le coût auquel pourrait les délivrer le secteur privé.

VI Les premiers pas d'une évolution en France

29. A l'instar du modèle américain, la meilleure façon de distinguer les activités externalisables des activités non-externalisables serait de permettre au secteur privé d'investir le secteur public, tout en déterminant juridiquement quelles fonctions resteront publiques parce que considérées comme le noyau dur de l'activité étatique. Cette distinction passera nécessairement par la mise en place de mécanismes du type de ceux que prévoit le *Fair Act*, permettant au secteur privé de faire respecter ses droits face aux interventions publiques.

30. A la réflexion, un tel mécanisme n'est pas totalement étranger à la tradition juridique française. En effet, comme nous l'avons souligné plus haut (§10 et §11 ci-dessus), le Conseil d'Etat avait justifié l'«auto-production» de pain pour les besoins de l'administration parce qu'elle était « motivée par des raisons d'économie ». *A contrario*, cette même motivation devrait pouvoir s'appliquer à la faveur du secteur privé dès lors qu'il s'agirait de contraindre l'administration à externaliser des fonctions non-régaliennes.

31. La *gestion directe challengée*, bien que n'ayant pour l'instant pas été retenue, est un de ces mécanismes. La Commission européenne avait proposé

un règlement en matière de transports publics¹¹ qui instaurait une procédure très proche de celle mise en place par le *Fair Act*. Au terme de ce mécanisme, les autorités compétentes auraient dû faire connaître leur décision préliminaire de conserver une activité en gestion directe un an à l'avance, puis les opérateurs auraient eu six mois pour soumettre une offre plus performante¹².

Il est vraisemblable que la Commission tentera à nouveau de l'introduire dans le droit communautaire, de même qu'il est fort possible que si la Cour de justice devait se prononcer, elle remettrait en cause le principe même de libre choix de gestion des personnes publiques. En effet, rien ne semble justifier que les personnes publiques puissent légitimement exploiter en « auto-production » ou « en régie » certaines activités sans aucune condition et qu'elles interdisent de ce fait l'accès du secteur privé à certains marchés. La décision de la Cour aurait alors pour conséquence une ouverture totale à la concurrence de la plupart des activités non régaliennes, l'intervention des personnes publiques n'étant justifiée que dans les hypothèses où leurs coûts d'intervention seraient moins élevés que les coûts d'intervention du secteur privé.

32. De même, la pratique des *offres spontanées* permet à une entreprise de proposer à l'administration de mettre en œuvre un projet sous la forme d'un partenariat public-privé. Ainsi, chaque fois que l'État ou qu'une collectivité locale entreprend un projet sous la forme d'une exploitation « en régie », une entreprise peut lui proposer de mettre en œuvre le projet en le déléguant au secteur privé, dès lors que le coût est moins élevé pour un résultat équivalent.

Actuellement, l'administration reste encore libre d'opter pour la régie ou pour la délégation au secteur privé mais il lui sera toutefois extrêmement difficile de justifier la mise en place d'un projet « en régie » si une entreprise a fait la démonstration que le partenariat public-privé aurait été plus approprié.

Ainsi, par exemple, après la promulgation de la loi n° 2006-10 du 5 janvier 2006 *relative à la sécurité et au développement des transports*, qui a prévu le recours aux partenariats public-privé dans le secteur ferroviaire, et la publication du décret n° 2006-1534 du 6 décembre 2006 *pris pour l'application des articles 1er, 1er-1 et 1er-2 de la loi n° 97-135 du 13 février 1997 portant création de l'établissement public « Réseau ferré de France » en vue du renouveau du transport ferroviaire*, une étape importante vient d'être franchie avec le lancement par Réseau Ferré de France du premier contrat de partenariat ferroviaire. En effet, l'avis européen

¹¹ *Projet de règlement relatif à l'action des États membres en matière d'exigences de service public et à l'attribution de contrats de service public dans le domaine des transports de voyageurs par chemin de fer, par route et par voie navigable* du 21 février 2002, COM(2002)107 final.

¹² *Idem*, considérant n° 42 et l'article 7 bis relatif aux clauses de sauvegarde pour les contrats attribués directement.

d'appel public à candidatures pour le projet GSM-R1 a été publié en date du 16 décembre 2006¹³.

33. Enfin, et surtout, l'atténuation du principe de la liberté de choix de l'Administration est perceptible en droit français à travers le *principe de l'évaluation préalable*, prévu dans l'ordonnance du 17 avril 2004 précitée sur les contrats de partenariat. Cette évaluation correspond au *Public Sector Comparator* britannique bien connu dans les politiques de PFI. Elle a pour objet de justifier le recours aux PPP en particulier par rapport aux marchés publics classiques.

Le législateur a ainsi introduit dans le droit administratif français un outil qui aboutit à la comparaison systématique de l'efficacité respective du secteur public et du secteur privé pour toutes les tâches ne relevant pas des fonctions régaliennes des pouvoirs publics. L'évaluation préalable doit conduire les gestionnaires publics à se demander si les conditions juridiques d'éligibilité sont bien remplies et s'il est économiquement et financièrement justifié de choisir ce nouveau mode de contrat.

Certes, l'évaluation préalable n'est indispensable que pour justifier le recours au PPP et non le recours à la gestion en régie mais il sera difficile de ne pas l'appliquer en sens inverse pour critiquer la gestion en régie et pour faire apparaître les atouts du PPP. La possibilité est ainsi indirectement ouverte aux entreprises de contester la gestion directe « en régie » par l'État de telle ou telle fonction.

34. De manière générale, l'externalisation dans les différents ministères relève encore davantage d'une démarche pragmatique plus que d'un véritable plan d'ensemble.

Le recours à l'externalisation est néanmoins un acquis qui a trouvé droit de cité dans les nouvelles méthodes de gestion de l'État.

En conclusion, nous constatons que l'influence du droit européen, et plus généralement la confrontation du droit administratif français à d'autres univers, conduit à préciser le champ des activités régaliennes et non régaliennes, sachant que ces dernières ne pourront plus, de façon pérenne, être mises en œuvre par l'administration sans le recours au secteur privé, dès lors que celui-ci fournira un service équivalent à un moindre coût.

A court terme, l'évolution du droit que nous avons décrite devrait inéluctablement conduire à rendre aléatoire la sécurité juridique des solutions qui ne correspondraient pas à l'optimum économique.

* * *

¹³ Le GSM-R est un réseau de télécommunication numérique, de technologie GSM, qui va remplacer, sur l'ensemble du réseau ferré national, le système de radio analogique actuel en fin de vie.